



**DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**LA DETERMINACIÓN DE LA TENENCIA A FAVOR DE LOS ABUELOS
DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. UN ANÁLISIS A
PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Tesis presentada por la Bachiller en Derecho:

BRIGITTE ARENAS LLANOS

Para optar el título profesional de Abogado

Asesor: Mg. Analucia Torres Flor

AREQUIPA, 2021

Dedicatoria:

A Dios que me fortalece y me llena de bendiciones.

*A mis padres, mis abuelos y David por el apoyo constante que me han brindado para mi
desarrollo profesional y personal.*

ÍNDICE

RESUMEN	_____	
INTRODUCCIÓN	_____	
CAPÍTULO 1: ANÁLISIS JURÍDICO DE LA TENENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	_____	1
1.1 LA PATRIA POTESTAD	_____	1
1.2 DEFINICIÓN DE TENENCIA	_____	5
1.2.1 LA IMPROPIEDAD TERMINOLÓGICA DE LA TENENCIA	_____	5
1.2.2 LA TENENCIA COMO DERECHO DE LOS PADRES	_____	6
1.2.3 LA TENENCIA COMO DERECHO DEL NIÑO	_____	10
1.3 ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENENCIA	_____	12
1.3.1 CARÁCTER MONOPARENTAL DE LA TENENCIA	_____	12
1.3.2 CARÁCTER COPARENTAL DE LA TENENCIA	_____	14
1.3.3 CARÁCTER NEGATIVO DE LA TENENCIA	_____	16
1.4 CARACTERÍSTICAS	_____	18
1.4.1 ES UN DERECHO SUBJETIVO	_____	18
1.4.2 SUPONE LA CONVIVENCIA CON EL NIÑO	_____	18
1.4.3 DERIVA DE LA PATRIA POTESTAD	_____	18
1.4.4 ES ATRIBUIBLE A QUIEN GARANTICE EL CUIDADO Y EL DESARROLLO DEL NIÑO	_____	19
1.4.5 SU OTORGAMIENTO SE ENCUENTRA SUJETO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	_____	19
1.5 CLASIFICACIÓN	_____	19
1.5.1 TENENCIA JUDICIAL POR CAUSA DE SEPARACIÓN DE CÓNYUGES	_____	19
1.5.2 TENENCIA EXTRAJUDICIAL O POR ACUERDO CONCILIATORIO	_____	20

1.5.3	TENENCIA DE HECHO	20
1.5.4	TENENCIA PROVISIONAL	21
1.5.5	TENENCIA PERMANENTE	21
1.5.6	TENENCIA EXCLUSIVA	22
1.5.7	TENENCIA COMPARTIDA	22
1.5.8	TENENCIA NEGATIVA	22
1.6	DIFERENCIA ENTRE TENENCIA, GUARDA Y CUSTODIA	23
1.7	DIFERENCIA Y RELACIÓN ENTRE TENENCIA Y TUTELA	24
1.8	RELACIÓN ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y TENENCIA	26
CAPÍTULO 2: EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA A LOS ABUELOS EN EL PROCESO ORDINARIO DE FAMILIA ANALIZADO DESDE UNA ÓPTICA JURISPRUDENCIAL		28
2.1 CONDICIONES DE LA ACCIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA A LOS ABUELOS DESDE EL PUNTO DE VISTA PLENARIO JURISDICCIONAL DISTRITAL		28
2.1.1. CONDICIONES DE LA ACCIÓN		29
2.1.1.1. INTERÉS PARA OBRAR		29
2.1.1.2 LEGITIMIDAD PARA OBRAR		30
2.2. ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES DE LA ACCIÓN A PARTIR DE LOS PLENOS JURISDICCIONALES DISTRITALES		31
2.2.1. PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL DE FAMILIA DE LIMA DEL AÑO 2014		32
2.2.2. PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL DE FAMILIA DE LIMA ESTE DEL AÑO 2017		35
2.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO FUNDAMENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA A LOS ABUELOS DENTRO DE UN PROCESO ÚNICO. ANÁLISIS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL		37

2.4 EL OTORGAMIENTO DE TENENCIA A LOS ABUELOS EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA	45
CAPÍTULO 3: LOS SUPUESTOS DE HECHO QUE DETERMINAN EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A LOS ABUELOS EN LOS PROCESOS EXTRAORDINARIOS DE FAMILIA	49
3.1 LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA A LOS ABUELOS	49
3.2 SUPUESTOS DE HECHO ATENDIDOS JUDICIALMENTE MEDIANTE UN PROCESO EXTRAORDINARIO DE FAMILIA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA A LOS ABUELOS	53
3.3 SUPUESTOS DE HECHO ATENDIDOS ADMINISTRATIVAMENTE MEDIANTE UN PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO DE FAMILIA	58
3.4 NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DEL NIÑO A FAMILIARES COMO LOS ABUELOS	62
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFÍA	
ANEXO	

RESUMEN

La tenencia dentro de nuestra legislación nacional es un atributo de la patria potestad que atañe únicamente a los padres del niño, evidenciando una aparente exclusividad legal de su titularidad y ejercicio. Sin embargo, la realidad práctica evidencia que en algunos casos la tenencia no es ejercida adecuadamente por los padres, surgiendo el problema respecto a la posibilidad legal de otorgarla a los abuelos a fin de garantizar el interés superior del niño. En atención a lo expuesto, es que la presente investigación a partir de un análisis doctrinario y jurisprudencial, demuestra que jurídicamente es posible otorgar la tenencia del niño a los abuelos. En ese sentido, se ha desarrollado el concepto, naturaleza jurídica, características y clasificación de la tenencia, para luego estudiar los presupuestos legales y situaciones de hecho que a nivel jurisprudencial, han permitido el otorgamiento de la tenencia a los abuelos en atención el interés superior del niño.

PALABRAS CLAVE: Tenencia, Patria Potestad, Interés superior del niño

INTRODUCCIÓN

El Código de los Niños y Adolescentes como norma especial que regula lo referido a las relaciones familiares de los niños, niñas o adolescentes y que se inspira en la doctrina de la protección integral¹, atribuye la tenencia únicamente a los padres con la finalidad de que puedan ejercer el cuidado de sus hijos, pero en ocasiones estos últimos no ejercen adecuadamente dicho cuidado, lo que ha generado que los abuelos la ejerzan sobre sus nietos en atención al interés superior del niño.

Sin embargo, a pesar de que en la realidad práctica se evidencia el ejercicio de la tenencia por parte de los abuelos en determinadas situaciones que así la exigen, la legislación nacional es restrictiva respecto a su titularidad y ejercicio atribuyéndola con exclusividad a los padres. Consecuentemente, esta falta de regulación dentro del Código de los Niños y Adolescentes genera un problema que se ve materializado en la aplicación legalista de la norma por parte de algunos jueces de familia que mediante resoluciones judiciales no otorgan la tenencia a familiares como los abuelos, aun cuando la situación particular del niño, niña o adolescente la exija.

Es por ello que el presente trabajo de investigación, mediante una metodología jurídica descriptiva-propositiva, pretende analizar los criterios jurídicos existentes que permitan legalmente el otorgamiento de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes a los abuelos, a pesar de que esta institución del derecho de familia es atribuida legalmente a los padres.

Para lograr lo expuesto en el párrafo anterior, el presente trabajo investigativo tiene como primer objetivo específico analizar jurídicamente la tenencia, por ello es que en el primer capítulo hemos desarrollado esta figura jurídica, de tal manera que nos permita comprender a profundidad su definición, naturaleza jurídica, clasificación y su relación con la patria potestad y la tutela.

¹“El carácter integral de dicha protección alude a la necesidad de que la misma tenga el alcance más amplio posible (integralidad como totalidad): se han de proteger todos los derechos de todos los niños por medio de medidas de toda índole (normativa, administrativa, política, presupuestaria, estadística, etc.) y por parte de todos los miembros y poderes de la sociedad, formando un auténtico sistema de protección”, en C. MARTINEZ GARCÍA, “La revisión del marco legislativo sobre protección de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid desde el concepto de protección integral con enfoque de derechos”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la ASAMBLEA DE Madrid*, N°38, 2018, p.17. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6567824>> Consulta: 05 de mayo de 2020.

Por otra parte, no debemos desconocer que en la práctica judicial nacional, a partir de un procedimiento ordinario de familia, se ha optado por otorgar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes a los abuelos, en atención al interés superior del niño, el cual se ha aplicado considerando los diferentes supuestos de hecho en los que se encuentra este último. Ello también se ve respaldado por dos Plenos Jurisdiccionales Distritales de Familia de los años 2014 y 2017. En el mismo orden de ideas, la jurisprudencia comparada como la de Argentina e Italia no han sido ajenas a esta manera de resolución de conflictos y han decidido otorgar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes a los abuelos. Estos aspectos son desarrollados en el segundo capítulo de la presente investigación, con el objetivo específico de determinar los criterios jurisprudenciales que han permitido que los abuelos puedan ejercer la tenencia de sus nietos. Finalmente, en el tercer capítulo desarrollamos el último objetivo específico mediante la determinación de aquellos supuestos de hecho que posibilitan que los abuelos ejerzan la tenencia provisional a partir de un procedimiento extraordinario de familia en aplicación de la Ley N°30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Es menester considerar que, a diferencia de lo expuesto en los párrafos precedentes, el Decreto Legislativo N°1297, que norma la protección de los niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, atiende los supuestos de hecho de riesgo o estado de desprotección familiar, sin embargo, aplica otras medidas que son diferentes al otorgamiento de la tenencia a los abuelos, las cuales deben ser diferenciadas, puesto que el Decreto Legislativo N°1297 se enmarca dentro de un procedimiento administrativo y no un proceso judicial, por ello es que en este tercer capítulo también hemos expuesto dicha normativa.

Finalmente, a partir del desarrollo del presente trabajo de investigación, se propone la incorporación al artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes y la modificación del artículo 87° del mismo cuerpo legal, de la posibilidad de que los abuelos, así como otros familiares distintos a los padres, puedan, de manera excepcional, solicitar judicialmente la tenencia de los niños, niñas o adolescentes, en cuyo caso el juez podrá otorgársela siempre que dicha medida responda al interés superior del niño y el familiar solicitante acredite ser el más idóneo para ejercer la tenencia.

CAPÍTULO 1: ANÁLISIS JURÍDICO DE LA TENENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Tomando en cuenta que la presente investigación busca demostrar la posibilidad legal de otorgar la tenencia del niño, niña y adolescentes² a los abuelos en aplicación del interés superior del niño, es que se hace necesario analizar jurídicamente la figura de la tenencia. Sin embargo, no podemos desconocer que esta institución del derecho de familia se encuentra vinculada y deriva de la patria potestad, consecuentemente, sin perder de vista el objetivo del presente capítulo, es menester desarrollar primigeniamente esta última figura jurídica.

1.1 LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad, a la que parte de la doctrina prefiere denominar como responsabilidad parental³ e incluso algunas legislaciones del derecho comparado la contemplan bajo esta denominación⁴, es únicamente atribuible a los padres del niño, así lo establece nuestra normatividad al referir en la redacción del artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes⁵ y el artículo 423° del Código Civil, que los titulares de los deberes y derechos que otorga la patria potestad son los padres.

Respecto a su definición, compartimos aquella esgrimida por la profesora María Barletta Villarán que la conceptualiza como una institución que garantiza los derechos generales y específicos de los niños y es atribuida a los padres, por ello el rol primordial de éstos es cumplir

²En adelante niño o niños.

³“La designación se encuentra admitida en la literatura anglosajona, y fue incorporada recientemente en el derecho catalán. En la literatura anglosajona, la idea de “*parental responsibility*” implica en general “*parental rights*”, “*parental duties*” y autoridad. En el derecho inglés, la acuñación implicó un cambio de eje: de la idea de los derechos de los padres sobre los hijos, a la idea de la predominancia de su responsabilidad [...]”, en U. C. BASSET, “La Responsabilidad Parental en el Código Civil Argentino Proyecto”, *Prudentia Iuris*, N°74, 2012, p. 92. Disponible en < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4456361> > Consulta: 15 de mayo de 2020.

⁴Puede verse la aplicación del término responsabilidad parental en la legislación de Italia que concibe la “*responsabilità genitoriale*” en el artículo 316° de su Código Civil, así también en la legislación de Argentina se ve instituida en el artículo 638° del Título VII de su Código Civil y Comercial, y en la Parte I y Sección II de *The Children Act* de 1989 en el Reino Unido, incluso una primera aproximación a este término por parte de nuestras disposiciones normativas se encuentra en el capítulo IX del Protocolo de Entrevista Única para niñas, niños y adolescentes en Cámara Gesell aprobada mediante Resolución Administrativa N°277-2019-CE-PJ, la misma que regula las disposiciones especiales para los procesos vinculados a conflictos sobre la responsabilidad parental.

⁵En adelante CNA.

con el encargo social de buscar el desarrollo integral de sus hijos⁶. Debe precisarse que el desarrollo integral del niño, es aquel referido al desarrollo holístico⁷.

Continuando con el análisis, debe señalarse que nuestra legislación no establece una definición legal de patria potestad, empero, al referirla se remite a su contenido, es decir indica los deberes y derechos que otorga.

En ese sentido, podemos inferir de manera general que, desde el punto de vista de su contenido, la patria potestad es un derecho-deber atribuible única y exclusivamente a los padres del niño. Asimismo, deriva de las relaciones entre padres e hijos y se manifiesta a través de derechos que otorgan facultades a los padres, respecto de los hijos, así como deberes que impone la paternidad. En el mismo orden de ideas, el profesor Alex Plácido Vilcachagua expresa que:

“En el derecho moderno estas facultades que integran la patria potestad se conceden, ahora, en función a los deberes que emanan de la misma, siendo así la patria potestad una función tuitiva sobre el menor que se confía a los padres de acuerdo al derecho natural de los mismos de educarlos y tenerlos en su compañía”⁸.

Lo manifestado en la cita precedente nos obliga a valorar dos aspectos de esta institución, el primero respecto a la dicotomía deber-derecho que atañe a la patria potestad, y el segundo en relación a la forma de otorgarse a los padres por derecho natural, que en efecto deriva del acto de procreación.

En primer lugar, cuando nos referimos a la dicotomía deber-derecho, estamos aludiendo al contenido de la patria potestad, que se ve reflejado en el conjunto de deberes y derechos de carácter personal y patrimonial que otorga⁹. Estos también son denominados como atributos, y

⁶Cfr. M.C. BARLETTA VILLARÁN, *Derecho a la Niñez y Adolescencia*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2018, p.107.

⁷“El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" en su sentido mas amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”, en COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N°05 sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2003, p. 05 Disponible en: < <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>>. Recuperado: 26 de abril de 2020.

⁸A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Identidad Filiatoria y Responsabilidad Paternal*, Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 515.

⁹“Artículo 74°. - Deberes y derechos de los padres. - Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral;
- b) Proveer sostenimiento y educación;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;

son ejercidos únicamente en beneficio del niño, puesto que los derechos que otorga se encuentran supeditados al cumplimiento de los deberes que a su vez concede.

En segundo lugar, cuando el mencionado autor hace referencia a la forma de otorgarse la patria potestad a los padres por el derecho natural, alude a la titularidad de esta institución. En efecto, la legislación nacional atribuye esta titularidad a los padres del niño, por lo tanto, lógicamente se puede inferir que quien es titular de la patria potestad es quien puede y debe ejercer los deberes y derechos que contiene. Empero ello no necesariamente sucede de esta manera, puesto que otros familiares, como los abuelos, pueden ejercerlos, por ejemplo, bajo la figura de la tutela¹⁰.

Lo que nos lleva por ahora a referirnos a la diferencia que existe entre el ejercicio y titularidad de la patria potestad. La titularidad, es la: “tenencia legítima de un derecho, corresponde a los progenitores por la filiación”¹¹, por su parte el ejercicio es la posibilidad fáctica del cumplimiento de los deberes y derechos que otorga esta institución.

La parte de la doctrina que considera la existencia de la diferencia entre el ejercicio y la titularidad de la patria potestad refiere que la primera puede disociarse, sin embargo, la segunda no, consecuentemente si no se tiene titularidad no se puede ejercitar la patria potestad¹². Al respecto compartimos la opinión del profesor Dionisio Roda y Roda al señalar que esta última afirmación debe ser tomada con ciertas reservas justamente porque se puede atribuir el ejercicio

-
- d) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
 - e) Representarlo en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y responsabilidad civil;
 - f) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
 - g) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieren; y
 - h) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil” en Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes*, Perú, entrado en vigencia el 07 de agosto de 2000, art. 74°.

¹⁰“Artículo 526°. -El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona. Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia [...]”, en Congreso de la República del Perú, Decreto legislativo N°295, *Código Civil*, Perú, entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984, art. 526°.

¹¹D. RODA Y RODA, “El Interés del Menor en el Ejercicio de la Patria Potestad. El Derecho del Menor a Ser Oído”, Universidad de Murcia, 2013, Tesis para obtener el grado de doctor. Disponible en: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=49895> >. Consultado:17 de mayo de 2020.

¹²Cfr. *Ibidem*, p. 74.

de la patria potestad a los abuelos o instituciones sociales en supuestos de desamparo del niño, sin embargo, éstos no cuentan con la titularidad¹³.

Este ejercicio de la patria potestad por un tercero distinto a los padres, dissociado de la titularidad, es factible a partir de las instituciones supletorias de amparo familiar. Pero como es evidente, el cumplimiento de estos deberes y derechos se realizará bajo la titularidad de aquellas instituciones, que en su denominación y la naturaleza jurídica son distintas entre ellas y entre la patria potestad.

Consecuentemente para el caso que nos ocupa, desde una primera aproximación podemos afirmar que los abuelos pueden ejercer los deberes y derechos correspondientes al contenido de la patria potestad en el supuesto de que sus titulares hayan sido suspendidos de su ejercicio o se les haya extinguido su titularidad, empero, como detallamos en líneas anteriores, son ejercidos bajo las instituciones supletorias de amparo familiar, como la tutela. Por lo tanto, es lógico deducir que la tenencia como uno de los atributos de la patria potestad, se encuentra implícitamente dentro de la tutela, porque para ejercer los deberes correspondientes a esta, se requiere mantener una relación de convivencia con el niño (relación fáctica que conlleva la tenencia). Entonces, si bien en la norma no se establece de manera expresa que la tutela otorga la tenencia del niño, ésta se encuentra tácitamente dentro de aquella¹⁴.

No obstante, no podemos limitar esta forma de ejercicio del contenido de la patria potestad a la titularidad de instituciones de amparo familiar porque como veremos más adelante dentro de la práctica judicial se evidencia que a pesar de que no se haya suspendido o extinguido la patria potestad de los padres, se otorga la tenencia del niño a un familiar como los abuelos¹⁵.

Finalmente, los artículos 419° y 420° del Código Civil regulan el ejercicio conjunto y unilateral de la patria potestad respectivamente. El primero supone que los padres mantengan la convivencia a causa del matrimonio o la unión de hecho, correspondiendo a ambos la representación legal del niño. Sin embargo, de haber la separación de estos, se requiere para el ejercicio conjunto de la patria potestad que se haya decidido por aplicar la figura de la tenencia

¹³Cfr. Ídem, p. 74.

¹⁴Congreso de la República del Perú, Decreto legislativo N°295, *Código Civil...*, cit., art. 526°.

¹⁵Al ser la tenencia uno de los atributos más importante de la patria potestad, permite el ejercicio de todos los deberes y derechos de la patria potestad relativas al cuidado, consecuentemente bajo la titularidad de la tenencia se ejercen también los deberes y derechos que otorga la patria potestad.

compartida, la misma que estudiaremos más adelante. A su vez, el ejercicio unilateral supone la suspensión de la patria potestad para uno de los cónyuges y el ejercicio exclusivo para el otro bajo tres situaciones específicas las cuales son la separación de cuerpos, invalidación del matrimonio y divorcio¹⁶, empero no se aplicará dicha suspensión en los casos de separación convencional y divorcio ulterior¹⁷.

La pregunta que nos planteamos en este apartado es: ¿Cómo ejercen la patria potestad los padres que se encuentran separados, pero a ninguno de ellos se les ha suspendido aquella? En efecto, la respuesta a esta cuestión está vinculada al ejercicio de la tenencia que desarrollaremos en el siguiente subtítulo, empero debemos precisar que en estos supuestos, independientemente de que se esté ejerciendo una tenencia monoparental o compartida (las mismas que desarrollaremos posteriormente), los deberes-derechos de la patria potestad que no presupongan la tenencia para su ejercicio, podrán seguir siendo ejercidas por el progenitor.

1.2 DEFINICIÓN DE TENENCIA

La definición legal de tenencia no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico vigente, por lo tanto, para aproximarnos a su conceptualización debemos apoyarnos en la doctrina, la jurisprudencia nacional y la adecuada interpretación de patria potestad, que en su contenido comprende a esta institución del derecho familiar tutelar. Sin embargo, es menester precisar que el término tenencia describe la relación de las personas con las cosas y no aquella entre padres e hijos. Lo que nos ha llevado a referirnos primigeniamente a la impropiedad terminológica de la tenencia, para posteriormente desarrollar esta institución desde la perspectiva de los padres y finalmente desde el punto de vista de los hijos.

1.2.1 LA IMPROPIEDAD TERMINOLÓGICA DE LA TENENCIA

En estricto la palabra tenencia hace referencia a detentar o poseer un bien, haciendo directa vinculación a la regulación de posesión en el libro de derechos reales del Código Civil¹⁸, no

¹⁶Cfr. Congreso de la República del Perú, Decreto legislativo N°295, *Código Civil...*, cit., art. 419° y 420°.

¹⁷Cfr. Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 76°.

¹⁸“Se alude a tenencia cuando nos referimos a la mera posesión de un bien. Poseer es tener una cosa con ánimo de dueño. Es tenedor el poseedor. Se tiene una cosa, un objeto, un bien no un hijo. La diferencia está en su esencia. La tenencia para el Derecho de Familia está amparada en un título. Tener implica un ejercicio adecuado de un

siendo el vocablo idóneo para reflejar la especial relación de cuidado y convivencia entre padres e hijos al que se refiere la tenencia para el derecho de familia. La regulación de esta especial relación bajo el término tenencia evidencia su impropiedad terminológica, motivo por el cual en el derecho comparado no se utiliza este vocablo. En ese sentido podemos evidenciar que en la legislación española se prefiere utilizar los términos guarda y custodia¹⁹, en el caso del derecho argentino se le denomina como cuidado personal del niño²⁰, en la legislación colombiana como custodia y cuidado personal o responsabilidad parental²¹, y en el Código Civil de Chile como cuidado personal de los hijos²².

Entonces, aparentemente la legislación nacional se encontraría en un error al no contemplar el término idóneo que haga referencia a la relación de cuidado y convivencia entre padres e hijos. Motivo por el cual consideramos que esta especial relación familiar debería ser concebida bajo una terminología más adeudada que enfatice el cuidado, ello en la medida de que el término tenencia refiere más apropiadamente la relación entre personas y cosas. Finalmente, teniendo clara la impropiedad terminológica de la tenencia, procederemos a desarrollar su definición.

1.2.2 LA TENENCIA COMO DERECHO DE LOS PADRES

Partimos este análisis describiendo la forma en como la legislación nacional, especialmente el CNA, concibe el ejercicio de la tenencia. En ese marco, al ser un atributo de la patria potestad, es considerado como el derecho de los padres a tener a sus hijos consigo en atención al artículo

derecho, lo que implica no retener”, en E. VARSI ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Tomo III, Lima, 2012, 1era. ed., p.304.

¹⁹Véase el artículo 103° de Código Civil Español respecto a guarda y custodia del niño y el artículo 430° del mismo cuerpo legal respecto a tenencia como posesión de una cosa.

²⁰“En la legislación argentina se deroga la palabra “tenencia” con el nuevo Código Civil, sin embargo, en su código derogado se hacía alusión a la palabra tenencia y guarda como sinónimos, a pesar de ello la doctrina los distinguió considerando que “la guarda es la circunstancia de tener los progenitores a sus hijos consigo; vale decir la convivencia entre aquellos y estos, y en esencia, se daría cuando los padres viven de consumo. La tenencia entraría a jugar en los supuestos en que acontece el quiebre de la pareja parental; concretamente se daría cuando dicha tenencia se atribuye a uno de los progenitores para que cohabite con sus hijos”, en M. LUIS MIZRAHI, *Responsabilidad Parental*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018, 1era. ed., p. 364.

²¹Véase el artículo 23° de la Ley N°1098 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia respecto a custodia y cuidado personal de los niños y el artículo 14° del mismo texto legal preceptúa que: “la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación [...]”.

²²Véase el inciso 1 del artículo 224° del Código Civil Chileno.

76° del CNA²³. Entonces, es ejercida de manera conjunta por los padres cuando ambos ostentan la titularidad y el ejercicio de la patria potestad. Pero de encontrarse separados de hecho, el ejercicio de la tenencia sobre el niño deberá ser convenido por los padres o decidido por un magistrado. En ese sentido, el artículo 81° del CNA preceptúa que los padres de común acuerdo y considerando la opinión del niño podrán decidir quién ejercerá la tenencia (haciendo referencia a su ejercicio monoparental o exclusivo que desarrollaremos más adelante). También dispone que incluso pueden acordar una tenencia compartida (que explicaremos posteriormente), solo si los padres mantienen una buena relación. Por último, expresa que si los padres no llegan a un acuerdo, o habiendo tomado una decisión, ésta perjudica al niño, el juez especializado en familia será quien decida el otorgamiento de la tenencia²⁴. Debemos considerar de lo expuesto que, en todo este proceso, el magistrado debe “[...] escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”²⁵, del mismo modo podrá dictar medidas necesarias para el cumplimiento de lo decidido respecto al ejercicio de la tenencia del niño.

Como es de notar, el CNA regula la consecuencia descrita en el párrafo anterior ante el supuesto de separación de hecho de los padres, por lo que cuando medie un divorcio o separación de cuerpos, se aplicará el artículo 340° del Código Civil que detalla que los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez establezca que se encargue del cuidado el otro cónyuge, o una tercera persona, como los abuelos, en caso de motivo grave. Seguidamente preceptúa que ante el supuesto de que ambos cónyuges sean culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre, caso contrario serán cuidados por la madre al igual que las hijas menores de edad, salvo que el juez determine una situación distinta. Por último, es neurálgico resaltar que el juez debe preferir otorgar la tenencia al padre que mejor garantice el derecho de relación que tiene el niño con el otro padre²⁶.

Se evidencia de lo expuesto hasta este punto que el Código Civil regula una posibilidad de que la tenencia sea ejercida por un tercero distinto al progenitor, sin embargo, la regulación de la tenencia dentro del CNA en relación a su ejercicio y titularidad, aparenta exclusividad legal hacia los padres.

²³Cfr. Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 74°.

²⁴Cfr. *Ibidem*, art. 81°.

²⁵*Ibidem*, art. 85°.

²⁶Cfr. Congreso de la República del Perú, Decreto legislativo N°295, *Código Civil...*, cit. art. 340°.

