

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO**  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

---

“FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE POSIBILITAN A LOS ABUELOS A EJERCER LA TENENCIA DE SUS NIETOS, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”

---

**Área de Investigación:**

Instituciones del Derecho Privado

**Autor:**

Br. Chong Olaya, Carlos Enrique Cautivo

**Jurado Evaluador:**

**Presidente:** Lozano Peralta, Raúl Yvan

**Secretario:** Zegarra Arévalo, Ronald Manolo

**Vocal:** Zavala Espino, Luis Angel

**Asesor:**

Cruz Vegas, Rubén Alfredo

**Código Orcid:** <https://orcid.org/0000-0002-8697-4468>

**TRUJILLO – PERÚ**

**2022**

**Fecha de sustentación:** 2022/11/18

## DEDICATORIA

A mi Señor Cautivo de Ayabaca.

A mis padres, Grimaldo y Anita:

Quienes son lo más preciado de mi vida y con su esfuerzo han permitido mi superación.

A mis hermanos, Anita y Álvaro:

Quienes son mi motivo a seguir adelante.

A mi familia en general.

Y a todas las personas que contribuyeron en la adquisición de conocimientos.

## **AGRADECIMIENTO**

A Mi Señor Cautivo de Ayabaca, por todas sus bendiciones.

A mis padres por sus enseñanzas y consejos.

A mis hermanos, por su apoyo moral.

A mi asesor, por sus enseñanzas y guía en la presente investigación.

## RESUMEN

La presente tesis ha sido titulada: “fundamentos jurídicos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos, en el ordenamiento jurídico peruano”, la misma que inicia con la siguiente pregunta: “¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos, en el ordenamiento jurídico peruano?”.

De la misma manera, el objetivo general de esta investigación es: “Dar a conocer los fundamentos jurídicos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos, en el ordenamiento jurídico peruano”, planteándonos como objetivos específicos los siguientes: “Identificar los fundamentos jurídicos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos dentro de la convención sobre los Derechos del Niño; Determinar de qué manera el artículo VI del título preliminar del Código Civil resulta ser un fundamento jurídico que permita a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos; Determinar de qué manera el principio del Interés Superior del Niño resulta ser un fundamento jurídico que permita a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos”.

De esta manera y con la aplicación de los métodos analítico, sintético, dogmático hermenéutico, hemos podido arribar a diversas conclusiones, siendo la primera de todas: “Los fundamentos jurídicos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos, en el ordenamiento jurídico peruano son la convención sobre los Derechos del Niño, el artículo VI del título preliminar del Código Civil y el principio del Interés Superior del Niño”.

## ABSTRACT

This thesis has been entitled: "legal foundations that enable grandparents to exercise custody of their grandchildren, in the Peruvian legal system", which begins with the following question: "What are the legal foundations that enable grandparents to exercise custody of their grandchildren, in the Peruvian legal system?"

In the same way, the general objective of this research is: "To make known the legal foundations that enable grandparents to exercise custody of their grandchildren, in the Peruvian legal system", considering the following as specific objectives: "Identify the legal foundations that enable grandparents to exercise custody of their grandchildren within the Convention on the Rights of the Child; Determine how article VI of the preliminary title of the Civil Code turns out to be a legal basis that allows grandparents to exercise custody of their grandchildren; Determine how the principle of the Best Interest of the Child turns out to be a legal basis that allows grandparents to exercise custody of their grandchildren."

In this way and with the application of analytical, synthetic, hermeneutical dogmatic methods, we have been able to arrive at various conclusions, the first of all being: "The legal foundations that enable grandparents to exercise possession of their grandchildren, in the Peruvian legal system are the Convention on the Rights of the Child, article VI of the preliminary title of the Civil Code and the principle of the Best Interest of the Child".