Por otra parte, desde nuestro punto de vista, esta institución no solo refleja el derecho de los padres a tener a sus hijos consigo, de ser tal el caso estaríamos reduciendo este derecho como si se tratara de facultades ejercidas sobre un bien (¡equiparable al niño!) sobre el cual se podría ejercer posesión²⁷. Evidentemente, esto es posible en un ordenamiento jurídico que aun concibe este derecho principalmente bajo la terminología de tenencia. Empero, no podemos desconocer que nuestra legislación ha equiparado los términos custodia y tenencia, evidenciando que aquello que busca principalmente este derecho es el cuidado del niño, de lo contrario ¿porqué utilizar expresiones como tenencia y custodia de manera conjunta si la primera ya contiene el cuidado del niño?²⁸ Al respecto, somos de opinión que el legislador al regular la tenencia, la concibió como un derecho de los padres a cuidar de sus hijos²⁹, a pesar de que haya utilizado un término impropio para referir esta relación familiar. Del mismo modo, para precisar, este cuidado ejercido por los padres estará referido a la vida cotidiana del niño.

En el mismo sentido, el profesor Jesús Hilario Ferrer concibe la tenencia como la institución que busca situar al niño bajo el cuidado de alguno de sus padres en caso concurra la separación entre éstos³⁰. Sin embargo ¿Cómo ejercer este cuidado si no existe una convivencia? En efecto, para ejercerlo se requiere que los padres vivan bajo el mismo techo con sus hijos, de modo que

²⁷Para autores como Benjamín Aguilar la tenencia es el derecho de los padres a vivir con sus menores hijos, siendo que el deber de cuidado de los padres surge en el ejercicio de este derecho, pero no estamos de acuerdo con el concepto esbozado por el mencionado profesor puesto que en primer lugar se puede evidenciar que la relación fáctica de convivencia con los hijos implica tenerlos consigo, en segundo lugar se retrocede al considerar a la tenencia como un derecho de tener o poseer a los hijos, y finalmente cuando concibe al cuidado como un deber que surge en su ejercicio, expresa a la tenencia como la facultad de tenerlos y luego cuidarlos, siendo que en realidad la tenencia es el cuidado de los niños, donde la convivencia es medio para ejercer el mismo, en Cfr. B. AGUILAR LLANOS, *La Familia en el Código Civil Peruano*, Ediciones Legales, 2008, 1era. ed., p. 341.

²⁸Dicha equiparación de términos puede evidenciarse en la redacción del artículo 83° del CNA, el mismo que preceptúa 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”, en Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 83°.

²⁹“El cuidado personal se considera como una función social y como un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los padres”, en DIEZ-PICAZO, LUIS, *Sistema de Derecho Civil*, tomo IV, ob. cit. p. 288 citado por R. VALDIVIA PAREDES, “El Deber de Cuidado Personal”, Universidad de Chile, 2007, Tesis para optar el grado de abogado Disponible en: < http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113414/de-valdivia_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Consultado: 20 de mayo de 2020. Nota 84.

³⁰Cfr. J. HILARIO FERRER, “La Tenencia de los Hijos en el Perú”, *Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, N°75, 2017, p. 85. Disponible en < <http://www.librejur.info/index.php/revistajuridica/article/download/28/39> > Consulta: 20 de mayo de 2020.

la convivencia se convierte en un medio para su ejercicio³¹. En el mismo sentido para Rabadán citado por Marisol Fernández Revoredo: “la tenencia se refiere a aquellas facultades de la patria potestad que están relacionadas con el cuidado de los hijos, y para cuya relación necesitan de la convivencia del progenitor con el niño o niña [...]”³².

La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a considerar a la tenencia a partir de la perspectiva de rol de cuidado, así puede verse en la Casación N°3859-2016-Piura establece que: “[...] el progenitor trabaja en la ciudad de Lima, con un horario laboral que no le permitiría cumplir de manera cabal con su rol de cuidado y protección de su hijo si es que le otorgara la tenencia compartida [...]”³³.

Finalmente podemos concluir que existe una aparente exclusividad legal respecto a la titularidad y ejercicio de la tenencia recaída sobre los padres. Por otra parte, como derecho de los padres, se materializa en el cuidado que realizan sobre sus hijos dentro de su vida cotidiana, pero como se ejerce en atención al desarrollo integral de estos últimos, no podemos desconocer que la tenencia es también un derecho del niño, el mismo que procederemos a desarrollar en el siguiente subtítulo.

³¹La convivencia entre padres e hijos, que implica vivir bajo un mismo techo, es la relación fáctica en la que se materializa la tenencia, y sobre la cual se asientan las bases para ejercer el resto de deberes y derechos que les corresponde en calidad de padres, en Cfr. B. AGUILAR LLANOS, “La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida”, *Derecho & Sociedad*, N° 32, 2009, p. 192. Disponible en < <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425>> Consulta: 27 de mayo de 2020.

³²RABADAM citado por M. FERNANDEZ REVOREDO, *Manual de Derecho de Familia*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2013, p. 225.

³³Cas. N°3859-2016-Piura, El Peruano de 11 de julio de 2017.

1.2.3 LA TENENCIA COMO DERECHO DEL NIÑO

Considerando el derecho del niño a vivir en una familia³⁴, así como la última disposición del inciso 1 del artículo 7^o³⁵ y el inciso 1 del artículo 9^o³⁶ de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁷, nos permite inferir que la tenencia también es el derecho del niño a ser cuidado y a vivir con sus padres, así como a no ser separado de ellos, salvo que esta medida sea necesaria en atención al interés superior del niño. En ese sentido el profesor Alex Plácido Vilcachagua refiere que: “El artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra dos principios esenciales: el primero, el niño debe permanecer con sus padres, salvo cuando sea contrario a su interés superior y, segundo, si es necesario separar al niño de sus padres, los procedimientos aplicados deberán ser equitativos”³⁸.

Consecuentemente, consideramos que este interés superior del niño se verá garantizado en la medida que los padres que conviven con su hijo, aseguren los derechos del niño, así como su desarrollo integral. Ello en atención a que la relación del niño con sus padres representa el primer acercamiento de éste con la familia y la sociedad, por lo que son los obligados en primer orden en garantizar este interés superior y su desarrollo holístico. Entonces, es neurálgico comprender que cuando el interés superior del niño sugiera la separación de sus padres, la tenencia de estos últimos pierde sentido al no proporcionar al niño un ambiente adecuado para su desarrollo.

A partir de ello, se hace evidente que la tenencia, desde el punto de vista del sujeto activo, se verá supeditada a que se le proporcione al niño un ambiente que permita su seguridad y

³⁴“Artículo 8°. - El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral”, en Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 8°.

³⁵“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos [...]”, en Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Celebrada en el 20 de noviembre de 1989, entrado en vigor el 2 de septiembre de 1990, ratificada por el Perú el 04 de septiembre de 1990, art.7°.

³⁶“Los Estados Partes velarán porque 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 [...]”, en Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Celebrada en el 20 de noviembre de 1989, entrado en vigor el 2 de septiembre de 1990, ratificada por el Perú el 04 de septiembre de 1990, art.9°.

³⁷En adelante la Convención.

³⁸A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Manual de derecho de los niños, niñas y adolescentes*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 261.

desarrollo físico, moral y psíquico. Se privilegia de esta manera la satisfacción de sus necesidades por sobre el derecho de tenencia de los padres. En el mismo sentido, Enrique Varsi Rospigliosi expresa que la tenencia: “[...] no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral”³⁹.

Consecuentemente la tenencia es un derecho recíproco de padres a hijos, por lo tanto, no podemos restringir su ejercicio únicamente a aquellos, imposibilitando que otros miembros de la familia como los abuelos (y ante una pérdida de patria potestad, por ejemplo) garanticen el cuidado y correcto desarrollo de sus nietos a través del reconocimiento y/u otorgamiento legal de esta facultad. Ello es así porque como lo hemos detallado, la tenencia como derecho de los hijos, implica también la posibilidad de ser separado de sus padres.

Es evidente entonces la especial responsabilidad que debe tener quien es titular de la misma en garantizar el goce de los derechos que tiene el niño y su desarrollo integral a partir del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la patria potestad.

Consiguientemente, las disposiciones que se tiene respecto a la tenencia deben aplicarse de manera flexible en aras de asegurar el interés superior del niño, asimismo la interpretación de aquella de manera extensiva, permitiría otorgarla a los abuelos, como se demostrará en la presente investigación.

Tal es así que parte de la doctrina nacional apoya esta posición, al señalar el profesor Fermín Chunga Lamónja que: “[...] por extensión señala el Código, la tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés”⁴⁰, así también para la profesora Claudia Canales Torres la tenencia puede ser otorgada a un tercero si ello fuera necesario⁴¹.

Finalmente, considerando lo expuesto hasta aquí podemos definir la tenencia como el derecho subjetivo de los padres de cuidar de sus hijos dentro de su vida cotidiana mediante la relación fáctica de convivencia con los mismos para permitir el desarrollo de éstos, y a su vez es el

³⁹E. VARSI ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia ...*, cit., p.304.

⁴⁰F. CHUNGA LAMONJA, *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes*, Grijley, Lima, 2019, 1era. ed., p.292. Consideramos que el mencionado profesor hace referencia al artículo 80° del CNA el mismo que detalla: “El Juez especializado, en cualquier estado de la causa, pondrá al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuera necesario, con conocimiento del Ministerio Público [...]”, en Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 80°.

⁴¹Cfr. C. CANALES TORRES, *Patria potestad y Tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014. 1era. ed. p. 30.

derecho de los hijos de ser cuidados y vivir y no ser separados de sus padres, salvo que por interés superior del niño esta medida sea necesaria.

Habiendo definido la tenencia, proseguiremos con nuestro análisis respecto a su naturaleza jurídica.

1.3 ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENENCIA

Para el profesor Julián Guitron Fuentes la naturaleza jurídica:

“[...] es lo primordial de cada institución. Lo que no requiere artificios ni mezclas en su integridad. Es la esencia de cada figura jurídica. Origen de las instituciones legales [...]. No debe quedar duda de que cuando decimos naturaleza jurídica, queremos destacar lo que cada figura del Derecho es, en la sistemática del Derecho”⁴².

Por lo tanto, la tenencia tiene como naturaleza jurídica aquella situación de hecho basada en el cuidado del niño y efectuado por ambos padres, que le permite su desarrollo integral, mediante una relación fáctica de convivencia surgida entre padres e hijos.

Entonces, al ser la tenencia un atributo de la patria potestad, y radicar su naturaleza jurídica en la situación de hecho generada por el cuidado del niño efectuado por ambos padres, corresponde como derecho de los hijos el ser cuidado y vivir con ambos padres, sin embargo, resulta que en ocasiones tal cuidado no puede ser ejercido por estos de manera simultánea en un mismo hogar. Siendo que del análisis de su naturaleza jurídica surgen caracteres para ejercer la tenencia en forma monoparental, coparental o en sentido negativo, los mismos que procederemos a desarrollar.

1.3.1 CARÁCTER MONOPARENTAL DE LA TENENCIA

Al quebrantarse la relación de convivencia o el deber de cohabitación entre los padres del niño, la tenencia puede ser otorgada al padre o a la madre de este, desvinculándose a uno de los padres del derecho de cuidado de su hijo durante el periodo de tiempo en que no conviva con este, justamente por no tenerlo consigo. Sin embargo, dicho derecho de cuidado se convierte en un

⁴²J. GUITRON FUENTEVILLA, “Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N°260, Vol. 63, 2013, p. 268-269. Disponible en <revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60705> Consulta: 25 de mayo de 2020.

deber durante el régimen de visitas que le es otorgado por mandato del artículo 88° del CNA⁴³. El carácter monoparental de la tenencia, o tenencia monoparental, se refleja en la situación descrita y permite su ejercicio exclusivo a uno de los padres.

La tenencia monoparental no desconoce el derecho del niño a vivir con sus padres y no ser separado de ellos, al garantizar mediante el régimen de visitas la relación del niño con el otro progenitor, donde impera el interés del niño de gozar de una interrelación con aquel padre con quien no conviva, del mismo modo surge en el visitante el deber de cuidado del niño. En efecto, este carácter de la tenencia refleja la dicotomía tenencia monoparental- régimen de visitas⁴⁴. Empero es menester resaltar aquello que afirma el profesor Alex Plácido Vilcachagua respecto a que el padre que no conviva con sus hijos debe seguir preocupándose por la dirección, crianza, orientación apropiada y desarrollo integral de estos⁴⁵.

Por lo expuesto hasta aquí, tenemos que en nuestro ordenamiento jurídico la fórmula tradicional de otorgamiento de la tenencia del niño, cuando media una separación de los padres, se refleja en su carácter monoparental. El mismo que viene acompañado de un régimen de visitas, generándose una especie de binomio entre ambas figuras, a excepción de que el otorgamiento de esta última no garantice el interés superior del niño. Por su parte, el magistrado debe preferir otorgar la tenencia al padre que mejor garantice el derecho de relación que tiene el niño con aquel que no ejerza la tenencia.

Finalmente, nuestra legislación regula en el artículo 84° del CNA, los criterios para el otorgamiento de la tenencia monoparental, en ese sentido dispone que el niño menor de tres años deberá ser custodiado por la madre, del mismo modo este deberá permanecer con el padre con quien convivió el mayor tiempo, de cualquier modo, se debe señalar el régimen de visitas

⁴³“Artículo 88°. - Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria [...]”, en Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 89°.

⁴⁴“La desmembración de la convivencia de los padres supone la atribución de la tenencia a uno de los cónyuges y el correspondiente establecimiento de un régimen de visitas para el otro. Siendo a su vez un derecho correlativo, ya que a la par del derecho subjetivo de los padres, aparece el de los hijos de estar junto a sus padres, o mantener contacto, lo que constituye un deber para aquéllos”, en L. CASTILLO REGALADO, “La Tenencia y el Régimen de Visitas de los Hijos en el Perú”, *Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, N°75, 2017, p. 46. Disponible en < <http://www.librejur.info/index.php/revistajuridica/article/download/11/11> > Consulta: 30 de mayo de 2020.

⁴⁵Cfr. A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Manual de derecho de los niños, niñas y adolescentes*, ... p. 256.

para el padre que no ejerza la tenencia⁴⁶. Por otro lado, el artículo 340° del Código Civil también regula criterios para su otorgamiento enmarcados dentro del divorcio por causal como lo habíamos desarrollado anteriormente⁴⁷.

Habiendo comprendido el carácter monoparental de la tenencia, procederemos a desarrollar su carácter coparental.

1.3.2 CARÁCTER COPARENTAL DE LA TENENCIA

Ante una fórmula tradicional y preferente de otorgamiento de la tenencia reflejada en su carácter monoparental, surge el carácter coparental, denominándose dentro de nuestro ordenamiento jurídico como tenencia compartida y a la que parte de la doctrina prefiere denominar como tenencia alterna⁴⁸.

En ese sentido, la tenencia compartida es una modalidad de esta institución la cual permite que sea ejercida por ambos padres al mismo tiempo, estando incluso separados, de tal manera que dividan sus responsabilidades parentales y tomen conjuntamente las decisiones en beneficio de sus hijos, quienes viven estrechamente vinculados con ambos padres⁴⁹. En ese sentido, conforme lo expresa el profesor Cristóbal Pinto Andrade, la singularidad de la tenencia compartida es la real, efectiva y equitativa participación de los padres en el cuidado de sus hijos, en el ámbito material y emocional, tras la ruptura de su relación⁵⁰.

En ese orden de ideas, se debe precisar que el carácter coparental de la tenencia se encuentra integrado por dos principios. El primero es el principio de coparentabilidad que conforme lo señala la profesora María Espinoza Muñoz se fundamenta en el derecho del niño de mantener

⁴⁶Cfr. Congreso de la República del Perú, Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes..., cit., art. 84°.

⁴⁷Véase la referencia que se hizo al citado artículo en la página 07 del presente trabajo de investigación.

⁴⁸“La custodia compartida trata de establecer la alternancia de ambos progenitores en el cuidado y tenencia de sus hijos después de la ruptura de la convivencia en común. La mayor parte de los autores entienden que sería más ajustado hablar de custodia alterna en lugar de custodia compartida”, en D. VIÑAS MAESTRE, “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, N°03, 2012, p. 09. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994894>> consultado: 05 de junio de 2020.

⁴⁹Cfr. G. CABALLERO DEZA, L. “La Tenencia Compartida y su Viabilidad Práctica en la Realidad Peruana”, en DAVILA DELGADO (Coord.), *Revista de Actualidad Jurídica “LA TRIBUNA DEL ABOGADO”*, N°7, 2014, p. 175. Disponible en <<https://docplayer.es/77297005-Revista-de-actualidad-juridica.html>> consultado: 15 de junio de 2020.

⁵⁰Cfr. C. PINTO ANDRADE, “La Custodia Compartida en la Práctica Judicial Española: Los Criterios y Factores para su Atribución”, *Misión Jurídica*, N°09, 2015, p. 150.

relaciones personales, afectivas y materiales con su padre y madre, independiente de si estos han terminado su relación conyugal o de convivencia⁵¹. El segundo es el principio de corresponsabilidad parental al que la profesora Marcela Acuña San Martín define como:

“La participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos (simétrica o asimétrica). Mirado desde la óptica de los padres, este principio orienta sobre la forma de ejercicio por ambos de los regímenes de cuidado personal y de relación con los hijos que se acuerden o establezcan judicialmente, a la vez que es el fin de su ejercicio, pues no se pretende otra cosa que mantener el ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad de ambos progenitores, aunque estén separados”⁵².

Estos principios, no son exclusivos de la tenencia compartida, sin embargo, es donde se puede evidenciar su aplicación con mayor incidencia. Por consiguiente, el carácter coparental tiene dos fines. El primero es el reducir el trauma que genera en el niño la ruptura familiar, de tal manera que se garantice en éste un desarrollo sano, del mismo modo se fortalece el lazo consanguíneo paterno-materno-filial⁵³. El segundo fin es el de equilibrar el ejercicio de derechos y deberes parentales.

Por otra parte, el ejercicio conjunto de la patria potestad se mantiene cuando se otorga la tenencia compartida a los padres del niño, a pesar del quiebre de la relación entre estos, solo si a ninguno de ellos se les ha suspendido o extinguido la patria potestad. Por esta razón podemos afirmar que la única similitud que existe entre la tenencia compartida y la tenencia que ejercen los dos padres cuando no media separación alguna, y a la que responde su naturaleza jurídica, es la del ejercicio conjunto de la patria potestad. Sin embargo, es neurálgico comprender que en la primera existe un ejercicio alterno o separado y en la segunda un ejercicio simultáneo de la patria potestad.

⁵¹Cfr. M. ESPINOZA MUNOZ, “La Tenencia Compartida en el Perú”, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N°75, 2019, p. 228.

⁵²M.ACUÑA SAN MARTIN, “El Principio de Corresponsabilidad Parental”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N°02, 2013, p. 31. Disponible en <<https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/1947> > Consultado: 17 de junio de 2020.

⁵³Cfr. A. AGUILAR SALDIVAR, “La Tenencia Compartida: Comentario a la Ley N°29269, que incorpora esta figura al Código de los Niños y Adolescentes”, *Derecho y Cambio Social*, N°16, 2009, p. 04. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5501906> > Consultado: 17 de junio de 2020.

Esta misma posibilidad de ejercer la patria potestad puede verse en el *affidamento condiviso* y la *collocazione alternata* del derecho italiano donde el juez puede facultar el ejercicio separado de la responsabilidad parental para las decisiones de ordinaria administración⁵⁴. En ese sentido podemos demostrar que en la legislación comparada la tenencia no restringe su forma de ejercicio, mientras que ello no perjudique al niño. Incluso esta forma de ejercicio de la patria potestad denominada como el *affidamento condiviso* se ha vuelto la forma preferente de ejercerla conforme a los artículos 337 *ter.* 2 y 337 *quater.* 1 del Código Civil italiano⁵⁵. Finalmente existe una última regla para ejercer la tenencia y que se aplica cuando ninguno de los padres puede garantizar el cuidado y desarrollo de su hijo, ello se ve reflejada en el carácter negativo de la tenencia que desarrollamos a continuación.

1.3.3 CARÁCTER NEGATIVO DE LA TENENCIA

Como habíamos mencionado anteriormente, la regulación de la tenencia en el CNA aparenta una exclusividad en su otorgamiento hacia los padres del niño, incluso ello se puede reafirmar a partir de la redacción del artículo 83° del mismo cuerpo normativo, el mismo que exige acompañar la partida de nacimiento del niño a la demanda de reconocimiento de tenencia, justamente para acreditar la filiación⁵⁶.

En efecto, este artículo cierra absolutamente las posibilidades a que los abuelos, por ejemplo, interpongan esta acción. Pero su redacción no es acorde a la realidad, puesto que la jurisprudencia nacional ha permitido que los abuelos, sin tener la calidad de padres del niño, puedan interponer la demanda de tenencia de su nieto en aplicación del interés superior del niño⁵⁷.

⁵⁴El *affidamento dei figli* es la institución jurídica que regula la forma en cómo se ejerce la responsabilidad parental, pudiendo ejercerse de manera conjunta o exclusiva por uno de los padres, surgiendo la figura del *affidamento esclusivo*, que incluye la determinación de la convivencia del niño, y el *affidamento condiviso*, donde a partir de una decisión ulterior se determina con quien convivirá el niño, consecuentemente la *collocazione* es la institución jurídica que determina con que progenitor convivirá el niño después de la separación de sus padres, en Cfr. J. MARTINEZ CALVO, “El «*affidamento*» y la «*collocazione*» en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española”, *Revista de Derecho de Familia*, N°78, 2018, pp.3,4,7 y 8. Disponible < <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/El%20affidamento.PDF> > Consultado: 5 de junio de 2020.

⁵⁵Ibidem, p. 13.

⁵⁶Cfr. Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art.83°.

⁵⁷Véase la Cas. N°5016-2018-SAN MARTIN, El Peruano del 13 de diciembre de 2018.

Esta situación se ve reflejada en el carácter negativo de la tenencia y se manifiesta cuando ninguno de los padres del niño ejerce el cuidado hacia su hijo, consecuentemente tal ejercicio es asignado a algún familiar, como los abuelos o el Estado, que asume tal responsabilidad en caso se produjera una situación de desprotección familiar⁵⁸.

Por esta razón, independientemente de que la tenencia sea un derecho derivado de la patria potestad y quienes deban ejercerla en principio sean los padres, existen situaciones como la descrita, donde las personas que se encargan del cuidado del niño son otros familiares. En ese sentido el profesor Wilson Dueñas señala que:

“La tenencia negativa se puede entender de dos formas, como aquella que existe legalmente pero no se ejerce, dejando al menor bajo la responsabilidad de un tercero. También se puede entender como el menor que teniendo padres no se hacen cargo de él, aunque esta figura no puede existir, ya que un menor no puede estar a cargo de "nadie", el responsable del cuidado del niño, primeramente es la familia y, a falta de ello, el Estado tiene la obligación de actuar y reemplazar el vacío existente”⁵⁹.

Hasta aquí hemos desarrollado tres formas de ejercer la tenencia, distintas a la forma de ejercicio que dicta la naturaleza jurídica de esta institución del derecho de familia. Sin embargo, éstas pueden ser variadas o modificadas entre sí, por ello es importante resaltar que la cosa juzgada de sentencias respecto a tenencia, no generan los mismos efectos procesales que para otras materias de derecho de familia o derecho civil. Ello en atención a que las circunstancias que entornan una decisión judicial de otorgamiento de tenencia pueden cambiar, en ese sentido el artículo 82° del CNA preceptúa que de forma progresiva, si fuere necesario, el juez puede disponer la variación de la tenencia a excepción de que esta decisión judicial deba ejecutarse de manera inmediata por estar en peligro la integridad del niño⁶⁰. Por su parte el artículo 86° del mismo texto legal hace referencia a la modificación de la tenencia⁶¹, diferenciándose de la

⁵⁸Sin embargo, cabe precisar en este punto que, si el Estado ejerce la tenencia del niño, lo hace bajo la figura de tutela estatal en atención al Decreto Legislativo N°1297 que desarrollaremos en el siguiente capítulo.

⁵⁹W. DUEÑAS TRIVIÑOS, “Otorgamiento de Tenencia de Niños y Adolescentes a Personas Distintas de los Padres”. Universidad Nacional de San Agustín, 2018, Tesis para obtener el grado de doctor. Disponible en:<<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/5936/DEMdutrwu.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consultado: 17 de junio de 2020.

⁶⁰Cfr. Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 82°.

⁶¹“La resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción. Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de

variación porque esta última se refiere al cambio del titular de la tenencia, mientras que la primera alude a la modificación de las circunstancias en cómo se ejerce la tenencia.

1.4 CARACTERÍSTICAS

Considerando el concepto esbozado de tenencia, esta institución del derecho de familia tiene las siguientes características:

1.4.1 Es un derecho subjetivo

Es un derecho subjetivo de los padres como de los hijos. En ese sentido, para el profesor Eduardo Zannoni los derechos subjetivos son: “facultades otorgadas a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares”⁶². El mencionado autor los clasifica en derechos subjetivos familiares de interés propio y aquellos para la protección de intereses ajenos que buscan proteger los intereses de terceros, por lo que dentro de este grupo se encontrarían, por ejemplo, aquellos derechos subjetivos que derivan de la patria potestad⁶³. Consecuentemente para el caso que nos ocupa, la tenencia desde el punto de vista de los padres, es un derecho que se ejerce para satisfacer el interés del niño, y desde la perspectiva de este último, para garantizar su propio desarrollo.

1.4.2 Supone la convivencia con el niño

La tenencia implica la relación fáctica de cohabitación entre el niño y el padre o padres o quien garantice su cuidado y desarrollo.

1.4.3 Deriva de la patria potestad

La tenencia está contenida como uno de los derechos-deberes de la patria potestad, por lo que deriva de ésta, sin embargo, independientemente de la directa vinculación entre ambas

la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente”, en Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 86°.

⁶²E. A. ZANNONI, “Derecho Civil. Derecho de Familia”, Editorial Astrea, Tomo I, Buenos Aires, 2012, 6ta. ed., p. 34.

⁶³Cfr. *Ibidem*, p. 35.

instituciones, no debemos desconocer la necesidad de diferenciar entre el ejercicio y la titularidad de la patria potestad.

1.4.4 Es atribuible a quien garantice el cuidado y el desarrollo del niño

Esta característica se refiere expresamente al cumplimiento o no de la tenencia, al ser ésta el cuidado de los hijos. Luego su ejercicio corresponderá para aquella persona o personas, sean los padres (quienes por derecho natural derivado de la procreación tienen este derecho por la patria potestad) o abuelos, que garanticen y hagan efectivo este cuidado, permitiendo el desarrollo y crecimiento sano del niño.

1.4.5 Su otorgamiento se encuentra sujeto al interés superior del niño

Conceptualmente al ser la tenencia el derecho subjetivo de los padres, su otorgamiento debería ser atribuible únicamente a éstos, sin embargo, ello no será de esta manera cuando se afecte su interés superior. Es decir, si los padres no asumen el rol de cuidado respecto a sus hijos, estos podrán ser separados de aquellos cuando sea necesario para salvaguardar el interés del niño, otorgando su cuidado a los abuelos u otro familiar.