## PRESENTACIÓN

Estimados profesores del jurado. -

Ponemos ante ustedes el presente trabajo de investigación titulada:

**“FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE POSIBILITAN A LOS ABUELOS  
A EJERCER LA TENENCIA DE SUS NIETOS, EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”**

La misma que sustento ante ustedes, esperando sea aprobada por unanimidad.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atte.-

Bachiller: Chong Olaya Carlos Enrique Cautivo

## Tabla de contenido

<b>DEDICATORIA</b> .....	ii
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	iii
<b>RESUMEN</b> .....	iv
<b>ABSTRACT</b> .....	v
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b> .....	1
<b>1.2. OBJETIVOS</b> .....	3
<b>1.2.1. Objetivo General:</b> .....	3
<b>1.2.2. Objetivo Específicos:</b> .....	3
<b>II. MARCO DE REFERENCIA</b> .....	4
<b>2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO</b> .....	4
<b>2.2. MARCO TEORÍCO</b> .....	7
<b>CAPÍTULO I</b> .....	7
<b>LA PATRIA POTESTAD</b> .....	7
<b>A. Concepto</b> .....	7
<b>B. Características de la patria potestad</b> .....	8
<b>1) Es una institución de amparo familiar</b> .....	8
<b>2) Es un poder-deber subjetivo familiar</b> .....	8
<b>3) Se regula por normas de orden público</b> .....	8
<b>4) Es una relación jurídica plural de familia</b> .....	9
<b>5) Se ejerce en relaciones de familia directas o inmediatas de parentesco</b> .....	9
<b>6) Es una relación de autoridad de los padres</b> .....	9
<b>7) Es intransmisible</b> .....	9
<b>8) Es imprescriptible</b> .....	9
<b>9) Es temporal, no perpetua</b> .....	9
<b>10) Es irrenunciable</b> .....	10
<b>11) Es incompatible con la tutela</b> .....	10
<b>12) Es relativa</b> .....	10
<b>13) Es indisponible</b> .....	10
<b>C. Objetivo</b> .....	10
<b>D. Naturaleza jurídica</b> .....	11
<b>E. Titularidad de la patria potestad</b> .....	12
<b>1. Sujetos</b> .....	12

1.1. Padres.....	12
1.2. Hijos .....	13
1.3. Hijos matrimoniales.....	14
1.4. Hijos extramatrimoniales .....	15
F. Clases de patria potestad .....	16
1. De acuerdo a la titularidad .....	16
1.1. Patria potestad compartida .....	16
1.2. Patria potestad exclusiva.....	16
2. De acuerdo a su ejercicio .....	16
2.1. Sistema de ejercicio conjunto.....	17
2.2. Sistema de ejercicio compartido o indistinto .....	18
2.3. Sistema de ejercicio exclusivo .....	20
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>21</b>
<b>LA TENENCIA.....</b>	<b>21</b>
A. Definición.....	21
B. Clasificación .....	21
1. De acuerdo a la persona que lo ostenta.....	21
1.1. Tenencia exclusiva o monoparental.....	21
1.2. Tenencia compartida o biparental .....	22
1.3. Tenencia negativa .....	22
2. De acuerdo al proceso.....	23
2.1. Tenencia en caso de divorcio .....	23
2.2. Tenencia por sentencia judicial de separación convencional y divorcio ulterior .....	23
2.3. Tenencia en una sentencia por nulidad o anulabilidad de matrimonio.....	23
2.4. Tenencia y el acta de audiencia de conciliación .....	23
2.5. Perdida de tenencia por otra resolución judicial.....	24
2.3. MARCO CONCEPTUAL .....	25
2.4. SISTEMA DE HIPOTESIS .....	26
<b>III. METODOLOGÍA EMPLEADA.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS .....</b>	<b>26</b>
3.1.1. Material.....	26
3.1.1.1. Diseño de contrastación .....	26
3.1.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	26
3.1.2.1. Fichaje:.....	26

3.1.2.2.	<b>Análisis documentario:</b>	26
3.1.2.3.	<b>Ficha:</b>	27
3.1.3.	<b>Procesamiento y análisis de datos</b>	27
3.2.	<b>Métodos de investigación:</b>	27
3.2.1.	<b>Analítico - Sintético:</b>	27
3.2.2.	<b>Dogmático:</b>	27
3.2.3.	<b>Hermenéutico – jurídico:</b>	28
IV.	<b>PRESENTACIÓN DE RESULTADOS</b>	28
4.1.	<b>ANÁLISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS DESDE LA DOGMÁTICA.</b>	28
•	<b>Identificar los fundamentos jurídicos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos dentro de la convención sobre los Derechos del Niño.</b>	28
•	<b>Determinar de qué manera el artículo VI del título preliminar del Código Civil resulta ser un fundamento jurídico que permita a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos.</b>	31
•	<b>Determinar de qué manera el principio del Interés Superior del Niño resulta ser un fundamento jurídico que permita a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos.</b>	34
4.2.	<b>ANÁLISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS DESDE NUESTRAS ENCUESTAS PRACTICADAS</b>	36
V.	<b>DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS</b>	55
	<b>CONCLUSIONES</b>	58
	<b>Referencias</b>	59

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

Nuestro tema de investigación tiene como punto de partida de análisis el artículo 81 del Código de los niños y los adolescentes. En dicha disposición normativa, se prescribe lo siguiente:

“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.”