1.5 CLASIFICACIÓN

Considerando las diversas causas y circunstancias que pueden producirse dentro de una relación conyugal, convivencial o simplemente parental, podemos sugerir como clasificación de la tenencia los siguientes supuestos:

1.5.1 Tenencia Judicial por causa de separación de cónyuges

Este tipo de tenencia surge a partir del establecimiento de un vínculo matrimonial entre los padres que posteriormente queda disuelto o quebrantado, consecuentemente uno de los efectos sobre los hijos, es determinar el otorgamiento de la tenencia del niño, el mismo que se establecerá a través de un proceso jurisdiccional tramitado ante el juzgado de familia. Dentro de esta clasificación tenemos en primer lugar a la separación de cuerpos que genera un debilitamiento del vínculo matrimonial sin llegar a extinguirlo. En segundo lugar, tenemos al

divorcio, el mismo que causa la ruptura definitiva del vínculo matrimonial de los padres. En ambos supuestos se suspenderá la patria potestad para aquel cónyuge que no se le confíe el cuidado de los hijos, consecuentemente en estos casos estaremos frente a un ejercicio monoparental de la tenencia. Sin embargo, excepcionalmente dentro del divorcio ulterior por separación convencional, no habrá pérdida de la patria potestad, como lo habíamos referido anteriormente en atención al artículo 76° del CNA⁶⁴, entonces aquí podría pactarse el ejercicio compartido de la tenencia. Finalmente, en tercer lugar, se encuentra la invalidez del matrimonio, que al igual que el primer y segundo supuesto, genera la suspensión de la patria potestad y por ende el ejercicio monoparental de la tenencia.

1.5.2 Tenencia extrajudicial o por acuerdo conciliatorio

Este tipo de tenencia presupone un acuerdo de voluntades de los padres del niño respecto al ejercicio de la tenencia ante un supuesto de ruptura de la relación entre ambos. De esta manera el acuerdo se puede plasmar en el acta de conciliación suscrita ante la DEMUNA o en el acta de la audiencia de conciliación de la tenencia llevada a cabo ante un juzgado de familia.

1.5.3 Tenencia de hecho

El otorgamiento de la tenencia de hecho puede ser de forma expresa o tácita. La primera requiere una comunicación verbal de la voluntad de otorgar la tenencia, mientras que la segunda es expresada mediante acciones que permitan dar certeza del otorgamiento de la tenencia al otro padre o a un tercero. Como notamos, no se tendrá ningún documento que respalde dicho acto más que la palabra o las acciones de los padres. Finalmente, este ejercicio de hecho de la tenencia se puede reconocer judicialmente a partir de la interposición de una demanda ante el juzgado de familia⁶⁵.

⁶⁴Véase la referencia que se hizo al citado artículo en la página 07 del presente trabajo de investigación.

⁶⁵Debemos considerar que procesalmente, el reconocimiento de tenencia es una figura jurídica distinta al otorgamiento de tenencia, en tanto la primera pretende que se formalice judicialmente una situación de hecho existente al momento de la interposición de la acción y la segunda intenta generar una situación de hecho a partir de una decisión judicial que dispone que un niño comience a residir con un padre o pariente, sin embargo en la práctica judicial, ambas figuras se utilizan indistintamente, siendo cierto también que el otorgamiento de tenencia en algunos casos esconde en realidad un reconocimiento de la misma, pero tal situación no contraviene el orden público por lo que se encuentra totalmente permitido.

1.5.4 Tenencia provisional

Este tipo de tenencia se encuentra regulado en el artículo 87° del CNA, el cual norma el otorgamiento de la tenencia provisional en dos situaciones, la primera está referida al estado de un niño menor de tres años, cuya integridad física debe encontrarse en peligro, y la segunda al resto de situaciones que no se enmarquen dentro de la primera. En el mismo orden de ideas, para esta última situación se requiere dos requisitos a fin de otorgar la tenencia provisional, el primero es el informe del Equipo Multidisciplinario y el segundo el dictamen fiscal. Por otra parte, este requerimiento de tenencia provisional deberá efectuarse como medida cautelar dentro del proceso de tenencia ante el juzgado de familia, por lo que primero deberá presentarse la demanda respecto a la tenencia del niño y posteriormente solicitar la tenencia provisional⁶⁶.

La tenencia provincial también se encuentra prevista en Ley N°30364, Ley para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar que dispone en su artículo 22-B la posibilidad del juez de otorgar la tenencia provisionalmente como medida cautelar⁶⁷.

1.5.5 Tenencia permanente

Es aquella tenencia que se mantiene en el tiempo a consecuencia de la existencia de un acuerdo conciliatorio por parte de los padres o la emisión de una sentencia judicial que se encuentre consentida o ejecutoriada. Sin embargo, no podemos desconocer que, en atención al interés superior del niño, estas decisiones pueden ser modificadas o variadas, empero podrán mantener su permanencia si ello atiende al bienestar del niño.

⁶⁶Cfr. Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes*, cit., art. 87°.

⁶⁷“Artículo 22-B.- Medias Cautelares: De oficio o a solicitud de la víctima, el juzgado de familia, en la audiencia oral, se pronuncia sobre las medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión de la patria potestad, acogimiento familiar, disposición de bienes y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas, las personas dependientes o en situación de vulnerabilidad a cargo de la víctima [...]”, en Congreso de la república del Perú, Ley N°30364, *Ley para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar*, Perú, entrado en vigencia 24 de noviembre de 2015.

1.5.6 Tenencia exclusiva

Este tipo de tenencia se ve reflejada en el carácter monoparental que desarrollamos anteriormente. La misma que desvincula a uno de los padres del derecho de cuidado de su hijo durante el periodo de tiempo en que no conviva con éste a consecuencia de no tenerlo consigo, sin embargo, dicho derecho de cuidado se convierte en un deber durante el régimen de visitas. En el mismo orden de ideas, se puede generar la suspensión de la patria potestad para aquel padre que no ostente la tenencia mediante resolución judicial.

1.5.7 Tenencia compartida

Este tipo de tenencia se refleja en el carácter coparental que desarrollamos. Presupone que, pese a la ruptura de la relación conyugal o convivencial de los padres del niño, se sostenga entre éstos una buena relación que les permita alternar la tenencia de su hijo, es decir que ambos compartan la responsabilidad de cuidado del niño a partir de la relación fáctica de convivencia que otorga la tenencia. Asimismo, ambos padres mantienen el ejercicio alternativo de la patria potestad.

1.5.8 Tenencia negativa

Este tipo de tenencia se refleja en su carácter negativo. Implica el otorgamiento de la misma a un tercero distinto a los padres, como es el caso de los abuelos, en atención al interés superior del niño. La doctrina española la concibe como tenencia atribuida, en ese sentido para la profesora Ana Berrocal Lanzarot este tipo de tenencia: “[...] prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos en que ninguno de los progenitores puede asumir el cuidado del menor”⁶⁸. Por otra parte, nuestra legislación acepta este tipo de tenencia al establecer en el artículo 340º del Código Civil que cuando haya motivo grave, se otorgará la tenencia del niño una tercera persona, por ejemplo, los abuelos. Sin embargo, cierta parte de la doctrina nacional considera que este artículo se refiere a la tutela, que en efecto es ejercida por un tercero. Por ello es que podemos concluir que dentro de nuestra legislación no existe algún artículo que permita expresamente el ejercicio de la tenencia del niño una persona diferente a los padres.

⁶⁸A. BERROCAL LANZAROT, “Cuestiones controvertidas e implicancias prácticas en torno a la guarda y custodia compartida”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 777, 2020, p. 2206.

1.6 DIFERENCIA ENTRE TENENCIA, GUARDA Y CUSTODIA

Los vocablos tenencia y custodia dentro del CNA conforman una palabra compuesta que origina sinonimia en la práctica jurídica, sin embargo, no podemos negar que existe una diferencia entre ambos términos. En ese sentido, la impropiedad terminológica de la tenencia no afecta el contenido de este derecho en la medida de que se ha efectuado la homologación por el citado código respecto a las palabras tenencia y custodia, en donde este último sí hace referencia al cuidado del niño.

Por otro lado, la guarda se encontraba regulada en el derogado Código de los Niños y Adolescentes, aprobado mediante Decreto Ley N°26102, el mismo que la definía como una figura del derecho de familia de carácter transitorio que permitía ejercer las funciones de la tutela sobre el niño que se encuentre en estado de abandono⁶⁹. Como es de notar, las características principales de la guarda bajo este código son la temporalidad que la diferencia de la tutela, y la necesidad de un estado de abandono del niño declarado mediante resolución judicial. En efecto, esta última se convertía también en una condición para su otorgamiento, por lo que a primera vista podría señalarse que esta institución no respondía a la inmediatez que se requiere para estos casos, justamente porque emitir una resolución que declare el estado de abandono del niño toma tiempo en la instancia judicial. Sin embargo, la guarda se preceptuaba de esta manera porque bajo esta legislación se regulaba la posibilidad de otorgar la tenencia a un tercero que tenga legítimo interés⁷⁰. Finalmente, al ser derogado el Decreto Ley N°26102 por la primera disposición complementaria de la Ley N°27339 que regula el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, también desapareció el término guarda de las disposiciones legales relativas al derecho de familia.

Para cierta parte de la doctrina nacional la guarda se equipara a la custodia. En ese sentido, para el profesor Wilson Dueñas: “tanto guarda y custodia constituyen un deber de los padres, de velar por la protección y cuidado de los hijos”⁷¹, por otra parte, Benjamín Aguilar expresa que “la

⁶⁹Cfr. Congreso de la República del Perú, Decreto Ley N°26102, *Código de los Niños y Adolescentes*, Perú, entrado en vigencia el 28 de junio de 1993, art. 110°.

⁷⁰ “[...] La tenencia del niño o adolescente puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés”, en *Ibidem*, art. 91°.

⁷¹W. DUEÑAS TRIVIÑOS, “Otorgamiento de Tenencia de Niños ...”, cit. Disponible en: <<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/5936/DEMdutrwu.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consultado: 17 de junio de 2020.

guarda también constituye un deber, que en este caso obliga a los padres que ejercen la tenencia a proteger y cuidar a los hijos. Entonces es de notar que los términos custodia y guarda sí se equiparan”⁷².

En conclusión, respecto a estos tres términos nos corresponde referir que el vocablo tenencia implica la posesión de un bien, por lo que su regulación para las relaciones familiares entre padres e hijos refleja una impropiedad terminológica. Por otra parte, la custodia alude al cuidado, motivo por el cual nuestra legislación la equipara con la tenencia. Finalmente, la guarda se refleja también en el cuidado del niño, lo que genera la posibilidad de igualarla a la custodia, en consecuencia, notamos que para el derecho de familia los tres términos se encuentran homologados.

1.7 DIFERENCIA ENTRE TENENCIA Y TUTELA

La tutela es una institución de amparo familiar que, ante la falta de la patria potestad, procura la protección personal del niño, así como sus bienes. Para el profesor Enrique Varsi Rospigliosi “la tutela es una institución unitaria, subsidiaria y supletoria de la patria potestad. Se le puede denominar como institución cuasi-familiar al ser creada a modo y en sustitución de la familia nuclear, en su sentido estricto de relación paterno-filial”⁷³. Por otra parte, dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de tutela tales como la tutela testamentaria, dativa, estatal y legítima.

A la tutela les son aplicables las normas referidas a la patria potestad ya que ambas instituciones buscan el mismo propósito de protección del niño. Por ello la relación existente entre la tenencia y la tutela es que esta última lleva implícitamente la tenencia, la misma que es necesaria para poder ejercer los deberes que corresponden al tutor. Empero, no podemos desconocer que existe una gran diferencia entre ambas instituciones del derecho familiar.

La primera diferencia es que la tenencia está destinada únicamente al cuidado personal del niño, especialmente en lo que respecta a su vida cotidiana, mientras que la tutela busca la protección personal y patrimonial del niño. Por otra parte, la segunda diferencia está reflejada en que la

⁷²B. AGUILAR LLANOS, *La Familia en el Código Civil...*, cit., p. 341.

⁷³E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia...*, cit., p.526.

tenencia puede ser ejercida por los padres, y por un familiar como los abuelos como demostraremos en la presente investigación, mientras que la tutela solo es ejercida por un tercero distinto a los padres. Finalmente, la tercera diferencia se encuentra en que para otorgar la tutela se requiere que previamente se haya extinguido o suspendido la patria potestad que atañe a los padres, mientras que la tenencia no está supeditada a este requisito. En ese sentido el profesor Benjamín Aguilar Llanos afirma que:

“cuando se solicita el discernimiento del cargo de tutor -aun cuando este aparezca en testamento-, nuestros magistrados no lo conceden si es que existen padres que no han sido separados del ejercicio de la patria potestad pese a que no estén con sus hijos -pues lo único que hicieron fue reconocerlos y luego desaparecieron- o porque estando con sus hijos, estos se encuentran en situación de abandono material o moral. En una situación como la que se describe debería proceder la tutela; sin embargo, los jueces, ante la existencia de los padres, desestiman la solicitud sin entrar a analizar siquiera cuál es la situación de ellos con respecto a sus hijos”⁷⁴.

Para el mencionado autor, ante la evidencia de que los padres no están cumpliendo con sus deberes para garantizar el bienestar del niño no debería exigirse previamente la suspensión o extinción de la patria potestad para después proceder con otorgar la tutela, justamente por lo que implican estos procesos en cuanto a tiempo y costo. En efecto, ante dicho supuesto la tenencia no requiere de una resolución judicial que suspenda o extinga la patria potestad de los padres, por lo que la hace mucho más rápida y eficaz.

Por otra parte, si el niño requiere de un cuidado personal (que sus padres no ejercen) pero no tiene patrimonio (que implica de una debida administración del mismo) consideramos que frente a esta situación la tenencia sería el instrumento legal más idóneo ante la tutela, empero ello dependerá de cada caso en concreto.

Finalmente debemos resaltar que la tutela legítima que opera a falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, dispone los familiares que están llamados a ejercerla

⁷⁴B. AGUILAR LLANOS, “Las Nuevas Tendencias del Derecho de Familia”, *Revista Foro Jurídico*, N°13, 2014, p.234. Disponible en <
https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:PE+content_type:4/la+tutela+y+la+curatela/WW/vid/741275421>
Consulta 05 de mayo de 2021.

conforme a un orden de prelación, que obedece a factores de índole afectivos y emocionales, y que es presidido por los abuelos, justamente porque ante la ley son quienes, en representación de sus hijos, ejercerán en mejor forma el cargo de tutor, sin embargo no siempre ello es así, por ello es neurálgica la determinación del interés superior del niño en cada situación concreta. Como es de notar, pareciera que esta figura jurídica dejaría sin eficacia a la posibilidad legal de otorgar la tenencia a abuelos ante la falta de cuidado del niño por parte de sus padres, empero como ya lo hemos mencionado anteriormente, la tutela tiene diferencias esenciales con la tenencia y la aplicación de cada uno de estos instrumentos legales dependerá de cada caso en concreto, en conclusión no podemos afirmar que la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la tutela legítima anule la necesidad de regular la posibilidad de que la tenencia pueda ser ejercida por los abuelos para velar por el cuidado de sus nietos.

1.8 RELACIÓN ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y TENENCIA

La tenencia es considerada por la doctrina como uno de los atributos de la patria potestad, por lo tanto, deriva de la patria potestad, sin embargo, existe una diferencia entre ambas figuras que es necesario tenerlas en cuenta para poder establecer propiamente la relación entre estas instituciones. Así, para el autor argentino Mauricio Luis Mizrahi la responsabilidad parental está referida a las facultades que se tiene respecto a la persona y bienes de los hijos, pudiendo ejercerse, aunque no medie convivencia entre estos últimos y sus respectivos padres. Por su parte el cuidado personal son los deberes de los padres respecto a la vida cotidiana de sus hijos, donde la convivencia entre estos se hace necesaria para alcanzar la finalidad perseguida por esta figura jurídica, constituyéndose como un ejercicio de la responsabilidad parental acotado a la vida cotidiana del niño⁷⁵.

De lo expuesto, se evidencia que la tenencia implica el ejercicio de la patria potestad, limitado a la vida cotidiana del niño, por esta razón es que la relación que existe entre ambas instituciones es la de género y especie, supuesto a la que apoya la doctrina. Tal es así para el profesor Cristóbal Pinto Andrade: “[...] la patria potestad resulta un término genérico y el de “guarda”, específico. En este punto, debemos hablar del ejercicio de la “patria potestad” como concepto general, y la

⁷⁵Cfr. M. LUIS MIZRAHI, *Responsabilidad Parental...*, cit., p. 369.

“guarda y custodia” como concepto especial [...]”⁷⁶, este mismo sentido es compartido por el citado profesor argentino Mauricio Luis Mizrahi que asevera lo siguiente: “[...] entre el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal hay una relación de género a especie, respectivamente, y por eso este último es una derivación de la primera”⁷⁷.

Finalmente, para concluir el presente capítulo debemos señalar que a lo largo del mismo hemos podido analizar jurídicamente la figura de la tenencia partiendo por definirla como un derecho subjetivo familiar que corresponde tanto a los padres como a los hijos, también hemos desarrollado su naturaleza jurídica, sus caracteres y características, así como su clasificación y vinculación con la patria potestad enmarcándola en una relación de género (patria potestad) – especie (tenencia). Debemos resaltar que, del estudio de su naturaleza jurídica se desprende que existen diversas maneras de ejercer la tenencia, en efecto una de ellas se ve manifestada en el carácter negativo de la misma que permite su ejercicio por un tercero, como es el caso de los abuelos, todo ello a fin de procurar el cuidado y desarrollo del niño. Precisamente el ejercicio de la tenencia por los abuelos se ha visto reflejada en diversos pronunciamientos judiciales, tema que en el siguiente capítulo se desarrollará.

⁷⁶C. PINTO ANDRADE, “La Custodia Compartida...”, cit., p. 146.

⁷⁷M. LUIS MIZRAHI, *Responsabilidad Parental...*, p. 370.

**CAPÍTULO 2: EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA A LOS ABUELOS EN
EL PROCESO ORDINARIO DE FAMILIA ANALIZADO DESDE UNA ÓPTICA
JURISPRUDENCIAL**

A pesar de ser la tenencia un atributo exclusivo de la patria potestad dentro de nuestra legislación, los jueces especializados de familia a nivel nacional han emitido decisiones que han permitido que la tenencia de los niños sea ejercida por sus abuelos, enmarcándose las mismas dentro de un proceso ordinario de familia, es decir el proceso único⁷⁸.

Como veremos en el presente capítulo, estas decisiones se fundamentarán en la valoración del supuesto de hecho en el que se encuentra el niño para determinar su interés superior, porque justamente en atención a este interés, la jurisprudencia nacional ha determinado que es posible que los abuelos ejerzan la tenencia de sus nietos.

En ese sentido estudiaremos desde el punto de vista procesal ordinario familiar, la posibilidad del otorgamiento de la tenencia a los abuelos, considerando el análisis jurisprudencial de resoluciones dictadas por la Corte Suprema del Perú, Cortes Superiores de Justicia, así como los criterios adoptados en el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima del año 2014 y el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima Este del año 2017. Del mismo modo se evidenciará que la jurisprudencia comparada no ha sido ajena a este tipo de decisiones respecto a la tenencia, consecuentemente determinaremos los criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales que han permitido otorgar la tenencia del niño a familiares como los abuelos.

2.1 CONDICIONES DE LA ACCIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA A LOS ABUELOS DESDE EL PUNTO DE VISTA PLENARIO JURISDICCIONAL DISTRITAL

Para abordar adecuadamente el presente subtítulo se requiere que desarrollemos en primer lugar las condiciones de la acción a fin de que podamos analizar apropiadamente las conclusiones a

⁷⁸“Proceso Único: El Juez especializado, para resolver, toma en cuenta las disposiciones del Proceso Único establecido en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del presente Código y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil”, en Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 161°.

las que han arribado los jueces en el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima del año 2014 y el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima Este del año 2017, respecto al otorgamiento de la tenencia a los abuelos.

2.1.1. CONDICIONES DE LA ACCIÓN

El interés y la legitimidad para obrar, que la doctrina denomina como condiciones de la acción, permiten la expedición de un pronunciamiento judicial válido sobre el fondo de un asunto con relevancia jurídica. Ambas condiciones se encuentran reguladas en el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil⁷⁹, por lo que procederemos a desarrollarlas brevemente.

2.1.1.1. INTERÉS PARA OBRAR

La necesidad de la tutela jurídica exige un interés procesal, una necesidad de conocer el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la materia discutida. Por ello el interés para obrar está dado por la relación jurídica existente entre la situación demandada que contraviene el ordenamiento público y la pretensión que se intenta para satisfacer al accionante en aras de conseguir justicia. Por su parte, el profesor Juan Luis Avendaño Valdez conceptualiza el interés para obrar concibiéndolo como una institución procesal surgida con la finalidad de analizar la utilidad que el proceso puede proveer a la necesidad de tutela invocada por las partes⁸⁰, no siendo posible resolver una controversia judicial sin su existencia.

Por otra parte, la falta de interés para obrar se manifiesta cuando el recurrente no acredita que ha solicitado o concurrido a una audiencia ante un Centro de Conciliación extrajudicial, ello para determinadas materias de conformidad con los supuestos conciliables regulados en el Decreto Legislativo N°1070 (Decreto que modifica la Ley N°26872- Ley de Conciliación). Empero, con la entrada en vigencia de la Ley N°29876, la misma que modifica el artículo 9° de la Ley de Conciliación, se estableció la inexigibilidad de la conciliación en los procesos

⁷⁹ Artículo IV.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos”, en Ministerio de Justicia, Resolución Ministerial N°10-93-JUS, *TUO Código Procesal Civil*, Perú, entrado en vigencia el 22 de abril de 1993, art. IV del Título Preliminar.

⁸⁰ Cfr. J.L. AVENDAÑO VALDEZ, “El Interés para Obrar”, *Revista de Derecho Themis*, N°58,2010, p.68. Disponible en < <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/882>> Consulta: 12 de agosto de 2020.

judiciales referidos a tenencia, así como otros que se deriven de la relación familiar y respecto de los cuales las partes tengan libre disposición⁸¹. Por lo que podemos concluir que, para la acreditación del interés para obrar en los procesos de tenencia, es suficiente alegar ante el magistrado la necesidad de la solución del conflicto originado. En ese orden de ideas, son los hechos alegados y verificados por el magistrado los que desde el inicio de la causa advierten la necesidad de tutela jurisdiccional efectiva, para dilucidar temas relacionados con los niños.

Finalmente, inferimos de lo expuesto que el interés para obrar en asuntos de familia y ante la inexigibilidad conciliatoria, es acreditado con la descripción de los hechos y comprobación del vínculo familiar, no requiriendo alguna otra formalidad.

2.1.1.2 LEGITIMIDAD PARA OBRAR

La legitimidad para obrar es la aptitud o idoneidad para formar parte de un proceso en el ejercicio de un derecho propio o representando a otro. Es considerada como la condición jurídica en la que se encuentra una persona en relación al derecho invocado en juicio, justificado en su titularidad, así como en otros hechos que ameritan su inclusión en la causa, pudiendo ser otorgada por el magistrado, por ejemplo en los casos de litisconsortes necesarios.

En ese sentido podemos ir asumiendo que la legitimidad para obrar constituye un requisito de validez de la relación jurídica procesal y como tal, su presencia permite la tramitación de las causas judiciales. Por el contrario, su ausencia impide la procedencia de una pretensión, o advertido tal supuesto en el transcurso del proceso, marca la paralización de la *litis* o simplemente la declaración de improcedencia incluso al momento de sentenciar, inhibiendo así al juez de revisar el fondo de la controversia y resolver el conflicto de intereses.

En la presente investigación, al momento de analizar la jurisprudencia nacional sobre la procedencia de la solicitud de tenencia formulada por los abuelos respecto a sus nietos, hemos desarrollado el concepto de legitimidad para obrar en el derecho de familia. En esa línea podemos afirmar que en asuntos de niños, la legitimidad de las acciones procesales familiares en un primer momento se identifican en los padres, entendidos estos como los sujetos idóneos

⁸¹Cfr. Congreso de la República del Perú, Ley N°29876, *Ley que modifica el artículo 9 de la Ley N°26872, Ley de Conciliación, sobre la inexigibilidad de la conciliación extrajudicial*, Perú, entrado en vigencia el 16 de julio de 2018, artículo único.

para el cuidado de los hijos y consecuentemente para la defensa de sus derechos e intereses. Sin embargo, eventos excepcionales como la muerte de alguno de ellos o la suspensión o pérdida de la patria potestad u otro que se pueda presentar, obligan a replantear esta legitimidad que en teoría es exclusiva de los padres.

Tal legitimidad, puede identificarse también en los familiares distintos a los padres cuando el interés superior del niño lo exige, es decir, cuando las condiciones de normalidad con las que el niño debía desenvolverse en la esfera de los padres, desaparecen, generando incertidumbre y perjuicio o amenaza de tal interés en contra del normal desarrollo psíquico y físico de los niños. Así podemos concluir que siendo la legitimidad un presupuesto necesario para la tramitación de causas judiciales, en asuntos de familia, encuentra mucha flexibilidad, exigiendo en el magistrado respuestas coherentes con la realidad de cada caso en particular. Por lo tanto, los abuelos (en especiales circunstancias) tienen la legitimidad para solicitar la tenencia y custodia de sus nietos. Asimismo, ello se ha visto confirmado por dos Plenos Jurisdiccionales Distritales de Lima que procederemos a desarrollar.

2.2. ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES DE LA ACCIÓN A PARTIR DE LOS PLENOS JURISDICCIONALES DISTRITALES

Respecto a los Plenos Jurisdiccionales, el artículo 116° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que las salas especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, sea esta penal, civil, laboral, familiar, etc⁸². Nótese que la intención de la norma es la de concordar jurisprudencia, y no establecerla, por lo que las decisiones de los Plenos Jurisdiccionales pueden ser invocados como argumentos por las partes y usados por el juez para justificar sus decisiones, sin embargo, su aplicación no es obligatoria. Del mismo modo su importancia es mayor a cualquier jurisprudencia aleatoria y publicada en el Diario Oficial El Peruano.

⁸²Ministerio de Justicia, Decreto Supremo N°017-93-JUS, *Ley Orgánica del Poder Judicial*, entrado en vigencia el 21 de julio de 1993, art. 116°.

Dicho esto, los Plenos Jurisdiccionales relacionados con nuestra investigación son: el Distrital de Familia de Lima del año 2014, y el Distrital de Familia de Lima Este del año 2017.

Así, en el Pleno Jurisdiccional Distrital del año 2014 se analizó la legitimidad para obrar de aquellos que tengan interés legítimo, como los abuelos, para demandar la tenencia y custodia de sus nietos en caso de fallecimiento de uno de los padres. Por su parte en el Pleno Jurisdiccional del año 2017 se discute respecto a si los abuelos tendrían o no legitimidad e interés para obrar en la solicitud de tenencia y custodia de sus nietos. Consecuentemente procederemos a desarrollarlos ya que han creado precedente (no vinculante) sobre nuestro tema de investigación.

2.2.1. PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL DE FAMILIA DE LIMA DEL AÑO 2014

Los magistrados asistentes al Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima del año 2014 situaron su análisis en el supuesto de hecho referido a que el niño ha perdido a uno de sus padres. En tal situación, se preguntaron si es posible que alguna persona con interés legítimo pueda demandar la tenencia de este niño o se requiere previamente solicitar la tutela.

En ese sentido, los jueces escogieron entre dos ponencias. La primera sustentada en la necesidad de brindar legitimación activa a toda persona que tenga legítimo interés en la determinación de la tenencia o custodia del niño, en observancia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que propugna la Convención y el Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema que refiere, entre otros aspectos, la flexibilización de algunos principios y normas procesales. La segunda se amparaba en la inexistencia de necesidad alguna para brindar legitimación activa a toda persona que tiene legítimo interés en la determinación de la tenencia o custodia del niño por cuanto son de orden público las normas del Código Civil que contempla que al niño sin patria potestad debe nombrársele tutor⁸³.

El debate jurídico se concentró en la flexibilización de las normas procesales en asuntos de familia, priorizando el interés superior del niño. Se consideró que estando estos últimos en situación de orfandad, sería perjudicial que los interesados en su cuidado tengan que tramitar

⁸³Cfr. Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima, 29 de noviembre del año 2014.

judicialmente primero la suspensión de la patria potestad para posteriormente solicitar la tenencia, ya con la declaración de tutoría.

Sobre la tutela hay que decir que un tutor legal es la persona que se encargará del cuidado de otra persona menor de edad o incapacitada judicialmente (a falta de los padres o no estando bajo su patria potestad) y de sus bienes. La tutela como tal, está regulada en nuestro Código Civil, el mismo que contempla la falta de la patria potestad como uno de sus supuestos para otorgarla al interesado⁸⁴. Además, atribuye la facultad de nombramiento del tutor al padre o a la madre sobreviviente (para los hijos que estén bajo su patria potestad), a los abuelos (para los nietos que estén sujetos a la tutela legítima) o a cualquier testador para que instituya al heredero o legatario⁸⁵.

Por lo tanto, es evidente que la suspensión o extinción de la patria potestad genera la posibilidad del nombramiento del tutor. Ambos son procesos que se tramitan en base a las reglas del proceso único, empero en la práctica jurídica el desarrollo de cada uno de ellos suele tomar casi un año de análisis judicial. Por lo que en ese supuesto real y durante ese tiempo, legalmente el niño no tendría quien se encargue de su cuidado dentro de la esfera de su vida ordinaria.

Ahora bien, considerando el alcance y trámite de las figuras jurídicas descritas, el Pleno por mayoría adoptó la primera ponencia, es decir la flexibilización de normas procesales para otorgar la legitimidad activa a una persona con interés legítimo que solicita la tenencia de un niño. En ese sentido, dividieron sus fundamentos en cuatro grupos de trabajo:

1) El Primer Grupo resaltó la importancia del principio de flexibilización, en asuntos de familia, acotando además que es perjudicial para el niño que los interesados en su cuidado tengan que tramitar judicialmente primero la suspensión de la patria potestad para recién solicitar la tenencia, ello generaría una dilatación con perjuicios irremediables para los niños.

⁸⁴“Artículo 502.- Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes”, en Congreso de la República del Perú, Decreto legislativo N°295, *Código Civil...*, art. 502°.

⁸⁵“Artículo 503°.- Tienen facultad de nombrar tutor en testamento o por escritura pública:

1. El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad
2. El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima
3. Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor”, en Congreso de la República del Perú, Decreto legislativo N°295, *Código Civil...*, art. 503°.

2) El Segundo Grupo se mostró a favor de la primera ponencia, resaltando el interés superior del niño, recogido en el artículo IX del Título Preliminar del CNA y la Observación N°14 del Comité de los Derechos del Niño, que indica que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Además, que de acuerdo al numeral 1 del artículo 8° de la Convención, los estados partes, como el Perú, se han comprometido a preservar los derechos del niño, estableciendo además que estos últimos tienen el derecho a vivir en armonía, paz y unión, complementando tales conclusiones, con el principio de flexibilidad acotado por el primer grupo.

3) El Tercer Grupo asumió como válida la primera ponencia haciendo referencia a la Casación N°4881-2009-Amazonas donde se resalta al interés superior del niño como regla de interpretación para legitimar los pedidos de tenencia que no son hijos propios. Concordando además con la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño, la misma que establece que el interés superior del niño es una garantía dentro del trámite y por tanto se hace necesaria la valoración del contexto fáctico de cada caso. Este Tercer Grupo señala también que si bien es cierto la tenencia es un atributo de la patria potestad que en teoría es ejercida solo por los padres, ante la falta de uno de ellos, debe flexibilizarse su atribución para familiares, concordando las opiniones con el Tercer Pleno Casatorio Civil y la Casación N°870-2007-Lima de la Sala Transitoria Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República.

4) El Cuarto Grupo consideró que lo más conveniente es el nombramiento de un tutor porque es una figura jurídica más amplia de protección, supervisada por el Consejo de Familia. Del mismo modo, en este supuesto no es necesaria la declaración posterior de la tenencia, puesto que la misma se encuentra inmersa en esta institución de amparo familiar⁸⁶.

Es importante acotar que el Tercer Pleno Casatorio Civil faculta tuitivamente al juez para flexibilizar principios, en atención a que el derecho procesal de familia tiene características especiales. Por ello se permite tramitar el pedido de las partes considerando siempre el interés superior del niño, para lograr la atención de los fines del proceso y exigencias humanas de la causa, sin afectar el derecho de defensa de la otra parte, ni el debido proceso.

⁸⁶Cfr. Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima, 29 de noviembre del año 2014.

Por ello si bien el Tercer Pleno Casatorio Civil expresa que en los procesos de familia ha de estarse a favor de la flexibilización procesal dado su carácter tuitivo, no es menos cierto que ello no supone generar indefensión en alguna de las partes, resolviendo extremos que no fueron objeto de controversia, ni mucho menos que se decida en abierta contradicción a la norma legal. Finalmente, los jueces especializados participantes en el Pleno bajo comentario, sentaron criterios jurisprudenciales no vinculantes, estableciendo la necesidad de otorgar la legitimidad para obrar respecto de aquella persona que tiene interés legítimo, como los abuelos, a fin de que se le otorgue la tenencia del niño. Consecuentemente, el juez de familia deberá flexibilizar algunos principios y normas procesales, en atención a sus facultades tuitivas.

2.2.2. PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL DE FAMILIA DE LIMA ESTE DEL AÑO 2017

Continuando con el análisis, en el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima Este del año 2017, se discutió la legitimidad e interés para obrar de los abuelos en la solicitud de tenencia de sus nietos. A diferencia del Pleno referido en el subtítulo anterior, el análisis no se reduce al supuesto de pérdida de alguno de los padres del niño, ni hace referencia a la posibilidad de que un tercero con interés legítimo pueda solicitar la tenencia, por el contrario, se pronuncia específicamente sobre la legitimidad e interés para obrar que tendrían los abuelos para solicitar la tenencia de sus nietos.

Los magistrados en este Pleno discutieron sobre dos alternativas. La primera referida a la ausencia de legitimidad e interés para obrar de los abuelos para interponer la demanda de tenencia y custodia de sus nietos, por ser esta una facultad de la patria potestad, por ello bajo esta lógica la calificación de esta demanda deberá ser improcedente. La segunda alternativa refiere la legitimidad e interés para obrar que tendrían los abuelos para solicitar la tenencia y custodia de sus nietos, aplicando la Convención, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil⁸⁷, respecto al interés moral, y el principio del interés superior del niño.

⁸⁷“Artículo VI. -Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”, en Congreso de la república del Perú, Decreto Legislativo N°295, *Código Civil...*, cit., art. VI.

Producida la votación, la segunda alternativa obtuvo una amplia mayoría, con lo que se estableció que: “Excepcionalmente, los abuelos sí tienen legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, debiendo admitirse la demanda en aplicación de la Convención, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil y el Principio del Interés Superior del Niño”⁸⁸.

Sin perjuicio de esto, es importante analizar la sustancia jurídica de cada una de las ponencias. En ese contexto, la primera, se sostenía en la exclusividad de los padres para la solicitud de tenencia y custodia de los niños. En efecto, esta exclusividad se sustenta legalmente, sin embargo, no debemos desconocer que el juez de familia, el mismo que resuelve estas causas, tiene facultades tuitivas que le permite flexibilizar normas procesales en atención al interés superior del niño. Por lo tanto, no es impedimento para resguardar el desarrollo e integridad del niño, la ausencia de una legislación precisa y oportuna que permita el otorgamiento de la tenencia a los abuelos en supuestos de hecho específicos.

Y sobre estos razonamientos la segunda ponencia y ganadora del Pleno Distrital bajo comentario fundamentó su decisión partiendo del análisis del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, mediante el que se establece la necesidad de acreditar legítimo interés económico o moral para ejercitar o contestar una acción. En ese orden de ideas, al ser los abuelos miembros de la familia del niño, estarían facultados para pretensiones de esta naturaleza⁸⁹.

Como puede evidenciarse, el Pleno bajo comentario considera que los abuelos tienen legítimo interés moral para pretender una acción de tenencia respecto a sus nietos, justamente porque mantienen relaciones familiares con estos últimos. Al respecto, es pertinente la afirmación de la profesora Eugenia Ariano Deho que establece lo siguiente: “el legítimo interés del artículo VI está a indicarnos que el que demanda no puede pretender “cualquier” *ventaja*, cualquier *utilidad*, económica o moral, sino una que sea compatible con nuestro sistema jurídico”⁹⁰. Complementa esta idea estableciendo que este interés descrito en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, es una norma incompleta porque no detalla su consecuencia jurídica, empero

⁸⁸Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima Este, 17 de noviembre del año 2017.

⁸⁹Cfr. *Ibidem*.

⁹⁰E. ARIANO DEHO, “Hacia una reinterpretación del artículo VI del Título preliminar del Código Civil: en la búsqueda de los parámetros del “interés para obrar”, *IUS ET VERITAS*, N°60, 2020, p.114. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/22716>> Consultado: 23 de agosto de 2020.

dicha omisión es asistida por el inciso 2 del artículo 427° del Código Procesal Civil que sanciona con la improcedencia las demandas que carezcan de interés para obrar⁹¹, consecuentemente el legítimo interés moral del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, es el mismo que el interés para obrar.

Por lo tanto, en atención a lo expresado, podemos afirmar que el legítimo interés para obrar de los abuelos en la pretensión de tenencia se fundamenta en que el cuidado de éstos les concierne y afecta directamente, justamente por mantener una relación de parentesco que se expresa en una vinculación familiar.

Por otra parte, notamos que en el Pleno bajo comentario, la legitimidad para obrar de los abuelos para obtener la tenencia de sus nietos, se verá sustentada en la aplicación del interés superior del niño, que como habíamos detallado, permite la flexibilización de normas procesales.

Finalmente, habiendo culminado el estudio del interés y legitimidad para obrar, podemos concluir afirmando que estas condiciones de la acción se encuentran presentes en la demanda de tenencia accionada por los abuelos, por lo que el juez cometería un error al no admitir esta pretensión alegando falta de interés y legitimidad para obrar. Comprobado ello estudiaremos las resoluciones jurisprudenciales que han permitido el ejercicio de la tenencia a los abuelos a partir de la aplicación del interés superior del niño.

2.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO FUNDAMENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA A LOS ABUELOS DENTRO DE UN PROCESO ÚNICO. ANÁLISIS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

No cabe duda que, los efectos del interés superior del niño trascienden cualquier ordenamiento jurídico nacional e internacional. Este interés que desarrollaremos con mayor profundidad posteriormente, se encuentra reconocido en la Convención, del mismo modo está regulado en el artículo IX del Título Preliminar del CNA⁹².

⁹¹Cfr. Ibidem, pp. 117-118.

⁹²Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente: En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el

El interés superior del niño se constituye como un parámetro objetivo que permite la solución de conflictos en los que se ven involucrados derechos de niños, siendo la solución aquella que resulte de mayor beneficio para éstos. Eso significa que los niños son considerados vulnerables⁹³ frente a otros sujetos de derecho que conforman el mundo real y jurídico, por ello para la efectiva protección de sus derechos se requiere que los comportamientos de los adultos, la sociedad y el Estado en general garanticen su defensa, así como se priorice la atención de los mismos, tanto a nivel particular como público.

En ese sentido el profesor Daniel D'Antonio al referirlo establece que: “Corresponde tener en cuenta que cuando se hace referencia al interés del niño se está haciendo mención a derechos subjetivos del menor, pues este constituye el medio para obtener la tutela del respectivo interés”⁹⁴. El mencionado autor complementa afirmando que: “Para el resguardo de los derechos subjetivos minoriles, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra una tutela genérica y abierta, mediante la cual el interés del menor encontrará reconocimiento en cada caso concreto”⁹⁵. Por ello, el interés superior del niño es concebido por la doctrina como un concepto jurídico indeterminado que requiere para su adecuada aplicación, la valoración de la situación de hecho en la que se encuentre el niño.

En ese orden de ideas, dentro de la práctica judicial nacional se puede evidenciar decisiones que, atendiendo al interés superior del niño y valorando cada supuesto de hecho en el que se encuentre este último, han permitido que los abuelos puedan hacerse cargo del cuidado de sus nietos. Consecuentemente, desde la perspectiva judicial, la tenencia se concibe ya no como atributo de la patria potestad, sino como instrumento de protección del niño. Por ello en esta

Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”, Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*,cit., art. IX.

⁹³“Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico [...]”, en XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Cebrada en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008, Adherida por el Perú mediante Resolución Administrativa N°266-2010-CE-PJ, del 26 de julio de 2010.

⁹⁴D. H. D' ANTONIO, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, 1era. ed., pp.44-45. Precisamos que la Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño concibe al interés superior del niño a partir de tres perspectivas, como derecho subjetivo, como principio y norma de procedimiento, las mismas que desarrollaremos posteriormente.

⁹⁵Ídem, p. 45.

parte de nuestra investigación estudiaremos aquellas sentencias judiciales que se han enmarcado dentro del proceso único y han resuelto otorgar la tenencia a los abuelos⁹⁶.

En principio, la Casación N°4881-2009-Amazonas describe la intención de los abuelos maternos (con oposición del progenitor), de conseguir la tenencia de su nieta, la misma que vienen ejerciendo desde que la niña tenía siete meses de edad en la que perdió a su madre a causa de su suicidio. La demanda fue declarada fundada en primera instancia, pero infundada en instancia superior, radicando su principal argumento jurídico de esta última, en que la tenencia sería una figura reservada y exclusiva para los padres y que las condiciones en las que vive el padre no generarían que se limite su relación paterno filial con su hija, la misma que le atañe por naturaleza. Por ello le correspondería solo al padre (ante el deceso de la madre) vivir y encargarse del cuidado de su hija.

El pedido casatorio presentado por los abuelos maternos y el Ministerio Público alegó la inaplicación del interés superior del niño y se sustentó en el arraigo e identificación que tiene la niña con los abuelos maternos. Esto es, la relación directa del hogar familiar que existe en la convivencia de la nieta junto con sus abuelos maternos, sumada a las favorables condiciones económicas que pueden ofrecerle para su crianza y su tiempo. Situación distinta a la del padre, quién es miembro de la Policía Nacional del Perú y constantemente viaja en servicio policial, lo que impediría el cuidado personal, directo y permanentemente de la niña, además de haber advertido que, de obtener la tenencia de su hija, quien se encargará de esta serán su padre biológico y su madre política, es decir los abuelos paternos de la niña.

Con estos antecedentes la casación bajo comentario estableció que el interés superior del niño: “se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización”⁹⁷. En el mismo sentido advirtió que: “la calificación de “superior” en modo alguno implica desconocer los intereses de otros

⁹⁶Debemos comprender como proceso único aquel que el CNA ha establecido como el procedimiento ordinario para solicitar la tenencia ante un juzgado de familia. Por lo tanto, el análisis jurisprudencial que se desarrollará a tomado en cuenta decisiones judiciales que se han enmarcado dentro de este proceso único.

⁹⁷Cas. N°4881-2009-Amazonas, El Peruano de 30 de enero de 2012, considerando quinto.

componentes del grupo familiar, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia, dentro de un lógico de integración”⁹⁸.

Es por ello que, en el caso concreto, en atención al interés superior del niño se ponderó la condición del padre y de los abuelos de la niña a fin de determinar la tenencia⁹⁹.

Considerando lo expuesto, el Tribunal Supremo estableció que el alejamiento de la niña de sus abuelos maternos significaría una alteración a su desarrollo emocional y social, puesto que sus abuelos maternos se han encargado de crear un vínculo afectivo con el contacto, atenciones y cuidados brindados a su nieta, el cual se afectaría si separa a la niña de sus abuelos.

Por lo tanto, en atención al principio de interés superior del niño declararon fundado el recurso de casación, nula la sentencia de vista y confirmaron la decisión de primera instancia, es decir les otorgaron a los abuelos maternos la tenencia de la niña.

En el caso expuesto podemos identificar que el supuesto de hecho se ve reflejado en que la niña se encontraba bajo la tenencia de hecho de sus abuelos, quienes le prestaban el cuidado y atención correspondiente, después de la muerte de la progenitora. Ahora bien, se evidencia que el interés superior del niño se materializa en no alterar el desarrollo emocional y social de la niña que se ha generado justamente por la convivencia que mantenía con sus abuelos, por lo que de variarse esta situación se afectaría el arraigo y la identificación que tiene la niña con aquellos y con los que ha generado la relación directa del hogar familiar. A ello se añade que, estos últimos tienen la solvencia económica y moral para atender las necesidades de la niña.

En el mismo orden de ideas, la Casación N°5016-2018-San Martín tiene un semejante contexto, donde el padre reclama el otorgamiento de la tenencia de su menor hija, la misma que ha sido otorgada a los abuelos maternos tras el fallecimiento de su madre. El progenitor alega que los abuelos han desarraigado a la niña de su seno familiar, además añade que la tenencia es un derecho que corresponde a los padres y de conformidad con el artículo 340° del Código Civil¹⁰⁰, le concierne como padre reasumir la patria potestad a causa de la muerte de la madre de su hija. En atención a lo expuesto, el Colegiado Superior declara improcedente el recurso de casación, fundamentado su decisión en que es el padre quien desarraiga a la niña del seno familiar materno

⁹⁸Ídem, considerando quinto.

⁹⁹Cfr. Ibidem, considerando sexto.

¹⁰⁰Véase la referencia que se hizo al citado artículo en la página 07 del presente trabajo de investigación.

en donde se desarrolló, puesto que la niña vivía con su madre y tras el fallecimiento de esta última, con sus abuelos. Asimismo, afirma que existe una aparente infracción normativa material, en cuanto pareciera que, otorgar la tenencia a los abuelos afecta el derecho del progenitor, sin embargo, esta decisión se sustenta en el principio de interés superior del niño, el cual dictamina para este caso que lo mejor para el desarrollo y bienestar de la niña es estar bajo el cuidado de sus abuelos. Finalmente, el Colegiado Superior dispone que no basta que el padre alegue su derecho de tenencia, sino que es necesario que sustente desde la óptica del interés superior del niño, que lo más conveniente para su hija es estar bajo su cuidado.

No cabe duda de que el arraigo familiar que mantenía la niña con sus abuelos maternos, fue lo que el Tribunal Supremo consideró que no se podía afectar, en atención al principio de interés superior del niño, consecuentemente se denegó el otorgamiento de la tenencia al padre, y contrariamente a ello, se confió el cuidado de la niña a sus abuelos maternos.

Por otra parte, la Sentencia recaída en el Expediente N°1432-2009-Lima expedida por la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, nos muestra un escenario similar, ya que al igual que la resolución desarrollada anteriormente, se privilegia el interés superior del niño. Esta Sentencia presenta el caso de un niño de once años de edad cuya tenencia y custodia fue solicitada por su abuelo materno, con quien vive desde el fallecimiento de su madre producto de una vasculitis cerebral.

En esas circunstancias, buscando regularizar la situación de hecho que vive con el niño, fue que el demandante acudió a los órganos jurisdiccionales, sin embargo, en el séquito del proceso, encontró la oposición del progenitor del niño quien además también pretendía lo mismo, es decir, el reconocimiento y/u otorgamiento de tenencia.

En este escenario fáctico, el padre sostenía que la relación con la madre del niño siempre fue saludable y óptima sin mediar problema alguno y que si bien su pareja padecía de vasculitis cerebral, ambos sobrellevaban tal situación. Sin embargo, cuando agravó drásticamente la salud de la madre se vieron obligados a solicitar el apoyo familiar para el cuidado y buen llevar del problema de salud que la afectaba, surgiendo la figura del abuelo paterno como una alternativa, que en su momento sirvió para sobrellevar la enfermedad¹⁰¹.

¹⁰¹El proceso contenía una acumulación de pretensiones, en tanto ambas partes interpusieron demandas de tenencia, las cuales fueron acumuladas a fin de evitar sentencias contradictorias que pudieran afectar la seguridad jurídica.

La situación lamentablemente, según describe el demandado, se degeneró profundamente cuando el demandante se llevó a su esposa e hijo a vivir con él, ocasionándose desde entonces problemas entre las dos familias (maternal y paternal), debido a que no existe comunión respecto al cuidado y atención del niño porque ambas partes pretenden vivir con este último.

La Sentencia materia bajo comentario, considerando el contexto de la priorización del interés superior del niño, las pruebas y acontecimientos verificados dentro del proceso¹⁰², concluye que lo más conveniente para el desarrollo del niño fue otorgar la tenencia al abuelo materno y establecer un régimen de visitas para el padre. En ese sentido es importante advertir que la citada resolución describe las conclusiones de los informes sociales practicados en la causa, los mismos que al referirse al demandante y abuelo materno concluyen: “el señor R.P.Y. conforma un hogar constituido, al parecer la relación con su yerno no fueron armoniosas, el niño se encuentra identificado con sus abuelos maternos, vive en armonía, afecto, amor, cariño, siente el calor familiar de todos lo que lo rodean en la casa de los abuelos maternos”¹⁰³. En contra sentido sobre el padre refiere: “el señor C.M.C.L. conforma un hogar disfuncional desde el fallecimiento de su esposa y la ausencia de su hijo, quien se encuentra con los abuelos maternos”¹⁰⁴.

Puede observarse que adicionalmente a la priorización del interés superior del niño, en contiendas judiciales como la comentada, el rol del Equipo Multidisciplinario, conformado por psicólogos y asistentes sociales, es fundamental y preponderante en la decisión final del juez. Nótese cómo de los informes sociales, se concluyó que el mejor ambiente familiar para el niño era el ofrecido por el abuelo materno.

Uno de los aspectos relevantes y deducibles con la lectura de las conclusiones de los informes sociales, es que se verificó además que, mientras vivía su madre, el niño, residía con ella y que, desde su fallecimiento, vivía con su abuelo, siendo el factor tiempo trascendente para la creación

¹⁰²Se comprobó en el juicio que efectivamente el niño desarrolló un arraigo con el hogar familiar conformado con su abuelo materno, siendo que además también pudo verificarse que el progenitor del niño tenía ya una nueva pareja con la que ha procreado cinco hijos, es decir, el niño tendría que ser el sexto hijo bajo el cuidado del mencionado, lo cual, sumado a que la madre de los otros niños no mantiene ningún vínculo de parentesco con el niño, colocaba en riesgo su interés superior, no siendo posible identificar las garantías necesarias para el correcto desarrollo del niño.

¹⁰³Exp. N° 1432-2009-LIMA, Sentencia de 29 de enero de 2010, considerando quinto.

¹⁰⁴Ibidem, considerando quinto.

del arraigo familiar, concepto social-jurídico relevante cuando a nivel judicial se discuten materias relacionadas a la tenencia y custodia de niños.

Las resoluciones judiciales analizadas demuestran también la relevancia jurídica de nuestra investigación, en el sentido que se reitera que es posible el otorgamiento de la tenencia y custodia de los niños a familiares como los abuelos. Ello es así justamente porque la tenencia es también el derecho del niño a ser cuidado y vivir con sus padres y no ser separados de ellos, excepto cuando tal separación es necesaria. Como hemos podido evidenciar en la jurisprudencia expuesta precedentemente, el otorgamiento o reconocimiento de la tenencia a los abuelos, y consecuente separación del niño de sus padres, implica en determinados casos, garantizar el principio de interés superior del niño. En el mismo sentido el profesor Alex Plácido Vicalchagua afirma respecto al niño que:

“puede que resulte imposible ser cuidado por los propios padres si estos han muerto o han abandonado al niño e, incluso cuando los padres son conocidos, puede que no sea el interés superior del niño ser cuidado por ellos, por el maltrato o el descuido de que es objeto. Este derecho confirma un principio general presente a lo largo de la Convención: que en circunstancias normales, lo mejor para el niño es vivir con sus padres”¹⁰⁵.

Como podemos evidenciar, el destacado jurista se está refiriendo a la tenencia como el derecho del niño a ser cuidado por sus padres en circunstancias normales, lo que genera la posibilidad de ser separado de estos últimos cuando estas circunstancias no estén presentes. Por ello, si los padres no otorgan al niño el entorno adecuado para su desarrollo, la tenencia puede ser ejercida por los abuelos a fin de garantizar el interés superior del niño.

En otro sentido, la Casación N°1941-2016-Piura nos plantea un supuesto de otorgamiento de la tenencia a los abuelos diferente a los que ya hemos analizado. En este caso ante la muerte de la madre de la niña, el padre solicita la tenencia ante el órgano judicial, el mismo que le es otorgado, pero por otra parte concede a los abuelos maternos de la niña un amplio régimen de visitas, los mismos que a diferencia del padre que vive en Ayacucho, residen en Piura. Dicha sentencia es apelada, empero la Sala Superior amplía aún más el régimen de visitas de los abuelos, que, entre otras medidas, otorga la tenencia de la niña a los abuelos en el mes de febrero

¹⁰⁵A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Manual de derecho de los niños, niñas y adolescentes*, ... p. 255.

durante las vacaciones escolares de la niña, lo que generó que el padre interponga el recurso de casación.

Para este caso, el Supremo Tribunal afirma que la instancia superior encuentra el respaldo de su decisión en el interés superior del niño, el cual busca otorgar a la niña un ambiente familiar adecuado e integral, en ese sentido advierte que es: “razonable y conducente a la obtención de un ambiente familiar integrado para la menor, con ponderación entre los intereses de la trilogía involucrada en el caso particular: menor, padre y abuelos maternos”¹⁰⁶. En efecto, el Supremo Tribunal dispone ello en atención a que los abuelos maternos tengan una conexión familiar con su nieta y viceversa, a su vez consideran que la distancia geográfica entre el hogar del padre y los abuelos podría afectar el ambiente familiar integral que debe tener la niña.

La casación bajo comentario, evidencia que en el otorgamiento de la tenencia no existe un criterio estandarizado, porque cada caso, en su particularidad hace que el interés superior del niño atienda diferentes derechos que podrían verse afectados. Para este caso en concreto podemos notar que, al confirmarse la sentencia de vista, el Supremo Tribunal considera que el interés superior del niño responde a que el ambiente familiar de la niña se encuentre integrado por el padre, los abuelos y por ella misma, motivo por el cual le otorga la tenencia a los abuelos durante un mes, sin desconocer que durante este tiempo el padre tiene un régimen de visitas.