Como se puede observar, la regla antes mencionada trata sobre la tenencia, la misma que es definida como el ejercicio de hecho de la patria potestad; es decir, mediante la tenencia, el papá o la mamá; o, quizá ambos padres son los que conviven de manera cercana e inmediata con el o los hijos (niños o adolescente).

En tal sentido, si por ejemplo papá y mamá viven juntos con el o los hijos; se podría decir que ambos padres ejercen la tenencia; por el contrario, si papá y mamá están separados y el hijo vive solo con el papá, por ejemplo; entonces, la tenencia estaría a cargo de este papá, conservando en todo caso la mamá un régimen de visitas. En ese orden de ideas, la regla normativa señalada en el artículo 81 también nos dice que existe la posibilidad que incluso estando los papás separados ambos ejerzan una tenencia compartida.

No obstante, lo señalado en la disposición normativa citada, en ella no se contempla la posibilidad de que alguien además de los papás pueda demandar la tenencia del niño en cuestión; y, ello puede obedecer a diversas razones, como por ejemplo que

ambos padres estén muertos, reclusos en algún penal; o, simplemente estén impedidos de ejercer la tenencia sobre sus propios hijos.

Así pues, puede presentarse que, por ejemplo, los padres signifiquen un serio riesgo y peligro para sus propios hijos, en cuyo caso, debido al principio del Interés Superior del Niño lo más conveniente sea que dicha tenencia no deba ser ejercida por ninguno de los padres.

Frente a tal situación, nuestro trabajo pasa por problematizar acerca de la posibilidad jurídica, que frente a casos como los referidos anteriormente (donde los padres no puedan o deban ejercer la tenencia de sus hijos), sean los abuelos paternos o maternos quienes intenten a través de un proceso judicial, la posibilidad de que sean ellos quienes ejerzan la tenencia de sus nietos.

Nos hemos inclinado por desarrollar este tema ya que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición legal alguna que de manera taxativa señale la posibilidad de que los abuelos puedan ejercer la tenencia de sus nietos; sin embargo, apoyados en cierta jurisprudencia nosotros consideramos que sí existen aquellos fundamentos. A manera de ejemplo nos gustaría citar un extracto de la Casación N° 4774-2006-La Libertad, la misma que literalmente señala lo siguiente:

“(Ni) el aquo ni el ad quem han desconocido la patria potestad que corresponde al actor como padre respecto de la menor cuya tenencia reclama a través de la presente demanda, sino que, pese a ello, han estimado que en aplicación del principio del Interés Superior Del Niño consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes, uno de los derechos que componen dicha patria potestad, no puede ser ejercido en este caso, dado que lo más beneficioso para el

desarrollo integral de dicha menor es que continúe bajo el cuidado de su abuela materna (...)"

Como se puede ver en esta Casación, existen casos como los que hemos ejemplificado en los párrafos precedentes; y, frente a dicha situación, la judicatura ha echado mano del principio del Interés Superior Del Niño, el mismo que sostenemos sería uno de los pilares que avalen nuestra postura.

Por tal razón, consideramos que existen los elementos suficientes para que se nos permita realizar una tesis sobre el tema que hoy traemos antes ustedes.

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos, en el ordenamiento jurídico peruano?

## **1.2. OBJETIVOS**

### **1.2.1. Objetivo General:**

Dar a conocer los fundamentos jurídicos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos, en el ordenamiento jurídico peruano.

### **1.2.2. Objetivo Específicos:**

- Identificar los fundamentos jurídicos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos dentro de la convención sobre los Derechos del Niño.
- Determinar de qué manera el artículo VI del título preliminar del Código Civil resulta ser un fundamento jurídico que permita a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos.
- Determinar de qué manera el principio del Interés Superior del Niño resulta ser un fundamento jurídico que permita a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos.