Finalmente, en busca de una sana y metodológica crítica, debemos preguntarnos, si en todos los supuestos familiares, el ejercicio de la tenencia por parte de los abuelos constituye siempre una medida que atiende al interés superior del niño. En ese orden de ideas, debemos afirmar que independientemente de los criterios recogidos en el artículo 84° del CNA respecto al otorgamiento de la tenencia que estudiamos en el capítulo anterior, es necesario que dentro del séquito del proceso el pariente que solicita la tenencia acredite que el niño se encontrará en mejores condiciones para su desarrollo bajo su cuidado. En ese sentido no necesariamente el juez decidirá siempre que la tenencia debe ser ejercida por los abuelos, si por ejemplo los padres logran probar que bajo su cuidado el niño estará en mejores condiciones para ejercer sus derechos. Consecuentemente para vivir en compañía de los hijos no es suficiente manifestar cariño sino entregar tiempo que haga efectivo el cuidado al que se refiere la tenencia, de tal

¹⁰⁶Cfr. Cas. N°1941-2016-PIURA, El Peruano del 14 de junio del 2014, considerando noveno.

manera que se le garantice al niño su desarrollo integral, por lo tanto, solo cuando se garantice ello, lo mejor para el niño será vivir con sus padres.

Desde el punto de vista jurisprudencial y en relación al otorgamiento de la tenencia, el tema del interés superior del niño marca la tendencia que, respetando el orden público, la literalidad de las normas que aparentemente reservarían solo a los padres el cuidado de los hijos, estas pueden flexibilizarse y en base a criterios de convivencia, protección y tiempo permanente con los niños, es posible otorgar la tenencia a familiares distintos a los padres como los abuelos.

Ahora bien, esta tendencia se ha visto reflejada en la legislación y jurisprudencia comparada, que procederemos a desarrollar.

2.4 EL OTORGAMIENTO DE TENENCIA A LOS ABUELOS EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

La jurisprudencia comparada no ha sido ajena al emitir decisiones que otorgan el cuidado del niño a los abuelos. Sin embargo, debemos considerar que la regulación de lo que nosotros denominamos como tenencia, es distinta en diversas legislaciones internacionales, sin embargo, no se desconoce que esta institución jurídica es concebida como un instrumento de protección del niño, y como tal atiende al interés superior del mismo.

En ese orden de ideas hemos decidido abordar el tema, tomando como referencia la jurisprudencia italiana (para aproximarnos brevemente a Europa), así como la argentina (comprándonos con latitudes más cercanas a nuestro país).

Respecto al ordenamiento jurídico italiano, debemos referir que, en asuntos de familia y niños, el artículo 337-ter del Código Civil Italiano, prioriza la relación continua y equilibrada que los niños italianos deben mantener con sus padres. Dicha relación familiar debe estar fundada en la atención, educación, asistencia y vivencias significativas entre padres e hijos. Motivo por el cual el juez italiano en sus decisiones, prefiere que los niños permanezcan bajo el cuidado de ambos padres. Sin embargo, solo cuando ello fuera necesario, otorga dicho cuidado a un solo padre. Por otro lado, ante la imposibilidad de confiar al niño a cualquiera los padres, el juez italiano puede disponer el *affidamento familiare* o custodia familiar, mediante el cual el niño se encontrará bajo el cuidado de algún familiar distinto a sus padres.

Así, y tomando como ejemplo la jurisprudencia italiana, emitida por la *Corte Suprema di Cassazione-Sesione Prima Civile* en el Recurso N°26110/2018 resuelto por su Corte Suprema, el 19 de setiembre de 2019¹⁰⁷, se lee un caso en el que tres niños se encuentran bajo el *affido temporaneo* o custodia temporal de sus abuelos paternos, porque sus padres manifiestan constantemente situaciones de violencia familiar. Sin embargo, los primos de los niños solicitan su tenencia afirmando que los abuelos también son agresivos. En primera instancia se les negó la posibilidad del cuidado del niño a los abuelos, pero en instancia extraordinaria se ordenó que los abuelos mantengan dicha custodia temporal de sus nietos. La instancia suprema argumentó que la custodia temporal como medida destinada a superar los resultados de una conducta perjudicial de los padres puede ir acompañada, con prioridad, de la necesidad de no debilitar el vínculo del niño con la familia de origen, de la cual los abuelos son una expresión clara, protegiendo el derecho del niño a crecer en la familia natural, salvaguardando su desarrollo psicofísico sano y equilibrado.

Del mismo modo, en el presente caso podemos evidenciar que el interés superior del niño respondía a proteger su desarrollo integral. En ese sentido, la decisión judicial manifiesta que, independientemente de la posible investigación a practicar en la causa, respecto a la idoneidad, o no del miembro de la familia elegida como custodio temporal, es necesario entender que en estos casos, debe otorgarse la custodia temporal a aquellos familiares que contribuyen al mantenimiento de la relación del niño con la familia de origen a fin de satisfacer las necesidades del niño y salvaguardar su sano y equilibrado desarrollo psicofísico.

En esa línea, la Corte concluye que no se valoró el interés superior del niño al quitar la custodia temporal que los abuelos venían asumiendo respecto de sus nietos, debiéndose valorar el derecho de los niños a crecer y permanecer con la familia de origen, extendida a figuras como los abuelos, todo para no debilitar las relaciones familiares.

En atención a lo expuesto podemos comprobar que, que la jurisprudencia italiana permite el otorgamiento del *affidamento familiare* de los niños, a familiares como los abuelos. Notamos que la sentencia está referida a la custodia temporal o *affido temporaneo*, sin embargo, existe la

¹⁰⁷Recurso N°26110/2018, *Corte Suprema di Cassazione-Sesione Prima Civile*, pubb. 08 de enero de 2020. Disponible en < <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/22953#gsc.tab=0>> Consulta: 23/09/2020.

posibilidad a que mediante el procedimiento regular los abuelos puedan solicitar el *affidamento familiar*.

Así podemos concluir que en el marco comparado europeo tanto legislativo como jurisprudencial, el respeto al principio del interés superior del niño y el otorgamiento de la tenencia y custodia a personas distintas a los padres como los abuelos, es una realidad.

Continuando con el desarrollo de la jurisprudencia comparada, en Argentina el Nuevo Código Civil y Comercial de Argentina (que derogó el de Velez Sarfield) regula el cuidado personal del niño como figura equivalente a la tenencia y custodia, comparada con nuestra legislación. Tal institución es atribuida a los cónyuges, a uno solo de ellos o a terceros en cuyo caso se le denominará guarda.

El derecho argentino privilegia el ejercicio compartido del cuidado personal del niño, concibiendo como una excepción el ejercicio unilateral¹⁰⁸. En el mismo orden de ideas, el ejercicio compartido del cuidado personal del niño puede ser ejercido de manera alternada, mediante la cual el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los padres, conforme a la propia organización de la familia. Pero también puede ser ejercido de manera indistinta, mediante la cual el hijo vive de manera principal en el domicilio de uno de los padres, pero ambos se distribuyen de modo equitativo los deberes que concierne al cuidado de su hijo¹⁰⁹.

La figura jurídica denominada guarda, permite al guardador tener el cuidado personal del niño, por ello estará facultado a tomar decisiones de la vida cotidiana de este. Por lo tanto, las modalidades del cuidado personal del niño también pueden ser atribuidas a la guarda, es decir esta última puede ser unilateral o compartida. En el mismo sentido, la guarda es otorgada por el juez a un pariente del niño, como lo abuelos, por el periodo de un año prorrogable por otro periodo igual, siendo la causa de su otorgamiento un supuesto de especial gravedad. A pesar de ello la responsabilidad parental seguirá recayendo sobre los padres del niño¹¹⁰.

Precisando esto, conviene analizar brevemente la Jurisprudencia recaída en el Expediente 3813/15 resuelto en segunda instancia por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de la Argentina que, en atención al interés superior del niño, dispuso la modalidad de

¹⁰⁸Cfr. Congreso de la Nación, Ley 26.994, *Código Civil y Comercial Argentino*, Argentina, entrado en vigencia el 01 de agosto de 2015, art. 648°.

¹⁰⁹Cfr. *Ibidem*, art. 650°.

¹¹⁰Cfr. *Ibidem*, art. 657°.

guarda compartida tanto para los abuelos maternos, como para los paternos de tres niños, los mismos que habrían perdido a su madre y tenían a su padre privado de libertad.

Avocándonos al caso concreto, al comprobarse que la voluntad de los niños es la de vivir con sus abuelos paternos y no dejar de frecuentar a los maternos, resalta una realidad que no puede soslayarse, los niños necesitan a ambos abuelos, paternos y maternos para el mejor desarrollo de su personalidad. Así, la justicia argentina vio por conveniente que en lugar de disputarse la guarda exclusiva entre los abuelos maternos y paternos lo más conveniente para los niños era que ambas familias compartan su crianza y cuidado bajo la modalidad compartida¹¹¹. Dicha decisión evidencia la posibilidad real de que en el derecho argentino la tenencia o cuidado personal del niño, puede ser ejercido por personas distintas a los padres. En ese sentido notamos que esta forma de ejercicio de la tenencia no afecta los principios de coparentabilidad y corresponsabilidad parental, del mismo modo, no afecta la relación familiar entre los abuelos y nietos, por el contrario, la fortalece. Por lo tanto, ello evidencia que, existen muchas formas de ejercer la tenencia, las mismas que son legalmente reconocidas mediante la decisión judicial siempre que se adecúen al interés superior del niño.

A modo de conclusión del presente capítulo podemos resaltar que, el otorgamiento de la tenencia a los abuelos dentro de un proceso ordinario de familia, tanto nacional como internacional, no se ve imposibilitado procesalmente por la falta de las condiciones de la acción, tales como la legitimidad o el interés para obrar, justamente porque el juez especializado de familia posee facultades tuitivas que le permiten flexibilizar las normas procesales. En ese sentido, estas condiciones se verán acreditadas con la descripción de los hechos y comprobación del vínculo familiar. Del mismo modo la jurisprudencia ha evidenciado que el principio de interés superior del niño, atenderá aspectos como el buscar un ambiente familiar adecuado e integral para su desarrollo, buscando en lo posible no transgredir el arraigo familiar o alterar su desarrollo emocional. Consecuentemente para atender dichos aspectos, este principio permite el otorgamiento de la tenencia a los abuelos. En el mismo sentido, la jurisprudencia comparada, no ha sido ajena a esta forma de resolver estos conflictos, comprobándose con ello que legalmente a nivel nacional e internacional el ejercicio de la tenencia por lo abuelos, es posible.

¹¹¹Cfr. Exp. N° IXP 3813/15, del 15 de agosto de 2017, pp. 13-20. Disponible en: < www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/fallos-camararcivycom/pdf>. Consultado: 09 de septiembre de 2020.

**CAPÍTULO 3: LOS SUPUESTOS DE HECHO QUE DETERMINAN EL
OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES A LOS ABUELOS EN LOS PROCESOS EXTRAORDINARIOS
DE FAMILIA**

En el presente capítulo desarrollaremos con mayor profundidad el interés superior del niño, el mismo que requiere de la valoración del supuesto de hecho en el que se encuentre el niño para su determinación.

Del mismo modo, determinaremos los supuestos de hecho que requieren la respuesta de un órgano judicial que se materializará en el otorgamiento de la tenencia provisional del niño a los abuelos y se tramitará en un proceso extraordinario de familia¹¹² o proceso especial de violencia familiar, distinto al proceso ordinario al que aludimos en el capítulo precedente. En el mismo orden de ideas, se desarrollará también el supuesto de desprotección del niño que requiere una respuesta administrativa y busca aplicar medidas como el acogimiento familiar o residencial, las mismas que como medidas de atención al interés superior del niño, son distintas al otorgamiento de la tenencia en un proceso único o extraordinario de familia, por ello será necesario distinguirlas a fin de no confundirlas.

3.1 LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA A LOS ABUELOS

La Convención preceptúa en su artículo 3° que las medidas asumidas respecto a los niños deberán atender a su interés superior¹¹³. Este último es concebido por la Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño¹¹⁴ a partir de tres dimensiones: a) como derecho

¹¹²Para fines de la presente investigación, denominamos al proceso especial de violencia familiar como proceso extraordinario de familia, para distinguirlo del proceso ordinario o único iniciado ante el juzgado de familia para solicitar la tenencia del niño, el mismo que desarrollamos en el capítulo anterior.

¹¹³Cfr. Organización de la Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Celebrada en el 20 de noviembre de 1989, entrado en vigor el 2 de septiembre de 1990, ratificada por el Perú el 04 de septiembre de 1990, art.3°.

¹¹⁴“Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan [...]”, en ibidem, art. 43°.

sustantivo del niño a que su interés superior se evalúe y se tenga en cuenta primordialmente al sopesar distintos intereses para tomar una decisión, del mismo modo, se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte al niño o grupo de niños, b) como principio jurídico interpretativo fundamental que obliga a que se elija la interpretación que satisfaga de manera efectiva el interés superior del niño y c) como norma de procedimiento, requiere que la evaluación y determinación del interés superior del niño tenga las garantías procesales, por ello es neurálgico que al momento de motivar las decisiones se evidencie que se ha tenido en cuenta este derecho. Asimismo, la mencionada Observación General ha precisado que el objetivo de este concepto es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos del niño, así como su desarrollo holístico. Además, ha subrayado su relación e interdependencia con otros principios generales, tales como el de no discriminación, el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y finalmente con el derecho del niño a ser escuchado¹¹⁵.

Como lo habíamos señalado, el interés superior del niño es concebido también como un concepto jurídico indeterminado, lo que ha generado que sea cuestionado por parte de la doctrina, señalándose que: “es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico”¹¹⁶. Por ello, al identificarse una amplia discrecionalidad para su aplicación, el interés superior del niño se ha relacionado con el paradigma de la situación irregular, la cual se contrapone con el paradigma de la protección integral que busca la contención del poder estatal¹¹⁷.

Sin embargo, debemos enfatizar que este principio no es carente de contenido, sino que nos exhorta a determinar sus alcances para su aplicabilidad, sin que ello signifique alterar arbitrariamente los derechos del niño. En ese sentido en palabras del profesor Alex Plácido Vilcachagua:

¹¹⁵Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013, pp. 3, 4 y 11. Disponible en: < <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>>. Recuperado: 19 de agosto de 2020.

¹¹⁶CILLERO BRUÑOL, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, cit., p.70 citado por A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Manual de derecho de los niños, niñas y adolescentes*, ... p.131.

¹¹⁷Cfr. Ibidem, pp. 131-132.

“[...] al momento de interpretar aquello que constituye “interés superior del niño” no pueden en ningún caso modificar o reemplazar cualquier derecho garantizado por otros artículos de la Convención, así como también el mencionado concepto adquiere un significado especial cuando otras disposiciones más específicas de la Convención no pueden aplicarse”¹¹⁸.

Por otra parte, el destacado jurista afirma que es necesario precisar el significado y contenido de este concepto indeterminado. Para ello, propone una metodología razonable a la técnica jurídica de tipo casuista de nuestros tribunales. En ese sentido, establece que primero se debe encontrar los criterios para averiguar racionalmente en que consiste el interés superior del niño y luego determinarlo en concreto en los casos específicos. Del mismo modo afirma que existen planteamientos metodológicos que permiten determinar el interés superior del niño tales como: a) El método del Dynamic self-determinism de Jhon Eekelaar, b) El método tópico de Theodor Viehweg, c) El método sincrético de Abdullahi An-an’im, d) El método funcional de Philip Alston y Gilmour Walsh, e) El método garantista de Miguel Cillero Bruñol, y f) El método hermenéutico de Francisco Rivero Hernández. Los mismos que, a partir de una valoración, evidencian que no se limitan al plano del concepto de interés superior, sino que superan la abstracción de la idea, pues este concepto jurídico se refiere a un caso que implica un conflicto de intereses y a un protagonista que sería el niño. Por ello, para definir el interés superior del niño es neurálgico valorar los datos personales, circunstancias de los protagonistas y la situación de cada caso. Justamente porque su apreciación supone la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance ha de fijarse dentro del margen de apreciación de dicho concepto y en atención a los hechos acreditados¹¹⁹. Consecuentemente para determinar el interés superior del niño, es necesario valorar el supuesto de hecho en el que se encuentra éste¹²⁰, a fin de determinar cómo es que se presenta en el caso específico.

Por otra parte, la ya mencionada Observación General N°14 establece elementos¹²¹ que deben tenerse en cuenta al momento de evaluar el interés superior del niño, en la medida de que sean

¹¹⁸Ibidem, pp.126-127.

¹¹⁹Cfr. Ibidem, pp. 158-163.

¹²⁰Para fines de la presente investigación consideraremos como supuestos de hecho a aquellas circunstancias particulares que un niño atraviesa en diversas etapas de su vida.

¹²¹Estos elementos son: La opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, el cuidado, protección y seguridad del niño, la situación de vulnerabilidad, el

pertinentes para la situación concreta, justamente porque pueden entrar en conflicto cuando se estudia un caso específico. Por ello se hace necesario considerar el propósito de la evaluación y determinación del interés superior del niño, para garantizar el disfrute efectivo de sus derechos¹²². Del mismo modo, dispone las garantías procesales para velar por la observancia de este interés superior, en ese sentido establece que deben aplicarse salvaguardias procesales tales como: a) El derecho del niño a expresar su opinión, b) La determinación de los hechos, c) La percepción del tiempo, d) Los profesionales cualificados, e) La representación letrada, f) La argumentación jurídica, g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones y h) La evaluación del impacto en los derechos del niño¹²³. Estos parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño son recogidas por nuestra legislación nacional mediante el artículo 4° la Ley N°30466 - Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño¹²⁴.

En el mismo sentido, en el artículo 7° de Reglamento del mencionado texto legal dispone que para determinar el interés superior del niño, se debe considerar conjuntamente los elementos para la evaluación de circunstancias concretas de cada niño¹²⁵, así como los elementos para la determinación y aplicación del interés superior del niño¹²⁶, del mismo modo se debe seguir el procedimiento que vele por las garantías jurídicas y aplicación adecuada del derecho¹²⁷.

Como podemos notar, la Ley N°30466, así como su Reglamento, son una respuesta del Estado peruano a la Observación General N°14. De estas disposiciones es menester resaltar que la determinación y valoración del supuesto de hecho, entre otros aspectos, va a permitir determinar

derecho del niño a la salud y el derecho del niño a la educación, en Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013, pp. 13-17. Disponible en: < <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>>. Recuperado: 19 de agosto de 2020.

¹²²Cfr. Ibidem, pp. 12 y 18.

¹²³Cfr. ibidem, pp. 19-21.

¹²⁴Congreso de la República, Ley N°30466, *Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño*, Perú, entrado en vigencia el 28 de mayo de 2016, art. 4°.

¹²⁵Elementos para la evaluación de circunstancias concretas de cada niño: a) Características de cada niño, b) Identificación de elementos y otros factores concurrentes, c) Ponderación de derechos se encuentran regulados, en Cfr. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, *Reglamento de la Ley N°30466*, Perú, entrado en vigencia el 02 de junio de 2018, art.7°.

¹²⁶Elementos para la determinación y aplicación del interés superior del niño: a) La opinión del niño, b) Identidad del niño, c) Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, d) Cuidado, protección, desarrollo y seguridad del niño y e) Situación de vulnerabilidad, en Ibidem, art. 9°.

¹²⁷Ibidem, art. 7°.

el interés superior del niño en un caso en concreto. En efecto, cada situación es particular, por ello la aplicación de este principio no puede realizarse de manera estandarizada, sino que requiere su determinación a partir de la valoración del supuesto de hecho en el que se encuentre el niño.

Finalmente, es evidente que los supuestos de hecho son diferentes y no se podría enumerar cada uno de ellos porque las situaciones presentadas en la realidad son incontables. Sin embargo, hemos podido analizar algunos de los supuestos más comunes presentados en la jurisprudencia nacional, los mismos que a partir de la aplicación del interés superior del niño, han permitido el otorgamiento de la tenencia de los nietos a los abuelos a partir de la tramitación de un proceso ordinario de familia o proceso único, los cuales hemos desarrollado en el capítulo anterior.

En ese orden de ideas, en esta parte de la investigación determinaremos aquellos supuestos de hecho que requieren una respuesta del órgano jurisdiccional a partir de la tramitación un proceso extraordinario de familia, así como de aquellos que requieran una respuesta por parte del órgano administrativo.

3.2 SUPUESTOS DE HECHO ATENDIDOS JUDICIALMENTE MEDIANTE UN PROCESO EXTRAORDINARIO DE FAMILIA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA A LOS ABUELOS

Como lo hemos mencionado anteriormente, en este subtítulo desarrollaremos aquellos supuestos de hecho que serán valorados dentro de un proceso extraordinario de familia y que han permitido el otorgamiento de la tenencia a los abuelos. Como veremos, este proceso judicial es distinto al proceso único que, conforme al CNA, es el que debe seguir una pretensión de tenencia respecto al niño, de ahí que la tenencia otorgada a los abuelos en el proceso extraordinario de familia, sea de carácter provisional.

Tomando como referencia este punto, partimos este análisis preguntándonos ¿Qué tipo de situaciones de vulnerabilidad atraviesan los niños en el Perú? En ese sentido, la Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales ENARES 2019 respecto a la violencia psicológica, física, sexual y económica sufrida por niños y adolescentes realizada por el INEI, obtuvo los siguientes resultados: El 68,9% de los niños y niñas de 09 a 11 años de edad fueron alguna vez maltratados

física y/o psicológicamente en su hogar, así como el 66,2% de estos mismos fueron también maltratados en el entorno escolar, siendo importante anotar que el 48,9% de los afectados buscaron ayuda y de ese porcentaje 97,4% la recibieron. Sobre los adolescentes de 12 a 17 años de edad, el 63,2% alguna vez fueron maltratados física y/o psicológicamente en su hogar y el 68,5% de esos mismos adolescentes fueron también o únicamente maltratados en el entorno escolar, siendo importante anotar que el 44,4% de los afectados buscaron ayuda y de ese porcentaje 97,0% la recibieron. Por último, el índice de tolerancia social de la violencia hacia niños, descrito también en el documento, establece que las personas adultas encuestadas en un 89,1% están de acuerdo que debe pedirse ayuda si es que escuchan a un vecino golpeando a su hija, así como un 88,9% están de acuerdo también en comprender a la violencia como algo inaceptable y reprobable, respuestas que son alentadoras. Sin embargo, el 46,1% manifiesta que solamente los padres tienen derecho de pegarles a sus hijos y el 34,5% indica que si no les pegan, se vuelven malcriados y ociosos. Quiere decir que asimilan el golpear a los niños como algo normal, incluso el 27,9% expresa que así sean maltratados los niños, no deben ser separados de su hogar, por lo que estas últimas estadísticas son alarmantes, por su contenido y vigencia. Es más preocupante que el 26,9% de personas manifestaron que están de acuerdo con utilizar el castigo físico sin lesionar al niño, el 22,0% que cuando un niño deja de ser bebé ya se le puede golpear para corregirlo, el 21,5% que en caso de conocer un abuso sexual es mejor no intervenir y un 20,9% que conceptualizan la corrección física como un medio para que los hijos consigan el éxito personal¹²⁸.

La violencia en el entorno familiar, y específicamente practicada sobre un niño refleja la complicada salud mental que se vive en nuestro país, en atención a ello Marta B. Rondón señala:

“Las enfermedades mentales son causa de gran sufrimiento personal para quienes las padecen y para las personas de su entorno. En un país donde la atención psiquiátrica no está

¹²⁸Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, “Encuesta Nacional Sobre Relaciones Sociales- ENARES 2019”, 2019, Disponible en:< https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/presentacion_enares_2019.pdf > Recuperado el 15 de septiembre de 2020.

disponible en varias regiones y donde los seguros privados no están obligados por ley a cubrir tales atenciones, la enfermedad mental empobrece rápidamente a la familia”¹²⁹.

Lamentablemente los resultados apuntados y comentados reflejan la caótica situación mental y social en la que gran parte de la población nacional desarrolla su vida familiar y la crianza de los niños. La cita expresada en el párrafo anterior es relevante, considerando el mensaje presidencial del último 28 de julio, en donde expresamente el ex presidente Martín Vizcarra Cornejo, reconoce que la Pandemia por Covid-19¹³⁰ ha dejado como efecto una mayor incidencia en la ansiedad y el estrés de los ciudadanos¹³¹, consecuentemente, es probable que el índice de violencia contra el niño sea mayor al de los años anteriores.

Los datos son contundentes y para contestar la primera interrogante, tenemos que las situaciones de vulnerabilidad que atraviesan los niños están referidas a la violencia psicológica, física y sexual, dentro de estas pueden apreciarse las siguientes formas, según correspondan: Los insultan, dicen lisuras, avergüenzan, humillan, dicen todo lo que hace o dice está mal, asignan apodosos que los hacen sentir mal, prohíben jugar con amigos, primos u otros niños, se burlan, amenazan con golpes o incluso los abandonan, los golpean con correa, soga, palo u otros, les jalan el cabello u orejas, dan cachetadas o nalgadas, patean, muerden o propinan puñetazos en su contra, los queman y atacan con cuchillo u otras armas, llegando a la deplorable situación de obligarlos a tener relaciones sexuales, tocarse las partes íntimas en contra de su voluntad, practicar actos sexuales, ver pornografía, así como dirigen sobre ellos miradas incómodas hacia sus partes íntimas, llegando a quitarles la ropa¹³². Estos actos de violencia colocan al niño en: a) un supuesto de hecho de violencia extrafamiliar y b) un supuesto de hecho de violencia a nivel familiar, las mismas que requieren de una intervención del órgano jurisdiccional. Como

¹²⁹M. B. RONDON, “Salud Mental: Un problema de salud pública en el Perú”, Rev. Peru Med. Exp. Salud Pública, N°23, 2006, p. 238 Disponible en: <https://www.ins.gob.pe/insvirtual/images/artrevista/pdf/salud%20mental.pdf>. Consulta: 17 de septiembre de 2020.

¹³⁰Mediante Decreto Supremo N°044-2020-PCM se declara el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y se dispone el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. El mismo es ampliado y prorrogado temporalmente por diversos decretos que expidió la Presidencia de Consejo de Ministros.

¹³¹Cfr. Plataforma Digital Única del Estado Peruano, Mensaje a la Nación. Disponible en: <<https://www.gob.pe/institucion/presidencia/mensajes-a-la-nacion>> Consultado: 15/09/2020.

¹³²Cfr. Instituto Nacional de Estadística e Informática, “Encuesta Nacional sobre Relaciones...”, cit., Disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/presentacion_enares_2019.pdf. Recuperado el 15 de septiembre de 2020.

vemos, cualquiera de estos actos de violencia, se podrá subsumir en estos dos supuestos de hecho.

Los supuestos extrafamiliares, no constituyen parte en nuestra investigación, por lo que bastará con decir que el proceso de contravenciones y sanciones es el más usado a nivel judicial para remediar los actos de violencia en contra del niño.

Por su parte, los supuestos de hecho de violencia a nivel familiar tienen su principal tratamiento en la Ley N°30364 - Ley para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, la misma que establece un proceso especial de violencia familiar (al que denominamos como extraordinario de familia). Dicho proceso se divide en una etapa tutelar, donde se dictarán rápidamente medidas de protección a la víctima de violencia familiar y otra etapa sancionadora que se desarrollará en el respectivo juicio por delitos o faltas.

Advertimos que el niño se encuentra comprendido en esta ley por ser integrante del grupo familiar, del mismo modo éste puede ser víctima de violencia de forma directa o indirecta.

Para el caso que nos ocupa, será en la etapa tutelar de este proceso donde el magistrado podría dictar una medida de cautelar adicionalmente a la medida de protección, donde ambas tendrán carácter de temporal¹³³. En ese sentido, el juez podrá decidir otorgar la tenencia provisional del niño a sus abuelos como medida cautelar¹³⁴ durante la audiencia de medidas de protección, en respuesta al resguardo y protección del interés superior del niño. Debemos advertir que, esta medida cautelar atiende a supuestos de hecho relacionados con la situación de violencia que vive el niño, los mismos que son distintos a los supuestos de hecho que se tramitan en un proceso ordinario de familia o proceso único. Asimismo, esta medida permite a los abuelos solicitar la tenencia de sus nietos mediante el proceso único. Sin embargo, advertimos que el otorgamiento de la tenencia provisional a los abuelos dentro de este proceso extraordinario de familia no se

¹³³“Artículo 23.- Las medidas de protección y cautelares dictadas por el juzgado de familia se mantienen vigentes en tanto persistan las condiciones de riesgo de la víctima, con prescindencia de la resolución que pone fin a la investigación, o al proceso penal o de faltas (...)”, en Congreso de la República del Perú, Ley N°30364, *Ley para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar*, Perú, entrado en vigencia 24 de noviembre de 2015, art.23°.

¹³⁴“Artículo 22-B.- Medias Cautelares: De oficio o a solicitud de la víctima, el juzgado de familia, en la audiencia oral, se pronuncia sobre las medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión de la patria potestad, acogimiento familiar, disposición de bienes y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas, las personas dependientes o en situación de vulnerabilidad a cargo de la víctima [...]”, en *Ibidem*, art. 22-B.

encuentra regulada taxativamente en la Ley N°30364, pero en atención a lo desarrollado a lo largo de esta investigación, es una posible medida en aplicación del interés superior del niño. Entonces queda claro que los abuelos pueden ejercer la tenencia provisional de sus nietos cuando estos se encuentren en un supuesto de hecho de violencia familiar y atendiendo su interés superior.

Por otra parte, consideramos que estas situaciones de violencia en contra de los niños se han incrementado en este contexto de pandemia por Covid-19, ello en la medida que como fue antes referido, la salud mental se ha visto afectada por el confinamiento dispuesto mediante Decreto Supremo N°044-2020-PCM, el mismo que fue posteriormente prorrogado. Sin embargo, debemos reconocer que bajo este contexto los adultos mayores han sido considerados como personas vulnerables, por lo que el otorgamiento del cuidado de sus nietos podría ser perjudicial para ellos al implicar un mayor grado de responsabilidad, que difícilmente podrían cumplir adecuadamente bajo este contexto. Por ello debemos resaltar que de ninguna manera el otorgamiento de la tenencia a los abuelos es impuesta por el magistrado, por el contrario, este último debe verificar que esta medida responda al interés del niño.

En consecuencia, bajo este contexto temporal de pandemia por Covid-19, donde se ha considerado a las personas adultas mayores como vulnerables¹³⁵, podría no ser recomendable el otorgamiento de la tenencia del niño a sus abuelos, sea dentro de un proceso único o extraordinario de familia. Empero ello deberá ser evaluado por el juez, justamente porque esta medida se da en atención al interés superior del niño que exige valorar cada caso en concreto.

De lo expuesto, podemos diferenciar el otorgamiento de la tenencia a los abuelos dentro de un proceso único, de aquella tenencia provisional brindada dentro de un proceso extraordinario de familia. En efecto, los supuestos de hecho que valorará el juez en cada proceso serán diferentes, de allí que exista un contraste entre los supuestos de hecho analizados dentro de un proceso único en relación a aquellos supuestos presentados en un proceso por violencia familiar. Empero, no podemos desconocer que dentro del proceso único también se puede otorgar la tenencia provisional, así lo expresa el artículo 87° del CNA que desarrollamos en el primer

¹³⁵Cfr. Plataforma Digital Única del Estado Peruano, Cuidado del adulto mayor frente al coronavirus. Disponible en: < <https://www.gob.pe/8778-ministerio-de-salud-cuidados-del-adulto-mayor-frente-al-coronavirus>> Consultado: 20/09/2020.

capítulo. Sin embargo, esta medida atiende a otros supuestos distintos a los que se valoran en un proceso por violencia familiar, de cualquier modo, dependerá del recurrente determinar qué proceso iniciar según el interés superior del niño.

Finalmente, no podemos desconocer la actuación de las Unidades de Protección Especial del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables que, ante el otorgamiento de la tenencia provisional a los abuelos en este proceso de violencia familiar, supervisará esta decisión judicial. Pero sus facultades y funciones responden a un proceso administrativo que se iniciará en determinados supuestos de hecho que procederemos a desarrollar.

3.3 SUPUESTOS DE HECHO ATENDIDOS ADMINISTRATIVAMENTE MEDIANTE UN PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO DE FAMILIA

No cabe duda que los padres tienen un conjunto de deberes que cumplir para garantizar el ejercicio de los derechos de sus hijos y con ello su desarrollo integral. Pero es una realidad nacional que algunos padres no cumplen estos deberes o lo hacen de una manera inadecuada, generando un estado de riesgo o desprotección familiar en el niño. En ese sentido se puede evidenciar que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) a partir de sus Unidades de Protección Especial (UPE), durante el año 2019 brindaron medidas de protección a 22,861 niños en situación de riesgo o desprotección familiar¹³⁶. Por lo tanto, no podemos negar que en determinadas ocasiones los niños pueden encontrarse frente a una situación de desprotección familiar, motivo por el cual el Estado, en atención al artículo 4º de la nuestra Carta Magna¹³⁷, interviene estableciendo un régimen de especial protección para los niños que se encuentran en un estado de vulnerabilidad.

Considerando lo expuesto, en esta parte de nuestra investigación desarrollaremos los supuestos de desprotección familiar y riesgo de desprotección, los mismos que son atendidos a partir de un proceso administrativo codificado mediante Decreto Legislativo N°1297 que regula la

¹³⁶Cfr. Plataforma Digital Única del Estado Peruano, MIMP: Mas de 22 mil niñas, niños y adolescentes en situación de riesgo y desprotección familiar recibieron medidas de protección. Vulnerables. Disponible en: <<https://www.gob.pe/institucion/mimp/noticias/86971-mimp-mas-de-22-mil-ninas-ninos-y-adolescentes-en-situacion-de-riesgo-o-desproteccion-familiar-recibieron-medidas-de-proteccion>>. Consultado: 05/07/2020.

¹³⁷Cfr. Congreso Constituyente Democrático del Perú, *Constitución Política del Perú de 1993*, Perú, entrado en vigencia el 31 de diciembre de 1993, art. 4º.

protección de los niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. Debemos considerar que la respuesta que brinda el Estado ante estos supuestos será diferente en comparación con los supuestos de hecho estudiados anteriormente, donde el Estado mediante un proceso ordinario o extraordinario de familia ante los órganos jurisdiccionales, dispone el otorgamiento de la tenencia del niño a los abuelos atendiendo su interés superior. Ahora bien, el Decreto Legislativo N°1297 contiene consecuencias legales para atender dos supuestos de hecho: a) el primero es una situación de riesgo de desprotección familiar que no genera la separación del niño de su familia de origen y requiere que el Estado adopte las medidas para prevenir la desprotección familiar del niño, justamente porque el ejercicio de los derechos de este último se encuentran amenazados o afectados¹³⁸, y b) la situación de desprotección familiar, que implica la separación provisional del niño de su familia de origen a fin de que pueda ser cuidado y protegido. Asimismo, requiere que se brinde el apoyo a esta familia para remover las circunstancias que generaron este distanciamiento del niño¹³⁹, sin embargo, de no adecuar el ambiente familiar para el retorno del niño a su hogar de origen, se podrá promover la respectiva resolución judicial de desprotección familiar¹⁴⁰. En ese orden de ideas, la Defensoría del Pueblo ha afirmado que:

“el riesgo hace referencia a una situación que precede al abandono. En efecto, la acepción gramatical alude a la contingencia o proximidad de un daño, mientras que, en el ámbito de la intervención social, el riesgo recoge el incremento de la probabilidad de un resultado negativo o consecuencia negativa dentro de una población de individuos”¹⁴¹.

Consecuentemente, la situación de desprotección se genera cuando ya no existe probabilidad sino una certeza de que no se le está garantizando el desarrollo integral al niño.

Las consecuencias legales para hacer frente a estos supuestos de hecho son el otorgamiento de medidas de protección que pueden ser provisionales o permanentes, pero nunca definitivas

¹³⁸Cfr. Presidencia de la República, Decreto Legislativo N°1297, *Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos*, Perú, entrado en vigencia el 11 de febrero de 2018, art. 3° literal f).

¹³⁹Cfr. *Ibidem*, art. 3° literal g).

¹⁴⁰Cfr. *Ibidem*, art. 92°.

¹⁴¹Cfr. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Sistema de Información en Población y Desarrollo – SISPOD. Disponible en:< <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/134.pdf>>. Consultado: 21/07/2020. Se precisa que en la cita se expresa el término abandono, justamente porque este informe fue redactando antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N°1297 que modifica este término por el de desprotección.

(salvo la adopción). Estas medidas atienden al interés superior del niño, justamente porque el citado Decreto Legislativo N°1297 se sustenta en las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños que: “establecen pautas a observar en aras de promover la aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño y las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales referentes a la protección y bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación”¹⁴².

Para el caso que no ocupa, resulta relevante referirnos al supuesto de desprotección del niño, que la autoridad administrativa declarará de manera provisional y que se produce a “causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado desempeño de los deberes de cuidado y protección por parte de los responsables del cuidado de los niños, niñas y adolescentes y que afecta gravemente el desarrollo integral de una niña, niño o adolescente”¹⁴³. Como vemos este cuidado es la tenencia. En el mismo sentido debemos referir que esta declaración provisional de desprotección del niño genera la “asunción automática de la tutela estatal [...]”¹⁴⁴.

Por otra parte, ante este supuesto, se dispondrá la aplicación de dos tipos de medidas de protección que implican la separación del niño de su familia de origen para que alguien más se encargue de su cuidado. Estas medidas son el acogimiento familiar¹⁴⁵ o el acogimiento residencial¹⁴⁶ que tendrán carácter provisional, mantendrán una vigencia de 18 meses, prorrogable por 06 meses¹⁴⁷ y deberán ser aprobadas por el juez de familia, caso contrario se dispondrá la variación de la medida de protección¹⁴⁸.

Si la Unidad de Protección Especial, como órgano administrativo encargado, no consigue resultados favorables respecto a la eliminación de los factores de riesgo en el entorno familiar del niño mediante la ejecución del plan individual que deberá elaborar, tendrá que promover la

¹⁴²M.I. SOKOLICH ALVA, “Protección y Bienestar de los Niños Privados de Cuidado Parental o en Peligro de Encontrarse en esa situación”, *Lumen*, N°13, 2017, pp.117-118. Disponible en: < <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/578> > Consultado: 29 de septiembre de 2020.

¹⁴³Presidencia de la República, Decreto Legislativo N°1297, *Decreto Legislativo para la protección...*, cit., art. 3° lit. g).

¹⁴⁴*Ibidem*, art. 51°.

¹⁴⁵“Es una medida de protección que se aplica de acuerdo con el principio de idoneidad, que se desarrolla en una familia acogedora mientras se trabaja para eliminar las circunstancias que generaron la desprotección familiar. Puede ser una medida temporal o permanente”, en *Ibidem*, art. 3° lit. j).

¹⁴⁶“Es una medida de protección temporal aplicada de acuerdo al principio de idoneidad que se desarrolla en un centro de acogida, en un ambiente similar al familiar”, en *Ibidem*, art. 3° lit. k)°.

¹⁴⁷*Ibidem*, art.63°.

¹⁴⁸*Ibidem*, art. 56°.

declaración judicial de estado de desprotección familiar del niño, que además extinguirá la patria potestad o la tutela¹⁴⁹. Asimismo, dicho juzgado de familia deberá dictar la medida de acogimiento familiar o residencial, pero de carácter permanente, u otra medida de protección como la adopción, que tiene carácter definitivo¹⁵⁰.

De lo expuesto nos planteamos la siguiente pregunta ¿por qué entregar al Estado la tutela del niño si los abuelos podrían asumir el cuidado de los mismos? En efecto, para configurarse la situación de desprotección familiar del niño, se requiere que sus padres o aquel familiar al que se le haya atribuido la tutela judicialmente, permitan la afectación grave a su desarrollo integral para situarnos frente a un incumplimiento o inadecuado cuidado del niño. Empero, si los abuelos a pesar de no tener la tenencia formalmente se encuentran ejerciéndola, no podríamos situarnos ante un supuesto de desprotección del niño justamente porque este último se encuentra recibiendo el cuidado que requiere, por lo que no se configuraría la desprotección exigida para iniciar este procedimiento administrativo. Empero, si los abuelos dejan de hacerlo, el niño se encontraría en un estado de desprotección familiar, generándose la tutela estatal.

Concluimos el presente análisis, expresando que el Decreto Legislativo N°1297 desarrolla la posibilidad de otorgar el cuidado del niño a los abuelos bajo la figura de acogimiento familiar, empero, hay que destacar que estando enmarcada esta institución dentro de un supuesto de desprotección familiar del niño, se estaría ejerciendo sobre este último la tutela estatal. Como lo habíamos afirmado, la tenencia se encuentra implícitamente en la tutela, e incluso en el acogimiento familiar, sin embargo, no debemos desconocer que estas tres figuras jurídicas, son distintas en su naturaleza y denominación. Por lo tanto, no sería correcto afirmar que debemos omitir analizar la posibilidad o no de otorgar la tenencia a los abuelos porque la ley ha previsto una figura parecida como lo es el acogimiento familiar. Ello en atención a que esta última requiere de la declaración de un estado desprotección, supuesto de hecho distinto a los que hemos analizado anteriormente y que permiten otorgar la tenencia del niño a los abuelos. Consecuentemente el supuesto de hecho que concede la tenencia de los niños a los abuelos, se encontrará en el intermedio entre el supuesto de riesgo de desprotección y el supuesto de desprotección familiar desarrollado por el Decreto Legislativo N°1297.

¹⁴⁹Ibidem, art. 96°

¹⁵⁰Cfr. Ibidem, art. 100°.

Finalmente, atendiendo al desarrollo de los tres capítulos del presente trabajo de investigación, procederemos a analizar la necesidad y la forma en cómo podríamos regular la posibilidad de que los abuelos puedan solicitar la tenencia de sus nietos. En efecto, el siguiente apartado no corresponde al título del presente capítulo, sin embargo, es necesario desarrollarlo para establecer la propuesta que surge de la presente investigación.

3.4 NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DEL NIÑO A FAMILIARES COMO LOS ABUELOS

El Informe Técnico de Niñez y Adolescencia publicado por el INEI, revela que durante los meses de abril, mayo y junio de 2020, el porcentaje de familias compuestas por niños que identifican como jefe del hogar a sus abuelos, bajo la relación familiar nieto/nieta – abuelos, representa el 13,8% de la población. Siendo importante resaltar que probablemente la cifra al final del periodo anual se incremente, considerando que desde el año 2015 hasta el año 2019, la estadística refleja que los hogares en la situación descrita supera el 19,2%¹⁵¹. En ese sentido, podemos afirmar que es una realidad nacional que los abuelos ejerzan el cuidado de sus nietos. Por otra parte, como lo hemos desarrollado en el segundo capítulo de la presente investigación, la jurisprudencia nacional ha establecido criterios que permiten el otorgamiento de la tenencia de los niños a los abuelos mediante un proceso ordinario o único de familia. Del mismo modo, se ha demostrado mediante los Plenos Jurisdiccionales Distritales de Familia de Lima del año 2014 y Lima Este del año 2017, que existe la posibilidad de que familiares del niño, como los abuelos, inicien una demanda de tenencia sin que sea observada por la falta de interés y legitimidad para obrar.

Por ello, es que siendo la tenencia un derecho subjetivo familiar de los padres e hijos, es posible otorgarla a los abuelos si es que los padres no garantizan el desarrollo integral del niño mediante el cuidado que ejercen sobre sus hijos. Todo ello en atención a que la tenencia como derecho

¹⁵¹Cfr. Instituto Nacional de Estadística e Informática, “Encuesta Nacional sobre Relaciones...”, cit., Disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/presentacion_enares_2019.pdf. Recuperado el 15 de septiembre de 2020.

del niño, permite que sea separado de sus padres, solo si esta medida responde a su interés superior. Ello también es posible dentro de un proceso extraordinario de familia o de violencia familiar, donde el magistrado puede dictar como medida cautelar el otorgamiento la tenencia provisional a los abuelos, solo si el niño tiene la calidad de víctima directa o indirecta.

Considerando lo expuesto y ante la ausencia dentro de la legislación nacional de alguna norma que permita a familiares, como los abuelos, solicitar la tenencia de sus nietos, es necesaria y posible legalmente la emisión de una ley que incorpore en el artículo 81° del CNA¹⁵², la disposición que preceptúe que excepcionalmente los abuelos, así como otros familiares distintos a los padres, puedan solicitar judicialmente la tenencia del niño, en cuyo caso el juez podrá otorgársela siempre que dicha medida responda al interés superior del niño, y que el familiar solicitante acredite ser el más idóneo para ejercer la tenencia.

En efecto, esta medida será excepcional porque como hemos referido en el primer capítulo de la presente investigación, la naturaleza jurídica de la tenencia es aquella situación de hecho basada en el cuidado del niño y efectuado por ambos padres¹⁵³. Por lo tanto, considerando que es un derecho del niño permanecer con sus padres, excepcionalmente y cuando se afecte su interés superior, el niño podrá ser separado de sus padres.

Debemos aclarar que, si bien este trabajo de investigación redujo el análisis del otorgamiento de la tenencia a los abuelos, no podemos desconocer que a lo largo del mismo se ha hecho referencia también a otros familiares distintos a los padres que pueden ejercer la tenencia. Ello en atención a la posible afectación del interés superior del niño que se produciría si mantuviéramos el mismo criterio cerrado que tiene la legislación vigente, al permitir únicamente el ejercicio de la tenencia a los padres y abuelos. Por ello es que la propuesta de incorporación al artículo 81° del CNA alude también a otros familiares distintos a los padres, además de los abuelos.

¹⁵²“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”, en Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 81°.

¹⁵³Véase la referencia que se hizo respecto a la naturaleza jurídica de la tenencia en la página 12 del presente trabajo de investigación.

Por otra parte, en el supuesto en que ninguno de los padres pueda ejercer adecuadamente la tenencia de su hijo, y los familiares distintos a los padres, como los abuelos, demanden la tenencia de este último, el juez de familia deberá otorgar el cuidado del niño al familiar más idóneo y que garantice su normal desenvolvimiento y desarrollo integral. En efecto, para la determinación del familiar idóneo, el magistrado deberá considerar el interés superior del niño, y aplicar el artículo 85° del CNA que dispone que el juez “debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”¹⁵⁴.

En ese sentido, consideramos que establecer legalmente un orden de prelación que disponga alguna preferencia para determinar el familiar, distinto a los padres, al que se le otorgará la tenencia del niño, sería inadecuado. El motivo por el cual nos permitimos afirmar ello, es que estimamos que dicho familiar distinto a los padres debe acreditar ser el más idóneo y efectivamente, esta idoneidad se valorará en atención al interés superior del niño, el cual se determinará en cada caso en concreto, por lo tanto, establecer parámetros estandarizados para su designación, no sería adecuado. Contrariamente a ello, si en la legislación nacional se dispondría un orden de prelación que preceptúe, por ejemplo, que preferentemente se debe otorgar la tenencia de los niños a los abuelos ante la ausencia o imposibilidad de los padres, dicho criterio de preferencia perdería sentido si los abuelos no tienen condiciones morales y económicas para ejercer la tenencia de sus nietos, en esta situación el juez otorgará el cuidado del niño a otro familiar. Por esta razón, es que afirmamos que la idoneidad del familiar distinto a los padres, se determinará según la particularidad de cada caso en específico. Sin embargo, no debemos desconocer que la jurisprudencia nacional ha demostrado que en la mayoría de situaciones, son los abuelos quienes solicitan judicialmente ejercer la tenencia de sus nietos, acreditando ser los más idóneos para esta labor. Consecuentemente, es necesario que dentro de la legislación nacional exista alguna disposición normativa que permita a familiares, como los abuelos, solicitar la tenencia de sus nietos. Por su parte, será el juez de familia quien evalúe en el caso en concreto, si es adecuado otorgar la tenencia del niño a familiares distintos a los padres. En el mismo orden de ideas, la consecuencia lógica de dicha incorporación al artículo 81° del CNA, es la posibilidad legal de efectuar la modificación del artículo 87° del mismo cuerpo

¹⁵⁴Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 85°.

normativo¹⁵⁵, disponiéndose que excepcionalmente los abuelos, así como otros familiares, puedan solicitar la tenencia provisional del niño en atención a su interés superior.

Considerando lo expuesto a lo largo de la presente investigación, podemos concluir que es necesaria la emisión de una ley que permita a los abuelos, así como otros familiares distintos a los padres, a que puedan solicitar judicialmente la tenencia del niño, al igual que la tenencia provisional, justamente porque no se contempla expresamente dentro de la legislación nacional esta posibilidad. Por este motivo nos permitimos presentar un proyecto de ley que incorpore al artículo 81° del CNA la posibilidad de que familiares, como los abuelos, puedan solicitar la tenencia, y del mismo modo, modifique el artículo 87° del mismo texto legal en los términos referidos anteriormente. Debemos mencionar que dicho proyecto de ley no modifica la política de protección de los derechos del niño que mantiene el Estado peruano, del mismo modo, guarda completa armonía con los estándares de la Convención y no contraviene alguna disposición normativa vigente, ni tiene vicios de inconstitucionalidad.

Finalmente, este proyecto de ley que como anexo forma parte de la presente investigación, tendrá como exposición de motivos los argumentos esgrimidos en el presente subtítulo.

¹⁵⁵“Artículo 87°. - Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en los plazos de veinticuatro horas. En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal. Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso”, en *Ibidem*, art. 87°.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La tenencia dentro del ordenamiento jurídico peruano en relación a su ejercicio y titularidad, aparenta exclusividad legal hacia los padres, en atención a que es concebida como un atributo de la patria potestad de la cual deriva y mantiene una relación de género-especie. Sin embargo, no debe dejar de ser vista como un derecho recíproco entre padres e hijos, los mismos que serían los sujetos activos y pasivos, respectivamente, de esta institución del derecho de familia. Por lo tanto, la tenencia es el derecho subjetivo de los padres de cuidar de sus hijos dentro de su vida cotidiana, mediante la relación fáctica de convivencia con estos últimos a fin de lograr su desarrollo integral. Al mismo tiempo es el derecho de los hijos a ser cuidados y vivir y no ser separados de sus padres, salvo que por interés superior del niño esta medida sea necesaria.

SEGUNDA: La naturaleza jurídica de la tenencia se ve reflejada en aquella situación de hecho basada en el cuidado del niño efectuado por ambos padres, permitiéndole lograr su desarrollo integral mediante una relación fáctica de convivencia surgida entre padres e hijos. Sin embargo, en ocasiones, tal cuidado no puede ser ejercido por ambos padres de manera simultánea en un mismo hogar, motivo por el cual surge una forma particular de ejercer la tenencia, la misma que se ve reflejada en el carácter negativo de esta última y que implica que dicho cuidado sea ejercido por una persona distinta a los padres, como los abuelos.

TERCERA: La regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la tutela y específicamente la tutela legítima no anula la necesidad de regular la posibilidad de que la tenencia pueda ser ejercida por los abuelos para velar por el cuidado de sus nietos, puesto que si bien la tenencia se encuentra implícitamente dentro de la tutela, estas instituciones del derecho de familia tienen diferencias esenciales que se reflejan en que la tutela busca no solo la protección personal del niño sino también la de su patrimonio, por otra parte la tutela solo puede ser ejercida por un tercero distinto a los padres y finalmente que para el otorgamiento de la tutela se requiere que se haya suspendido o extinguido la patria potestad, por lo que la aplicación de cada uno de estos instrumentos legales dependerá de cada caso en concreto.

CUARTA: Mediante los Plenos Jurisdiccionales Distritales de Familia de Lima del año 2014 y Lima Este del año 2017, se ha dispuesto que, en aplicación del interés superior del niño, los

abuelos pueden solicitar judicialmente la tenencia de sus nietos, a pesar de que esta institución es atribuible legalmente solo a los padres. En estos casos, el juez de familia deberá aplicar las facultades tuitivas que posee a fin de flexibilizar normas procesales y admitir la demanda de tenencia interpuesta por los abuelos del niño, no pudiendo declararla improcedente por falta de interés o legitimidad para obrar. Asimismo, la jurisprudencia nacional ha demostrado que, dentro de un proceso ordinario o único de familia, el magistrado puede otorgar la tenencia del niño a los abuelos, únicamente en aplicación del interés superior del niño, el cual se determinará según cada caso en concreto.

QUINTA: La legislación y jurisprudencia comparada denominan a la tenencia de manera distinta a la regulación nacional. En el caso del derecho argentino, se denomina cuidado personal del niño a la tenencia y dentro de su regulación, se establece que dicho cuidado puede ser ejercido por los abuelos bajo la figura de la guarda. En el caso del derecho italiano, se denomina como *affidamento dei figli* a la tenencia, del mismo modo también se permite que el cuidado del niño sea ejercido por los abuelos bajo la figura jurídica del *affidamento familiare*. Por lo tanto, regular dentro de la legislación nacional, la posibilidad de que familiares distintos a los padres, como los abuelos, puedan solicitar la tenencia, responde al interés superior del niño y así lo ha entendido la legislación argentina como la italiana.

SEXTA: El otorgamiento provisional de la tenencia dentro de un proceso extraordinario de familia o de violencia familiar es posible en atención al interés superior del niño y mediante la emisión de una medida cautelar dentro del proceso principal de violencia familiar. Sin embargo, será necesario que el niño tenga la condición de víctima directa o indirecta y se encuentre en cualquiera de los supuestos de hecho referidos a violencia psicológica, física y sexual dentro de su ámbito familiar.