## **II. MARCO DE REFERENCIA**

### **2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO**

- Arenas Llanos, Brigitte (2021), investigo “La determinación de la tenencia a favor de los abuelos dentro del ordenamiento jurídico peruano. Un análisis a partir de la jurisprudencia nacional”, tesis para optar el Título Profesional de Abogado, por la Universidad Católica San Pablo, en la que concluye:
  - “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”.
  
- Ballesteros Chunga, Marcos M (2019), realizó su investigación denominada “Modificación del artículo 84° del CNA de la tenencia a favor de los abuelos frente a la exigencia del padre”, tesis para optar el Título Profesional de Abogado, por la Universidad César Vallejo, en la que arriba a las siguientes conclusiones:
  - “Se logró comprobar y validar la hipótesis, debiéndose modificar el artículo 84 del código de niños y adolescentes, incorporando un nuevo supuesto de

otorgar la tenencia a favor de los abuelos, cuando el padre no resulta ser el indicado de hacer prevalecer el interés superior del niño o adolescente; así también, cuando exista incapacidad mental y/o física, o muerte por parte del progenitor”.

- “El principio del interés superior del niño, como derecho está siendo vulnerado al no reconocer y desarrollar, que los abuelos y otros familiares directos pueden obtener la tenencia de un niño o adolescente”.

- Cuya Borda, Gianella R (2018), realiza la investigación denominada “Proceso de tenencia de menor otorgada a los abuelos frente al interés superior del niño Juzgados Lima Norte 2017”, tesis para optar el Título Profesional de Abogado, por la Universidad César Vallejo, en la que arriba a la siguiente conclusión:

- “Se concluye que existe la necesidad de regular la tenencia de menor a favor de los abuelos, prevaleciendo siempre el interés superior del niño, ya que si bien es cierto la tenencia es un atributo de la patria potestad que corresponde inherentemente a los padres, esto no debe de poner en riesgo su bienestar físico y psicológico del menor, en casos los padres no sean personas adecuadas para el desarrollo integral del menor”.

- Dueñas Triviños, Wilson U (2018), investigo “Otorgamiento de Tenencia de niños y adolescentes a personas distintas a los padres. Arequipa-2016”, tesis para optar el Grado Académico de Maestro en ciencias con mención en Derecho Civil, por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, en la que concluye:

- “Sobre el otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a los abuelos y otra familia extensa

consanguíneas, existen dos criterios jurisprudenciales, una dice que no es posible legalmente otorgar la tenencia de los niños a los abuelos porque la ley no contempla sino únicamente a los padres y que en todo caso se encuentra vigente la figura de la Tutela y el Acogimiento Familiar que tiene por finalidad también proteger a los menores, así como en situación de abandono. Y el otro criterio es que, si es posible el otorgamiento de tenencia de niños a los abuelos la que se sustenta en el Principio Superior del Niño y Adolescente, en la jurisprudencia nacional y extranjera, el III Tercer Pleno Casatorio Civil, entre otros contextos jurídicos. Mi posición es que si es posible otorgar la tenencia de los niños a los abuelos cuando estos ejercer la tenencia de hecho sobre el menor de edad”.

## 2.2. MARCO TEORÍCO

### CAPÍTULO I LA PATRIA POTESTAD

#### A. Concepto

La patria potestad es un derecho subjetivo típico de la familia. A través de él, la ley reconoce a los padres una serie de derechos y obligaciones de proteger y cuidar el cuerpo y la propiedad de sus hijos, derecho y obligación que perdura hasta que adquieren la plena capacidad de comportamiento. (Varsi Rospligioso, 2012)

Señala, Aguilar Llanos (2014), El poder de los padres es una serie de derechos otorgados por ley a los padres y a las personas y bienes de sus hijos no liberados para garantizar que cumplan con sus responsabilidades relacionadas con los padres de apoyar y educar a los niños antes mencionados. También vale la pena señalar aquí que la ley, como fuente de la patria potestad, finalmente otorgará derechos e impondrá obligaciones.

La naturaleza jurídica de la patria potestad es un organismo de protección familiar que brinda tutela y protección a la persona y bienes de los menores de edad. Los menores de edad necesitan los elementos de protección antes mencionados porque no pueden ejercitarse. En la protección de la familia, la patria potestad es la principal institución para los hijos menores. (Canales Torres C. , 2014)

El artículo 418 del Código civil vigente señala que, “por la patria potestad, los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos”.

## **B. Características de la patria potestad**

Para Varsi Rospliglioso (2012) “la patria potestad es de orden público” y como tal tiene las siguientes características:

### **1) Es una institución de amparo familiar**

Canales Torres (2014) considera que la patria potestad es la principal institución de protección familiar, brindando tutela y protección a los menores. Sus extremos son protectores. Tiene como objetivo proteger la propiedad y los bienes personales de los menores. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes tiene prioridad en el propósito de la patria potestad.

“Que, la Patria Potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, y no pueden ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres, precisamente, porque constituye, fundamentalmente, el derecho que les asiste a los hijos menores respecto de sus padres”. (Varsi Rospliglioso, 2012)

### **2) Es un poder-deber subjetivo familiar**

“La patria potestad lleva implícitas relaciones jurídicas recíprocas entre las partes: padres-hijos e hijos-padres; ambos tienen derechos-obligaciones y facultades-deberes”. (Varsi Rospliglioso, 2012)

### **3) Se regula por normas de orden público**

“Está de por medio el interés social, de allí que sea nulo todo pacto o convenio que impida su ejercicio o modifique su regulación legal”. (Varsi Rospliglioso, 2012)

**4) Es una relación jurídica plural de familia**

“No es un derecho exclusivo de los padres, a pesar que sean estos quienes deban asistencia, protección y representación a sus hijos menores”.  
(Varsi Rospligioso, 2012)

**5) Se ejerce en relaciones de familia directas o inmediatas de parentesco**

“La patria potestad corresponde al padre respecto del hijo”. (Varsi Rospligioso, 2012)

**6) Es una relación de autoridad de los padres**

“Existe un vínculo de subordinación respecto de los hijos”. (Varsi Rospligioso, 2012)

**7) Es intransmisible**

La patria potestad reconocida por la ley, la doctrina y en razón de paternidad son intransferibles, por lo que el padre o la madre que renuncie a sus obligaciones y derechos por la otra parte cederá, dando lugar a las sanciones correspondientes. Esta función, También llamado indisponible o intransferible, significa que el poder obtenido de la patria potestad pertenece al orden público, y la patria potestad no puede ser transferida total o parcialmente. Sin embargo, cuando los padres envían a sus hijos a la escuela, le delegan los derechos y obligaciones de educación y control de los niños. (Castañeda, 2003).

**8) Es imprescriptible**

“No se pierde por la prescripción; sin embargo, puede decaer o extinguirse”. (Castañeda, 2003).

**9) Es temporal, no perpetua**

“La patria potestad puede extinguirse o restringirse porque su carácter es de temporalidad”.  
(Castañeda, 2003).

**10) Es irrenunciable**

“De motu proprio no pueden restringirse las relaciones jurídicas de ella originadas”. (Castañeda, 2003).

“Si alguien detenta la patria potestad tiene derecho a exigir su ejercicio. Su renuncia determinaría el incumplimiento de las obligaciones prescritas por el ordenamiento jurídico”. (Castañeda, 2003).

**11) Es incompatible con la tutela**

“No se puede nombrar tutor a un menor cuyo padre ha sido suspendido de la patria potestad. No obstante, con la curatela la patria potestad sí tiene compatibilidad”. (Castañeda, 2003).

**12) Es relativa**

“No es una facultad absoluta y está bajo el control de la ley”. (Castañeda, 2003).

**13) Es indisponible**

“Porque no está en el comercio jurídico”. (Castañeda, 2003).

**C. Objetivo**

Cornejo Chávez (1987), señaló que: “la patria potestad tiene un objetivo básico, es decir, cuidar integralmente a los niños que no pueden satisfacer sus necesidades personalmente; derechos, o el establecimiento de menores que formen su propia personalidad”.

También, Zannoni, (1998), citando a Cafferata, explica que “la patria potestad satisface el proceso biológico de la procreación, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar”.