SÉPTIMA: La realidad práctica y la jurisprudencia nacional han demostrado que es viable el ejercicio de la tenencia por parte de los abuelos, por lo tanto, es legalmente posible incorporar al artículo 81° del CNA la disposición que preceptúe que excepcionalmente los abuelos, así como otros familiares distintos a los padres, puedan solicitar judicialmente la tenencia del niño, en cuyo caso el juez podrá otorgársela siempre que dicha medida responda al interés superior del niño, y que el familiar solicitante acredite ser el más idóneo para ejercer la tenencia. Por otra parte, la consecuencia lógica de dicha incorporación al CNA, es la posibilidad legal de modificar

del artículo 87° del mismo cuerpo normativo, disponiéndose de manera excepcional la posibilidad de que los abuelos, así como otros familiares del niño, puedan solicitar la tenencia provisional de este último en atención a su interés superior.

BIBLIOGRAFÍA

1. A. BERROCAL LANZAROT, “Cuestiones controvertidas e implicancias prácticas en torno a la guarda y custodia compartida”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°777, 2020.
2. A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Identidad Filiatoria y Responsabilidad Paternal*, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
3. A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Manual de derecho de los niños, niñas y adolescentes*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
4. A. AGUILAR SALDIVAR, “La Tenencia Compartida: Comentario a la Ley N°29269, que incorpora esta figura al Código de los Niños y Adolescentes”, *Derecho y Cambio Social*, N°16, 2009, p. 04. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5501906>> Consultado: 17 de junio de 2020.
5. B. AGUILAR LLANOS, *La Familia en el Código Civil Peruano*, Ediciones Legales, 2008, 1era. ed.
6. B. AGUILAR LLANOS, “La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida”, *Derecho & Sociedad*, N°32, 2009, p. 192. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425>> Consulta: 27 de mayo de 2020.
7. B. AGUILAR LLANOS, “Las Nuevas Tendencias del Derecho de Familia”, *Revista Foro Jurídico*, N°13, 2014. Disponible en <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:PE+content_type:4/la+tutela+y+la+curatela/WW/vid/741275421> Consulta 05 de mayo de 2021.
8. C. MARTINEZ GARCÍA, “La revisión del marco legislativo sobre protección de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid desde el concepto de protección integral con enfoque de derechos”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la ASAMBLEA DE Madrid*, N°38, 2018, p.17. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6567824>> Consulta: 05 de mayo de 2020.

9. C. CANALES TORRES, *Patria potestad y Tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014. 1era. ed.
10. C. PINTO ANDRADE, “La Custodia Compartida en la Práctica Judicial Española: Los Criterios y Factores para su Atribución”, *Misión Jurídica*, N°09, 2015.
11. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N°05 sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2003. Disponible en: <
<https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>>. Recuperado: 26 de abril de 2020.
12. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013. Disponible en: <
<https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>>. Recuperado: 19 de agosto de 2020.
13. D. VIÑAS MAESTRE, “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, N° 03, 2012, p. 09. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994894> > consultado: 05 de junio de 2020.
14. D. H. D’ ANTONIO, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, 1era. ed.
15. E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Tomo III, Lima, 2012, 1era. ed.
16. E. A. ZANNONI, “Derecho Civil. Derecho de Familia”, Editorial Astraea, Tomo I, Buenos Aires, 2012, 6ta. ed.
17. E. ARIANO DEHO, “Hacia una reinterpretación del artículo VI del Título preliminar del Código Civil: en la búsqueda de los parámetros del “interés para obrar”, *IUS ET VERITAS*, N°60, 2020, p.114. Disponible en <
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/22716>> Consultado: 23 de agosto de 2020.

18. F. CHUNGA LAMONJA, *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes*, Grijley, Lima, 2019, 1era. ed.
19. G. CABALLERO DEZA, L. “La Tenencia Compartida y su Viabilidad Práctica en la Realidad Peruana”, en DAVILA DELGADO (Coord.), *Revista de Actualidad Jurídica “LA TRIBUNA DEL ABOGADO”*, N°7, 2014, p. 175. Disponible en <<https://docplayer.es/77297005-Revista-de-actualidad-juridica.html>> consultado: 15 de junio de 2020.
20. Instituto Nacional de Estadística e Informática, “Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales ENARES 2019”. Disponible en: https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/presentacion_enares_2019.pdf. Recuperado el 15 de septiembre de 2020.
21. J. HILARIO FERRER, “La Tenencia de los Hijos en el Perú”, *Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, N°75, 2017, p. 85. Disponible en <<http://www.librejur.info/index.php/revistajuridica/article/download/28/39>> Consulta: 20 de mayo de 2020.
22. J. GUITRON FUENTEVILLA, “Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N°260, Vol. 63, 2013, p. 268-269. Disponible en <revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60705> Consulta: 25 de mayo de 2020.
23. J. MARTINEZ CALVO, “El «affidamento» y la «collocazione» en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española”, *Revista de Derecho de Familia*, N° 78, 2018, pp.3,4,7 y 8. Disponible <<https://pjenlinea3.poderjudicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/El%20affidamento.PDF>> Consultado: 5 de junio de 2020.
24. J.L. AVENDAÑO VALDEZ, “El Interés para Obrar”, *Revista de Derecho Themis*, N°58,2010, p.68. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/882>> Consulta: 12 de agosto de 2020.
25. L. CASTILLO REGALADO, “La Tenencia y el Régimen de Visitas de los Hijos en el Perú”, *Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, N°75, 2017, p. 46. Disponible

- en < <http://www.librejur.info/index.php/revistajuridica/article/download/11/11> > Consulta: 30 de mayo de 2020.
26. M.C. BARLETTA VILLARÁN, *Derecho a la Niñez y Adolescencia*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2018.
 27. M. LUIS MIZRAHI, *Responsabilidad Parental*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018, 1era. ed.
 28. M. FERNANDEZ REVOREDO, *Manual de Derecho de Familia*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2013.
 29. M. ESPINOZA MUNOZ, “La Tenencia Compartida en el Perú”, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N°75, 2019, p. 228.
 30. M. ACUÑA SAN MARTIN, “El Principio de Corresponsabilidad Parental”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N°02, 2013, p. 31. Disponible en <<https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/1947> > Consultado: 17 de junio de 2020.
 31. M. B. RONDON, “Salud Mental: Un problema de salud pública en el Perú”, *Rev Peru Med Exp Salud Publica*, N°23, 2006, p. 238 Disponible en: <https://www.ins.gob.pe/insvirtual/images/artrevista/pdf/salud%20mental.pdf>. Consulta: 17 de septiembre de 2020.
 32. M.I. SOKOLICH ALVA, “Protección y Bienestar de los Niños Privados de Cuidado Parental o en Peligro de Encontrarse en esa situación”, *Lumen*, N°13, 2017, pp.117-118. Disponible en: < <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/578> > Consultado: 29 de septiembre de 2020
 33. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Sistema de Información en Población y Desarrollo – SISPOD. Disponible en:< <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/134.pdf>>. Consultado: 21/07/2020.
 34. Plataforma Digital única del estado peruano, Mensaje a la Nación. Disponible en: < <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/mensajes-a-la-nacion>> consultado: 15/09/2020.
 35. Plataforma Digital Única del Estado Peruano, MIMP: Mas de 22 mil niñas, niños y adolescentes en situación de riesgo y desprotección familiar recibieron medidas de protección. Vulnerables. Disponible en:

- <<https://www.gob.pe/institucion/mimp/noticias/86971-mimp-mas-de-22-mil-ninas-ninos-y-adolescentes-en-situacion-de-riesgo-o-desproteccion-familiar-recibieron-medidas-de-proteccion>> Consultado: 05/07/2020.
36. Plataforma Digital Única del Estado Peruano, Cuidado del adulto mayor frente al coronavirus. Disponible en: < <https://www.gob.pe/8778-ministerio-de-salud-cuidados-del-adulto-mayor-frente-al-coronavirus>> Consultado: 20/09/2020.
37. R. VALDIVIA PAREDES, “El Deber de Cuidado Personal”, Universidad de Chile, 2007, Tesis para optar el grado de abogado Disponible en: < http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113414/de-valdivia_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Consultado: 20 de mayo de 2020. Nota 84.
38. U. C. BASSET, “La Responsabilidad Parental en el Código Civil Argentino Proyectoado”, *Prudentia Iuris*, N°74, 2012, p. 92. Disponible en < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4456361> > Consulta: 15 de mayo de 2020.
39. W. DUEÑAS TRIVIÑOS, “Otorgamiento de Tenencia de Niños y Adolescentes a Personas Distintas de los Padres”. Universidad Nacional de San Agustín, 2018, Tesis para obtener el grado de doctor. Disponible en:<<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/5936/DEMdutrwu.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consultado: 17 de junio de 2020.

JURISPRUDENCIA

1. Cas. N°4881-2009-Amazonas, El Peruano de 30 de enero de 2012.
2. Cas. N°1941-2016-Piura, El Peruano del 14 de junio del 2014.
3. Cas. N°5016-2018-SAN MARTIN, El Peruano del 13 de diciembre de 2018.
4. Exp. N°IXP 3813/15, del 15 de agosto de 2017, pp. 13-20. Disponible en: < www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/fallos-camararcivycom/pdf>. Consultado: 09 de septiembre de 2020.
5. Exp. N°1432-2009-Lima, Sentencia de 29 de enero de 2010.
6. Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima, 29 de noviembre del año 2014.
7. Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima Este, 17 de noviembre del año 2017.

8. Recurso N°26110/2018, *Corte Suprema di Cassazione-Sesione Prima Civile*, pubb. 08 de enero de 2020. Disponible en < <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/22953#gsc.tab=0>> Consulta: 23/09/2020.

LEGISLACIÓN

1. Congreso de la República del Perú, Decreto Ley N°26102, *Código de los Niños y Adolescentes*, Perú, entrado en vigencia el 28 de junio de 1993.
2. Congreso de la República del Perú, Decreto legislativo N°295, *Código Civil*, Perú, entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984.
3. Congreso de la Nación, Ley 26.994, *Código Civil y Comercial Argentino*, Argentina, entrado en vigencia el 01 de agosto de 2015.
4. Congreso de la República del Perú, Ley N°29876, *Ley que modifica el artículo 9 de la Ley N°26872, Ley de Conciliación, sobre la inexigibilidad de la conciliación extrajudicial*, Perú, entrado en vigencia el 16 de julio de 2018.
5. Congreso de la República, Ley N°30466, *Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño*, Perú, entrado en vigencia el 28 de mayo de 2016.
6. Congreso de la República del Perú, Ley N°30364, *Ley para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar*, Perú, entrado en vigencia 24 de noviembre de 2015.
7. Congreso Constituyente Democrático del Perú, *Constitución Política del Perú de 1993*, Perú, entrado en vigencia el 31 de diciembre de 1993, art. 4°.
8. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, *Reglamento de la Ley N°30466*, Perú, entrado en vigencia el 02 de junio de 2018.
9. Organización de la Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Celebrada en el 20 de noviembre de 1989, entrado en vigor el 2 de septiembre de 1990, ratificada por el Perú el 04 de septiembre de 1990.
10. Presidencia de Consejo de Ministros, Decreto Supremo N°156-2020-PCM, *Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la*

vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, Perú, entrado en vigencia el 15 de marzo de 2020.

11. Presidencia de la República, Decreto Legislativo N°1297, *Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos*, Perú, entrado en vigencia el 11 de febrero de 2018.
12. Ministerio de Justicia, Resolución Ministerial N°10-93-JUS, *TUO Código Procesal Civil*, Perú, entrado en vigencia el 22 de abril de 1993, art. IV del Título Preliminar.
13. Ministerio de Justicia, Decreto Supremo N°017-93-JUS, *Ley Orgánica del Poder Judicial*, entrado en vigencia el 21 de julio de 1993, art. 116°.
14. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Cebada en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008, Adherida por el Perú mediante Resolución Administrativa N°266-2010-CE-PJ, del 26 de julio de 2010.

ANEXO 1

PROPUESTA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY QUE PERMITE SOLICITAR LA TENENCIA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTES A LOS ABUELOS Y FAMILIARES DISTINTOS A LOS PADRES

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Informe Técnico de Niñez y Adolescencia publicado por el INEI, revela que durante los meses de abril, mayo y junio de 2020, el porcentaje de familias compuestas por niños que identifican como jefe del hogar a sus abuelos, bajo la relación familiar nieto/nieta – abuelos, representa el 13,8%. Siendo importante resaltar que probablemente la cifra al final del periodo anual se incremente, considerando que desde el año 2015 hasta el año 2019, la estadística refleja que los hogares en la situación descrita supera el 19,2%¹⁵⁶. En ese sentido, podemos afirmar que es una realidad nacional que los abuelos ejerzan el cuidado de sus nietos.

Por otra parte, la jurisprudencia nacional ha establecido criterios que permiten el otorgamiento de la tenencia de los niños a los abuelos mediante un proceso ordinario o único de familia. Del mismo modo en los Plenos Jurisdicciones Distritales de Familia de Lima del año 2014, y el de Lima Este del año 2017, se ha determinado jurisprudencia no vinculante respecto a la posibilidad de que familiares como los abuelos del niño inicien una demanda de tenencia sin que sea observada por la falta de interés y legitimidad para obrar.

Por ello, es que siendo la tenencia un derecho subjetivo familiar de los padres e hijos, es posible otorgarla a los abuelos si es que los padres no garantizan el desarrollo integral del niño mediante el cuidado que ejercen sobre sus hijos. Todo ello en atención a que la tenencia como derecho del niño, permite que sea separado de sus padres, solo si esta medida responde a su interés superior. Ello también es posible dentro de un proceso extraordinario de familia o de violencia

¹Cfr. Instituto Nacional de Estadística e Informática, “Encuesta Nacional sobre Relaciones...”, cit., Disponible en: https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/presentacion_enares_2019.pdf. Recuperado el 15 de septiembre de 2020.

familiar, donde el magistrado puede dictar como medida cautelar el otorgamiento la tenencia provisional a los abuelos, solo si el niño tiene la calidad de víctima directa o indirecta.

Considerando lo expuesto y ante la ausencia dentro de la legislación nacional de alguna norma que permita a familiares, como los abuelos, solicitar la tenencia de sus nietos, es necesaria y posible legalmente la emisión de una ley que incorpore en el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes¹⁵⁷, la disposición que preceptúe que excepcionalmente los abuelos, así como otros familiares distintos a los padres, puedan solicitar judicialmente la tenencia del niño, en cuyo caso el juez podrá otorgársela siempre que dicha medida responda al interés superior del niño, y que el familiar solicitante acredite ser el más idóneo para ejercer la tenencia.

En efecto, esta medida será excepcional, porque la naturaleza jurídica de la tenencia es aquella situación de hecho basada en el cuidado del niño y efectuado por ambos padres. Por lo tanto, considerando que es un derecho del niño permanecer con sus padres, excepcionalmente y solo cuando se afecte su interés superior, el niño podrá ser separado de sus padres.

Debemos aclarar que, la propuesta de incorporación al artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, alude la posibilidad de solicitar la tenencia tanto a los abuelos del niño, como a otros familiares distintos a los padres, ello en atención a la posible afectación del interés superior del niño que se produciría si mantuviéramos el mismo criterio cerrado que tiene la legislación vigente, al permitir únicamente el ejercicio de la tenencia a los padres y abuelos. Por ello es que la propuesta de incorporación al artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes está referido también a otros familiares distintos a los padres, además de los abuelos.

Por otra parte, en el supuesto en que ninguno de los padres pueda ejercer adecuadamente la tenencia de su hijo, y los familiares distintos a los padres, como los abuelos, demanden la tenencia de este último, el juez de familia deberá otorgar el cuidado del niño al familiar más idóneo y que garantice su normal desenvolvimiento y desarrollo integral. En efecto, para la determinación del familiar idóneo, el magistrado deberá considerar el interés superior del niño,

²⁴Artículo 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”, en Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 81°.

y aplicar el artículo 85° del Código de los Niños y Adolescentes que dispone que el juez “debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”¹⁵⁸.

En ese sentido, consideramos que establecer legalmente un orden de prelación que disponga alguna preferencia para determinar el familiar, distinto a los padres, al que se le otorgará la tenencia del niño, sería inadecuado. El motivo por el cual nos permitimos afirmar ello, es que estimamos que dicho familiar distinto a los padres debe acreditar ser el más idóneo y efectivamente, esta idoneidad se valorará en atención al interés superior del niño, el cual se determinará en cada caso en concreto, por lo tanto, establecer parámetros estandarizados para su designación, no sería adecuado. Contrariamente a ello, si en la legislación se dispondría un orden de prelación que preceptúe, por ejemplo, que preferentemente se debe otorgar la tenencia de los niños a los abuelos ante la ausencia o imposibilidad de los padres, dicho criterio de preferencia perdería sentido si los abuelos no tienen condiciones morales y económicas para ejercer la tenencia de sus nietos, en esta situación el juez otorgará el cuidado del niño a otro familiar. Por ello, es que la idoneidad del familiar distinto a los padres, se determinará según la particularidad de cada caso en específico. Sin embargo, no debemos desconocer que la jurisprudencia nacional ha demostrado que en la mayoría de situaciones, son los abuelos quienes solicitan ejercer la tenencia de sus nietos acreditando ser los más idóneos para esta labor. Consecuentemente, es necesario que dentro de la legislación nacional exista alguna disposición normativa que permita a familiares, como los abuelos, solicitar la tenencia de sus nietos. Por su parte, será el juez de familia quien evalúe en el caso en concreto, si es adecuado otorgar la tenencia del niño a familiares distintos a los padres.

En el mismo orden de ideas, la consecuencia lógica de dicha incorporación al artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, es la posibilidad legal de la modificación del artículo 87° del mismo cuerpo normativo¹⁵⁹, disponiendo que excepcionalmente los abuelos, así como otros familiares diferentes a los padres, puedan solicitar la tenencia provisional del niño en atención a su interés superior.

³Congreso de la República del Perú, Ley 27337, *Código de los Niños y Adolescentes...*, cit., art. 85°.

⁴Artículo 87°. - Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en los plazos de veinticuatro horas. En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal. Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso”, en *Ibidem*, art. 87°.

Finalmente, considerando lo expuesto precedentemente, se hace necesaria la emisión de una ley que permita a los abuelos, así como otros familiares distintos a los padres, a que puedan solicitar judicialmente la tenencia del niño, al igual que la tenencia provisional, justamente por no estar contemplada expresamente dentro de nuestra legislación nacional.

2. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El presente proyecto no modifica la política de protección de los derechos del niño, niña y adolescente que mantiene el Estado peruano, por el contrario, constituye un beneficio para el Estado legislar de acuerdo a las realidades sociales y jurídicas existentes, adecuando las normas de inferior jerarquía a la Constitución.

3. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa no contraviene ninguna disposición normativa vigente, en la medida que plantea la posibilidad de que los abuelos y parientes del niño, niña y adolescente soliciten su tenencia vía judicial, salvaguardando su interés superior y atendiendo a la realidad social del país. Asimismo, busca establecer la legitimidad e interés para obrar que tendrían los abuelos y parientes mencionados no solo para solicitar la tenencia permanente del niño, niña y adolescente sino también su tenencia provisional, por lo que esta propuesta no tiene vicios de inconstitucionalidad, sino por el contrario, guarda completa armonía con los estándares de la Convención sobre Derechos del Niño.

4. CONSIDERANDO

Que, el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú establece que “Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar [...]”.

Que, el artículo 4° del mismo cuerpo de leyes dispone que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono [...]”.

Que, el segundo párrafo del artículo 6° de la Carta Magna establece que “[...]Es deber y derechos de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. [...]”.

Que, el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes regula la figura de la tenencia como atributo de la patria potestad ejercida por los padres en concordancia con el artículo 481° del Código Civil que define a esta última como el derecho y deber de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores conforme las facultades descritas en los artículos 423° del mismo cuerpo de leyes y 74° del Código de los Niños y Adolescentes.

Que, el Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dispone 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, 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”.

Que, el otorgamiento de la tenencia a un familiar que no tenga calidad de progenitor como los abuelos es posible en atención al interés superior del niño, así lo han demostrado diversas decisiones judiciales a nivel nacional.

Que, mediante el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima del año 2014 y el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima Este del año 2017 se ha establecido la importancia y relevancia de la posibilidad de otorgar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes a los parientes del niño, específicamente a los abuelos, a pesar de reconocer que la tenencia es una atribución exclusiva de la patria potestad. Asimismo, se ha reconocido que parientes como los abuelos tienen interés y legitimidad para obrar para interponer una demanda de tenencia.

Que, estando a las consideraciones expuestas se presenta el siguiente Proyecto de Ley:

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 1°.- Del Objeto de la Ley.

La presente ley establece la posibilidad de que los abuelos y otros familiares de los niños, niñas y adolescentes diferentes a sus padres, puedan solicitar la tenencia que se encuentra regulada en el Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 2°.- De la incorporación del artículo 81°-A del Código de los Niños y Adolescentes.

Incorpórese el artículo 81-A al Código de las Niños y Adolescentes, en los siguientes términos:

“Artículo 81-A Tenencia de los abuelos.

Excepcionalmente los abuelos y otros familiares, podrán solicitar judicialmente la tenencia del niño, niña y adolescente atendiendo a su interés superior, debiendo interponer la respectiva acción ante el juez especializado de familia.

El juez especializado de familia deberá otorgar la tenencia del niño, niña y adolescente al familiar que demuestre ser el más idóneo para ejercerla.

Artículo 3°. - De la modificación del artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes.

“Se podrá solicitar la tenencia provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en el plazo de veinticuatro horas.

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

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

Excepcionalmente, los abuelos y otros familiares pueden solicitar la tenencia provisional del niño, niña o adolescente atendiendo su interés superior, conforme a la legitimidad e interés para obrar establecido en el artículo 81-A.

No procede la solicitud de tenencia provisional como medida cautelar fuera de proceso”.

ANEXO 2

PLAN TESIS APROBADO

1. INFORMACIÓN GENERAL

FACULTAD DE DERECHO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN : DERECHO DE PÚBLICO

NOMBRE DEL GRADUANDO : BRIGITTE ARENAS LLANOS

CIUDAD Y FECHA : AREQUIPA, 03 DE MARZO DE 2020

1. TÍTULO DE TESIS.

EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A LOS ABUELOS.

2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN Y SU DELIMITACIÓN.

La tenencia se refleja especialmente dentro de la normatividad peruana en el artículo 74° inciso e) del Código de los Niños y Adolescentes, de donde se puede inferir que es un atributo de la patria potestad, este artículo refiere a la tenencia como el derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía, asimismo puede ser entendida también como el ejercicio de hecho de la patria potestad sobre los hijos.

A su vez la patria potestad, en teoría, es un derecho-deber que relaciona (de forma natural) a los padres biológicos con los menores hijos, sin embargo debe considerarse que también puede presentarse en los casos de adopción, ello en conformidad de lo expresado por el profesor Alex Plácido al señalar que “(...) no es admisible referir el ejercicio de la patria potestad al origen de la filiación, por cuanto se contraviene la disposición constitucional de no discriminación de los hijos

por razón del nacimiento (...)”¹⁶⁰, asimismo la patria potestad permite a ambos padres desarrollar sus relaciones familiares con los efectos jurídicos descritos desde el artículo 418° y siguientes del Código Civil.

Consideramos pertinente la aclaración en la medida de que existen juristas que resaltan un sentido tales como lo expresado por la profesora Canales Torres que refiere que “Puede haber filiación sin patria potestad, pero no puede haber patria potestad sin filiación”¹⁶¹.

Asimismo, la patria potestad permite a ambos padres desarrollar sus relaciones familiares con los efectos jurídicos descritos desde el artículo 418° y siguientes del Código Civil.

En el mismo sentido Aguilar Llanos citado por Juan Carlos del Águila Llanos nos dice que la patria potestad “es una institución de derecho de familia, que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padre e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos (...)”¹⁶².

Respecto a su naturaleza jurídica, el mismo autor refiere que “La patria potestad es una autoridad benéfica, y lo es porque los padres tienen potestad, no en el concepto del derecho público, que solo se refiere a atribuciones, facultades, derechos para el ejercicio de la función pública, sino en el derecho familiar, que es una atribución, facultad, pero con su correlato en el deber, de obligación, y es benéfica por cuanto su ejercicio y contenido están en orden a atender a incapaces naturales, entonces estos poderes, no son exclusivamente derechos a favor de los padres, sino que constituyen facultades, pero en función a atender las necesidades de los hijos”¹⁶³.

¹A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Manual de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, 2da. ed., p. 139 citado por W. VEGA UGARTE, “La Protección a los Derechos y Deberes Inherentes a la Patria Potestad y el Delito de Sustracción de Menor de Edad. Judicatura Arequipa 2015-2016”. Recuperado el 13 de marzo de 2020 en: http://repositorio.ucsp.edu.pe/bitstream/UCSP/15268/1/VEGA_UGARTE_WIF_PRO.pdf.

²C. CANALES TORRES, *Patria potestad y Tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014. 1era. ed, p. 8

³Aguilar Llanos, B. (2016) Tratado de derecho de familia. Lex&Iuris. Lima. p. 395-396, citado por J. DEL ÁGUILA LLANOS, *Patria potestad, tenencia y régimen de visitas*, Ubi Lex, Lima, 2019, 1era. ed., p. 32., nota 11.

⁴B. AGUILAR LLANOS, *La Familia en el Código Civil Peruano*, Ediciones Legales, 2008, 1era. ed., p. 318

En el mismo orden de ideas Enrique Varsi sostiene que las características de la patria potestad se reflejan en que es “un derecho subjetivo, se regula por orden público, es una relación jurídica plural de familia, se ejerce en relaciones de familia directa o inmediatas de parentesco, es una relación de autoridad de los padres, su fin es tuitivo, es intransmisible, imprescriptible, temporal, incompatible con la tutela, relativa e indisponible”¹⁶⁴, respecto a los referido queremos resaltar la característica de ser una relación jurídica plural de familia puesto que el mencionado profesor expresa al respecto que “no es un derecho exclusivo de los padres, a pesar de que sean estos quienes deban asistencia, protección y representación de sus hijos menores”¹⁶⁵.

Ahora bien, la relación entre la patria potestad y la tenencia es evidente, siendo que ésta se encuentra contenida en aquella, y en palabras de profesor Alex Plácido “Las facultades que integran la patria potestad se conceden, ahora, en función a los deberes que emanan de la misma, siendo así la patria potestad una función tuitiva sobre el menor que se confía a los padres de acuerdo al derecho natural de los mismos de educarlos y tenerlos en su compañía”¹⁶⁶.

La tenencia, retomando el punto inicial, conlleva a que los padres o uno solo de ellos, viva, resida y comparta el desarrollo de su existencia con el niño, niña y/o adolescente¹⁶⁷ bajo su cuidado. Este ejercicio de hecho de la patria potestad es determinante para el desarrollo del hijo o hijos de la familia, en tanto la mayoría de características y rasgos de personalidad que el infante desarrollará como suyos, cuando llegue su juventud derivarán del comportamiento y conducta que observó en sus progenitores o progenitor.

Lo mencionado evidencia que dentro de los derechos que la patria potestad confiere a los padres, el más importante sin duda es el de la tenencia, en tanto es en la convivencia familiar que se genera el ambiente que el menor referenciará como justificación de varios de sus actos en su juventud y adultez.

⁵E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Tomo III, Lima, 2012, 1era. ed., p.295

⁶Ibidem, p. 295

⁷A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Identidad Filiatoria y Responsabilidad Paternal*, Instituto Pacífico, Lima, 2018, 1era. ed., p.515

⁸En adelante niño.

Definida y descrita la importancia de la tenencia y considerando su reserva para los padres, conviene preguntarnos: ¿Qué sucede cuando ellos o uno de ellos no puede ejercerla? ¿El niño únicamente puede vivir con sus padres?

Comenzaremos respondiendo la primera pregunta. Los padres o uno de ellos, lamentablemente pueden fallecer, en ese supuesto será físicamente imposible que el niño, continúe bajo la tenencia de ellos o uno de ellos, de igual forma y en conformidad con los supuestos establecidos en los artículos 75° y 77° del Código de los Niños y Adolescentes, la tenencia de los padres en vida, puede ser suspendida o extinguida.

Así queda sentado que cuando uno de ellos se ve impedido del ejercicio de la patria potestad, todo el poder de éste recae sobre el otro y en la más grave situación, cuando ambos no pueden ejercerla, conforme el artículo 80° del Código de los Niños y Adolescentes, se concluye que un Juez Especializado, puede colocar al niño en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuera necesario, todo ello con conocimiento del Ministerio Público, y en esa misma línea de desarrollo lejos del cuidado de los padres puede leerse del artículo 465° del Código Civil y el artículo 340° del mismo cuerpo normativo.

Utilizando como premisa la respuesta de la primera interrogante, podemos deducir la solución de la segunda: ¿El niño únicamente puede vivir con sus padres? Por supuesto que no, y extendiendo más la solución, son las reglas de la Tutela (artículos 502° y siguientes del Código Civil) las que determinan los parientes más idóneos para cubrir el espacio físico dejado por los padres y es en ese sentido que el artículo 506° de este cuerpo de leyes, literalmente señala: *A falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo **los abuelos** y demás ascendientes, prefiriéndose: 1.- El más próximo al más remoto. 2.- El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia.*

Y es que el ordenamiento jurídico peruano ha determinado que ante la ausencia de los padres, son los abuelos, las personas *a priori*, más idóneas para cubrir ese espacio, y el asunto tiene que ver con

la madurez y experiencia que en teoría estos poseen respecto a las experiencias de la vida, la comprensión, afecto y cuidado que practicaron con sus hijos (los padres de los niños) que en primera instancia son suficientes para garantizar que el niño que carece de la representación legal de sus progenitores, encuentran en sus abuelos, el soporte necesario para desarrollar, dentro de lo posible, su existencia.

Ahora bien, como se ha señalado, el proceso de tutela será el ordinario que permita que un Juez declare que el representante legal del menor sea una persona distinta a sus padres (porque estos han muerto o ha quedado suspendida o extinguida la patria potestad).

Debemos entender que la tutela como lo expresa el profesor Benjamín Aguilar es la “institución de amparo del incapaz que entra en defecto de la patria potestad o cuando esta resulta inconveniente para los intereses de los menores. Esta institución confiere al tutor facultades semejantes a la patria potestad; se justifica en tanto el menor necesita cuidados, protección y asistencia, y los llamados a brindárselo no se encuentran, sea porque han fallecido, porque han sido suspendidos del ejercicio de la patria potestad o, lo que es peor, han perdido la patria potestad”¹⁶⁸.

Pero, ¿qué hacer cuando la patria potestad se encuentra vigente y sin embargo el niño, en los hechos, no vive con sus progenitores sino con sus abuelos, o estos han decidido vivir con el niño (porque es evidente que la compañía de sus progenitores o alguno de ellos perjudica el desarrollo del infante) o lamentablemente muerto uno de sus padres, de hecho, el niño se encuentra con sus abuelos?

¿Qué hacer cuando no puede esperarse el año o dos años para que el Juez, recién sentenciada la extinción de la patria potestad pueda legalmente avocarse al proceso de tutela a favor de los abuelos?

¿Qué hacer cuando por el interés superior del niño, urge entregar formalmente (judicialmente) al niño a los abuelos a pesar de que no se encuentra extinguida la patria potestad?

⁹B. AGUILAR LLANOS, “Las nuevas tendencias del Derecho de Familia”, Foro Jurídico, N° 13, 2014, p. 234

Nuestro ordenamiento jurídico (sustantivo y adjetivo) no ofrece una respuesta concreta a estos supuestos, sin embargo, Jurisprudencia como la Casación N° 4881-2019- AMAZONAS han permitido que, justificados en el interés superior del niño, los Jueces Supremos dispongan que el mejor escenario de vida para un niño es crecer con sus abuelos y así le han entregado la tenencia del niño a pesar que su padre biológico exigía la tenencia del mismo.

Y es en ese sentido que el tema de la presente investigación está referida a analizar la idoneidad de los abuelos como inmediatos beneficiados con la posibilidad de tener a sus nietos bajo su cuidado. Por otra parte, se analizará también la aparente necesidad de regular esta figura en nuestro ordenamiento nacional.

Es claro, conforme además la norma lo prevé, que los abuelos no son los únicos posibles beneficiados con el cuidado y representación legal del niño, existiendo la alternativa que sean otros ascendientes que tomen ese encargo (como los hermanos mayores, tíos, etc.), sin embargo la presente investigación, únicamente abordará la alternativa referida a los adultos mayores, así como su efecto comprenderá a todo el ordenamiento nacional sobre el tema, es decir por ejemplo, probablemente se proponga modificar el Código de los Niños y Adolescentes, el cual se encuentra vigente a nivel nacional.

3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Como se ha explicado en el punto anterior, la figura de la tenencia se encuentra reservada para los padres, cierta parte de la doctrina lo resalta, como es el caso del profesor Benjamín Aguilar, que expresa que “la tenencia no puede extenderse a terceros, aun cuando se trate de familiares del menor, pero si fuere el caso de darse la situación en que los infantes no vivan con sus padres y se encuentren en poder de un tercero, pues bien, este tercero cuidará al menor provisionalmente(...)”¹⁶⁹.

Pero otra parte de la doctrina no esta de acuerdo con ello, es el caso del profesor Fermín Chunga que refiere que “la tenencia es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su

¹⁰B. AGUILAR LLANOS, “La tenencia como atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida”, *Derecho y Sociedad*, N° 32, 2009, p.192

compañía. Sin embargo, por extensión señala el Código, la tenencia también puede otorgarse a quien tenga legítimo interés”¹⁷⁰

En la misma línea, la Jurisprudencia nacional permite que excepcionalmente los abuelos “tengan” (aunque creemos que el término es poco afortunado y mejor describiría esta figura “la guarda” como refieren las legislaciones argentina y española) a los menores en su poder, priorizando el interés superior del niño, a lo que corresponde preguntarse: La “tenencia” de los abuelos: ¿Se encuentra regulada en el Ordenamiento nacional? La respuesta es No.

En este punto, consideramos relevante definir el principio de interés superior del niño a partir de las dos aproximaciones a las que hace referencia Diego Freedman que detalla que “en primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al “núcleo duro” frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual, implica un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales. En segundo lugar, su función es resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al “núcleo duro” de derechos (...)”¹⁷¹.

En ese mismo orden de ideas referimos que el mencionado interés superior del niño, como indica el profesor Luis Torreblanca “marca un rol tuitivo del juez de familia. Ahora bien, este interés no solo debe considerarse como principio abstracto o estándar que define la actuación estatal, sino que debe concretizarse, analizando la situación y circunstancias del caso en concreto, para que así se logre la satisfacción plena de todos los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescente”¹⁷².

¹¹F. CHUNGA LAMONJA, *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes*, Grijley, Lima, 2019, 1era. ed., p.292

¹²Diego Freedman. Funciones normativas del interés superior del niño. En: *Jura Gentium, Revista de Filosofía de Derecho Internacional y de la Política Global*. Acceso el 09 de noviembre de 2017, citado por K. RIVERA, “La afectación del Principio del Interés Superior del Niño a partir de la presunción pater is est”, *Derecho & Sociedad*, N° 50, 2018, p. 237.

¹³L. TORREBLANCA GONZALES, “El interés superior del niño”, en S. Morales Silva y F. Montoya Calcina (Coords.). *Los Procesos Judiciales en el Derecho de Familia*. Instituto Pacífico, Lima, 2018, 1era. ed., p. 293

En efecto, la aplicación del citado principio exige analizar detalladamente cada caso en concreto, no pudiendo exigirse una aplicación estandarizada, tal como lo indica la jurista Mirta Ilundain que establece que “cuando se hace alusión al interés superior del niño, no se duda del mensaje que el legislador quiso transmitir, sino del contenido que cada uno de los llamados a interpretar estos mensajes, es decir los jueces. En general, ellos se encuentran a la hora de decidir sobre el interés superior del niño, frente a los que se denomina casos difíciles. En términos generales, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten por lo menos a primera vista, más de una solución.

Cabe resaltar que, al referirnos a la no aplicación estandarizada del principio de interés superior del niño, nos referimos a su aplicación para casos distintos, sin embargo, es neurálgico resaltar que para casos evidentemente similares será menester optar por un criterio estándar de aplicación de este principio, evitando así la inseguridad jurídica o la interpretación a conveniencia.

Para el caso que nos ocupa, en la determinación e la tenencia del niño, consideramos importante lo establecido por la profesora Marisol Fernández que expresa que “frente a una situación de determinar la tenencia de los hijos, se debe buscar el balance de “lo mejor”, considerando no solo lo más beneficioso para una de las partes, sino para todos los involucrados en el caso”¹⁷³, este comentario lo hace en referencia a que en la decisión respecto a la tenencia “debe reconocerse la existencia de más de un interés dotado de valor (...), entonces podrán dictarse sentencias que velen por la armonía de todos los miembros de la familia, lo cual será beneficioso para los niños y niñas”¹⁷⁴, consideramos que la citada profesora al mencionar al interés superior del niño refiere que es necesario realizar un análisis respecto a todo el entorno familiar para determinar qué es lo mejor para el niño y de esa manera garantizar su bienestar.

En términos generales, los abuelos pueden obtener, “al fin y al cabo” la tenencia de sus nietos mediante un proceso de tutela. En efecto, como indica Dueñas Triviños “Nuestro Código Civil,

¹⁴M. FERNÁNDEZ REVOREDO, *Manual de Derecho de Familia*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2013, 1era. ed., p.237

¹⁵Ibídem, p. 237

regula algunas instituciones que implícitamente conllevan la tenencia del menor por personas distintas a los padres, tal son el caso de la tutela legítima, donde los abuelos paternos y maternos ejercen el cuidado del niño y de sus bienes, o la tutela dativa (...)»¹⁷⁵.

En el mismo sentido Juan Carlos Del Águila Llanos, bajo una interpretación legalista de la norma expresa que “en un conflicto entre padre y abuela sobre la tenencia, la prioridad para quedarse con la tenencia de los hijos será el padre (...), un caso diferente sería si al padre se le haya suspendido de su patria potestad, pues en ese caso podría solicitar (la abuela) que se declare como tutora de su nieto y se le permita vivir junto con él”¹⁷⁶, como es de notar el autor refiere que la única manera de que la abuela obtenga la tenencia del menor es mediante la figura de la tutela.

En el mismo orden de ideas, es menester resaltar que la figura de la tutela se encuentra contemplado en los artículos 502° y siguientes del Código Civil, y que una vez que los abuelos sean reconocidos judicialmente con la representación legal (civil) del menor mediante este proceso, el tenerlos, es una situación derivada de tal reconocimiento.

También es neurálgico en este punto reconocer que existen particularidades propias de la tutela, en ese sentido el profesor Benjamín Aguilar refiere que estas especificidades se reflejan en que la tutela es “un cargo que otorga representatividad, es obligatorio pues responde a un deber social, sin embargo se pueden excusar del cargo en algunas situaciones, existe un interés colectivo en esta institución, asimismo es cargo es personalísimo y hay un desempeño unipersonal, sin embargo en la tutela testamentario existe la posibilidad de que la ejerzan más de una persona y finalmente el cargo del tutor es remunerado cuando el menor cuente con patrimonio”¹⁷⁷

¹⁶W. DUEÑAS TRIVIÑOS, “Otorgamiento de Tenencia de Niños y Adolescentes a Personas Distintas de los Padres”. Recuperado el 02 de marzo de 2020 en <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/5936/DEMdutrwu.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁷J. DEL ÁGUILA LLANOS, “Los Abuelos VS. los Padres: ¿Quiénes ganan en el ring de la tenencia sobre un menor? Comentarios a la Casación N° 1769-2015-La Libertad”, en E. VARSÍ ROSPIGLIOSO (Coord.), *Alimentos y Tutela del Menor en la Jurisprudencia Peruana*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, 1era. ed., p.164

¹⁸AGUILAR LLANOS, Benjamín. Derecho de Familia. Primera Edición, Editorial Lex & Iuris, Lima, 2015, pp.616-620 citado por E. ZUTA VIDAL, “Tutela y Consejo de Familia”, en Y. MEZA TORRES (Coord.), *Código de los Niños y Adolescentes comentado por los mejores especialistas*, Jurista Editores, Lima, 2019, 1era. ed., pp.527-528, nota 3.

Pero entiéndase que más allá que el Proceso Especial de Tutela de Menores deba tramitarse con las reglas, plazos y actos procesales de un Proceso No Contencioso, Único o Sumarísimo, en la práctica judicial y debido a la “carga procesal”, el tiempo estimado para la culminación de procesos de esta naturaleza, puede establecerse en uno no menor de un año calendario, más aún si consideramos que en el mismo, la actividad Jurisdiccional no es exclusivamente legal, en tanto psicólogos y asistentes sociales participarán activamente en su desarrollo, lo que inevitablemente retrasará su solución.

Consiguientemente puede observarse que la legislación respecto al otorgamiento de la tenencia del niño a los abuelos con prescindencia de un proceso de tutela, no cuenta con una regulación específica, y que a la actualidad la fuente de derecho para estos casos, es la Jurisprudencia basada en el interés superior del niño, lo que demuestra la existencia de un vacío normativo que pretende ser suplido con el presente trabajo.

La no regulación de la situación planteada, es decir “la tenencia de los niños a favor de los abuelos”, excelsa la subjetividad en las decisiones de los Magistrados, lo cual es riesgoso, lo que a su vez no significa que los fallos judiciales encontrados sobre el tema, como la Sentencia expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 1432-2009 o la recaída en el Expediente N° 02892-2010-PHC/TC dictada por el Tribunal Constitucional se encuentren mal motivadas, por el contrario, consideramos que los Magistrados correctamente solucionaron el conflicto, con fundamentos como los siguientes: “ Que de la revisión de actuados judiciales se advierte que el menor involucrado en el presente proceso convivió con su progenitora hasta que esta falleciera, y desde entonces dicho menor permanece bajo la custodia de sus abuelos maternos, por otra parte que entre las pruebas de oficio ordenadas por la A quo se encuentran los informes sociales de donde se advierte que respecto al domicilio del abuelo materno este conforma un hogar constituido y el niño se encuentra identificado con sus abuelos maternos, vive en armonía, afecto, amor, cariño, siente el calor familiar de todos lo que lo rodean en la casa de los abuelos maternos, a diferencia del domicilio del progenitor que conforma un hogar disfuncional”¹⁷⁸.

¹⁹Exp. N°1432-2009-0-0402-JR-CI-02, Sentencia del 29 de enero de 2010, considerando tercero, cuarto y quinto.

O argumentos como los siguientes: “En el presente caso, tal como consta de autos, se advierte que el menor fue sustraído a través de un operativo policial irregular, en el que, bajo el pretexto de un supuesto secuestro, cuando el menor se encontraba bajo la custodia de su abuelo materno, fue sustraído de modo traumático. Asimismo, se continuó con la retención del niño y se imposibilitó que mantenga contacto con su madre, lo que vulnera el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”¹⁷⁹.

Sin embargo, decíamos al iniciar el párrafo anterior, que la subjetividad del magistrado al decidir temas como el planteado puede ser riesgosa, en tanto, hemos transcrito motivaciones que consideramos correctas, pero peca de evidente que los casos relacionados con la tenencia y custodia de los niños (si es que acaso esta última figura puede también deducirse Jurisprudencialmente en el Perú) no se reducen a las “buenas decisiones”.

Por otro lado, se evidencia que la ley, como fuente del derecho, ha sido superada por la Jurisprudencia, que atendiendo el interés superior del niño ha flexibilizado el criterio formalista sustentado en que conforme al Código y sin suspensión o extinción de patria potestad vigente, el niño no puede vivir con otras personas que no sean sus padres y así ha permitido ubicar a los menores con la persona o personas más idóneas para su desarrollo como lo serían (ante la falta de padres o de derecho vigente de los padres) sus abuelos.

Pero en un país además pluricultural, lamentablemente con altos índices de corrupción, con una Oficina de Control de la Magistratura en reforma por la Junta Nacional de Justicia y con altos índices de violencia familiar según cifras del Portal Estadístico del Programa Nacional contra la violencia Familiar y sexual, como se aprecia en siguiente cuadro, que hacen presumir el quebrantamiento del hogar nuclear y exigen orientar el análisis nacional sobre la posibilidad de regular que terceras personas, como los abuelos, puedan hacerse cargo de los nietos sin necesidad de una Sentencia de Tutela de por medio, sobre esos supuestos, es nuestra opinión que la regulación de esta posibilidad sería idónea para nuestro ordenamiento legal nacional.

²⁰STC Exp. N°02892-2010-PHC-TC, del 06 de diciembre de 2010, F.J. 10 y 11

Población atendida 2015 – 2019^{a/}

N°	Año	Casos de Personas Atendidas por Violencia Contra las mujeres e Integrantes del Grupo familiar						Personas Informadas y Sensibilizadas	Feminicidios
		Total	Sexo		Grupos de Edad				
			Mujeres	Hombres	Niños, niñas y adolescentes	Adultos	Adultos Mayores		
1	2015	58 429	49 933	8 496	19 646	36 087	2 696	1 579 667	95
2	2016	70 510	60 589	9 921	23 499	43 080	3 931	1 565 064	124
3	2017	95 317	81 009	14 308	30 681	59 042	5 594	1 775 440	121
4	2018	133 697	113 727	19 970	41 809	83 780	8 108	2 084 931	149
5	2019	181 885	155 092	26 793	55 565	115 246	11 074	2 506 926	166

Fuente: UGIGC-AURORA-MIMP

a/ Casos de Personas Atendidas por hechos de violencia contra las mujeres, los integrantes del grupo familiar y personas afectadas por violencia sexual

Así, en este aspecto, el Derecho de Familia vigente debe ser analizado, cuestionado y si se concluye: modificado, para brindar herramientas procesales idóneas que permitan a los magistrados aplicar una metodología más objetiva en la resolución de estas causas judiciales, siendo totalmente posible realizar la investigación desde la ciudad de Arequipa y que esta produzca un efecto nacional, en tanto normas como el Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes se utilizan para resolver la materia a nivel nacional.

Por último hemos limitado la legitimidad para obrar a los abuelos, porque de acuerdo a lo descrito, son estos los primeros e inmediatamente responsables de un menor, cuando lamentablemente estos se ven privados de los cuidados paternos o los padres suspendidos o extinguidos en su patria potestad y creemos que analizada la situación particular de estos sujetos de derechos especiales (los abuelos) las conclusiones pueden derivar para regular posibilidades de tenencia en los otros ascendientes que también pueden cuidar de los menores.

De lo expuesto se puede formular la siguiente pregunta: **¿SE PUEDE OTORGAR LA TENENCIA DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE DE MANERA INMEDIATA A LOS ABUELOS A PESAR DE QUE ESTA FIGURA DEL DERECHO DE FAMILIA ES EXCLUSIVA DE LOS PADRES?**

4. JUSTIFICACIÓN

TEÓRICA

La presente investigación es importante a nivel teórico en tanto analiza normas de alcance nacional con la posibilidad de modificarlas y así establecer una legislación específica sobre la posibilidad de entregar a al niño a los abuelos, sustentado en su interés superior.

La ley en nuestro sistema jurídico (civil law) se constituye como la primera fuente formal del Derecho, sobrepasando en importancia a la Jurisprudencia (en teoría) lo que significa que es imperativo regular las situaciones de trascendencia social que se encuentran produciendo efectos jurídicos, como es el caso desarrollado en párrafos anteriores, por lo que analizar circunstancias como la presente constituye un aporte teórico, legal y académico para el Derecho.

PRÁCTICA

Conforme hemos referenciado algunas resoluciones judiciales (Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 1432-2009 o la recaída en el Expediente N.° 02892-2010-PHC/TC dictada por el Tribunal Constitucional) a nivel práctico, la solución del tema de investigación se encuentra vigente y es en base a la subjetividad (por supuesto no arbitraria) de los Magistrados que vienen resolviéndose casos de esta naturaleza.

Lo que significa que, al existir un vacío normativo, se está exponiendo el desarrollo del niño, privado del cuidado de sus padres por causas físicas (muerte) o legales (Artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes) a una incertidumbre respecto de su cuidado, en cuanto a la posibilidad o la pregunta si es que: ¿Son los abuelos idóneos para ejercer de manera inmediata la tenencia de sus nietos? Consiguientemente, esta investigación tiene como una de sus finalidades jurídicas coadyuvar a la solución práctica de estos problemas judiciales.

Tanto en los dos niveles justificativos (teórico y práctico) la presente investigación también es relevante en la medida que buscará criterios fundamentales estandarizados para la aplicación del principio de interés superior del niño en la figura específica de la tenencia dictada a favor de los

abuelos, todo ello a fin de garantizar los derechos de los niños, erradicando la posible inseguridad jurídica que puede generar una inadecuada aplicación de ese principio, acompañada de la omisión del uso de las facultades tuitivas que ostenta el juez de familia, las que sobre el tema, estarán específicamente consignadas, permitiendo uniformizar el cúmulo de decisiones judiciales a al respecto.

4. OBJETIVOS GENERAL Y ESPECÍFICOS

- **OBJETIVO GENERAL**

Analizar los criterios jurídicos existentes para el otorgamiento de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes a favor de los abuelos.

- **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Analizar jurídicamente la figura de la tenencia de menores.

Estudiar e identificar la legislación nacional sobre la tenencia de los niños, niñas y adolescentes a favor de los abuelos.

Analizar el criterio Judicial respecto al otorgamiento de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes a favor de los abuelos.

Determinar los presupuestos legales en el otorgamiento de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes a favor de los abuelos.

5. HIPÓTESIS

Considerando que el Ordenamiento Jurídico Nacional Familiar prioriza el interés superior del niño en asuntos de familia con menores de edad, es probable que necesite regularse el otorgamiento de la Tenencia de los niños, niñas y adolescentes a los abuelos.

6. METODOLOGÍA JURÍDICA

Considerando que la metodología jurídica puede ser abierta, es decir que se permite que se pueda enmarcar la investigación dentro de dos o más metodologías, estimamos que la presente investigación es descriptiva -propositiva.

Jurídica-descriptiva porque se describirá los rasgos de los fenómenos fácticos respecto al otorgamiento de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, así como los fenómenos formales que la acompañan. Por otra parte, también es una investigación jurídica-propositiva porque cuestionaremos la regulación respecto a la tenencia del niño dentro del Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes y de ser el caso propondremos la regulación de la tenencia del niño a los abuelos.

7. ESQUEMA, ÍNDICE O ITINERARIO TENTATIVO

Índice

Introducción

CAPITULO I: LA TENENCIA.

1. Definición
2. Naturaleza Jurídica.
 - 2.1. Carácter Monoparental de la Tenencia
 - 2.2 Carácter Coparental de la Tenencia
3. Características.
4. Clasificación.
5. Diferencia entre la tenencia, guarda y custodia

CAPÍTULO II: MARCO NORMATIVO

1. Código Civil.
2. Código de los Niños y Adolescentes.
3. Decreto Legislativo N° 1297.

CAPITULO III: JURISPRUDENCIA

1. Casación N° 4881-2009- AMAZONAS.
2. Sentencia del Expediente N° 1432-2009- LIMA
3. Casación 1303-2016- CAJAMARCA
4. Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia, LIMA – 2014.
5. Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia, LIMA ESTE – 2017.

9. BIBLIOGRAFÍA PRELIMINAR

1. A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Identidad Filiatoria y Responsabilidad Paternal*, Instituto Pacífico, Lima, 2018, 1era. ed.
2. B. AGUILAR LLANOS, “La tenencia como atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida”, *Derecho y Sociedad*, N° 32, 2009.
3. B. AGUILAR LLANOS, “Las nuevas tendencias del Derecho de Familia”, Foro Jurídico, N° 13, 2014.
4. B. AGUILAR LLANOS, *La Familia en el Código Civil Peruano*, Ediciones Legales, 2008, 1era. ed.
5. C. CANALES TORRES, *Patria potestad y Tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014. 1era. ed.
6. E. VARSİ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Tomo III, Lima, 2012, 1era. ed.
7. E. ZUTA VIDAL, “Tutela y Consejo de Familia”, en Y. MEZA TORRES (Coord.), “*Código de los Niños y Adolescentes comentado por los mejores especialistas*”, Jurista Editores, Lima, 2019, 1era. ed.
8. F. CHUNGA LAMONJA, *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes*, Grijley, Lima, 2019, 1era. ed.
9. J. DEL ÁGUILA LLANOS, “Los Abuelos VS. los Padres: ¿Quiénes ganan en el ring de la tenencia sobre un menor? Comentarios a la Casación N° 1769-2015-La Libertad”, en E. VARSİ ROSPIGLIOSO (Coord.), *Alimentos y Tutela del Menor en la Jurisprudencia Peruana*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, 1era. ed.
10. J. DEL ÁGUILA LLANOS, *Patria potestad, tenencia y régimen de visitas*, Ubi Lex, Lima, 2019, 1era. ed.
11. K. RIVERA, “La afectación del Principio del Interés Superior del Niño a partir de la presunción pater is est”, *Derecho & Sociedad*, N° 50, 2018.

12. L. TORREBLANCA GONZALES, “El interés superior del niño”, en S. Morales Silva y F. Montoya Calcina (Coords.). *Los Procesos Judiciales en el Derecho de Familia*. Instituto Pacífico, Lima, 2018, 1era. ed.
13. M. FERNÁNDEZ REVOREDO, *Manual de Derecho de Familia*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2013, 1era. ed.
14. Y. MEZA TORRES (Coord.), Código de los niños y adolescentes comentado por los mejores especialistas, Jurista Editores, Lima, 2019, 1era. ed.
15. W. DUEÑAS TRIVIÑOS, “Otorgamiento de Tenencia de Niños y Adolescentes a Personas Distintas de los Padres”. Recuperado el 02 de marzo de 2020 en <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/5936/DEMdutrwu.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
16. W. VEGA UGARTE, “La Protección a los Derechos y Deberes Inherentes a la Patria Potestad y el Delito de Sustracción de Menor de Edad. Judicatura Arequipa 2015-2016”. Recuperado el 13 de marzo de 2020 en: http://repositorio.ucsp.edu.pe/bitstream/UCSP/15268/1/VEGA_UGARTE_WIF_PRO.pdf
17. Exp. N°1432-2009-0-0402-JR-CI-02, Sentencia del 29 de enero de 2010, considerando tercero, cuarto y quinto.
18. STC Exp. N°02892-2010-PHC-TC, del 06 de diciembre de 2010, F.J. 10 y 11