La patria potestad es un sistema natural e inevitable, porque el ser humano les ha pedido que críen, eduquen, protejan y defiendan, velen y velen sus intereses desde la infancia. En definitiva, tienen sus propios derechos personales y de propiedad. Padres Se señala para esta misión que esto califica como una situación jurídica especial porque es un poder y una necesidad. (Varsi Rospligioso, 2012)

#### **D. Naturaleza jurídica**

La patria potestad es un sistema típico de derecho de familia Constituye una relación jurídica subjetiva en la que las partes gozan y deben atenerse a los intereses legítimos claramente reconocidos por la ley, a fin de proteger a los menores en armonía con los intereses de la familia y la sociedad. (Varsi Rospligioso, 2012)

La relación jurídica contenida en la patria potestad implica derechos-obligaciones, es decir, la reciprocidad de los poderes y atributos legales de las partes, conformando un derecho familiar subjetivo típico. No es solo una especie de poder o autoridad, es responsabilidad y capacidad de los padres hacia sus hijos, por lo que deben hacer todo lo posible para lograr el desarrollo físico e intelectual de quienes están dominados por la patria potestad, y en el caso de siendo abandonado o inadvertidamente, el gobierno estatal puede rescindir los derechos de los padres antes mencionados. Lleva las preocupaciones legales implícitas necesarias para el desarrollo de las generaciones futuras, y concluye cuando gana capacidad y autosuficiencia, cambia el vínculo legal, y ahora les toca a los hijos proteger a sus padres. Es la principal agencia de protección familiar diseñada para proteger y custodiar a los niños menores de edad.

Finalmente, se debe considerar que la patria potestad no es solo un derecho natural, sino también una función social de la familia, cuya finalidad es formar y proteger a los menores. (Varsi Rospliglioso, 2012)

## **E. Titularidad de la patria potestad**

### **1. Sujetos**

La patria potestad solo puede ejercerse en relaciones familiares directas y de primera clase, como padres e hijos. De antepasados a descendientes.

“Hay un sujeto titular de la patria potestad y otro a quien la potestad se dirige o que se encuentra sometido a ella”. (Díez Picazo, 1990). “Los titulares son los padres y los hijos, es ejercida por ambos, por los padres que la dirigen y por los hijos que la asumen, sujetándose ambos a sus reglas” (Varsi Rospliglioso, 2012)

Entonces son 4 los sujetos son:

#### **1.1. Padres**

(Varsi Rospliglioso, 2012), señala que “los padres son los sujetos activos de la patria potestad, como tal se les denomina padre de familia”.

“Se encargan de cautelar la integridad de la persona, así como la administración del patrimonio y los bienes de sus hijos. Los padres tienen dicha calidad”. (art. 418 de nuestro Código Civil) y “la ejercen en conjunto (lo que se conoce como cotitularidad de la patria potestad durante el matrimonio” (art. 419 del mismo texto legal).

“En caso de separación de cuerpos, divorcio

o invalidez del matrimonio, el ejercicio de la patria potestad recae en el cónyuge a quien se le confía los hijos”. (art. 420 de la norma jurídica antes citada). Ahora bien, la patria potestad debe ejercerse responsablemente, como un hombre con una familia, de lo contrario, su ejercicio puede verse restringido.

“Para gozar de la patria potestad, los padres deben ser capaces”. (arts. 42 y 46 del Código Sustantivo). Según la reforma de la legislación civil de nuestro país, las personas mayores de 14 años han adquirido una capacidad limitada desde el nacimiento de su hijo, pero solo para (i) reconocerlas, (ii) reclamar o demandar por gastos de embarazo o parto, y (iii) Demanda o conviértete en parte La tutela y la manipulación de alimentos benefician a sus hijos. La normativa legal mencionada anteriormente no es suficiente, porque no contempla la posibilidad de emprender acciones legales. Declaración de asuntos extramatrimoniales (a pesar que el art. 407 de nuestro Código Civil se lo permite a la madre, mas no al padre) o el régimen de visitas. (Varsi Rospligioso, 2012)

## **1.2. Hijos**

Los niños son el sujeto pasivo de la patria potestad, por lo que se les llama "hijos de familia". Se debe considerar que para gozar de la patria potestad no se considera la calidad del hijo: matrimonio, extramarital o

adopción. Lo que se necesita es que el niño cumpla con los siguientes requisitos.

- a. “Existir, es decir ser concebido o, en su caso, menor de edad o incapaz”.
- b. “No estar emancipado de manera especial”. (art. 46).
- c. “Contar con una filiación establecida, esto es, tener padres”.

“Los huérfanos (aquellos cuya filiación biológica es ignorada y, consecuentemente, su filiación jurídica es inexistente) están sometidos de la protección del Estado a través de la tutela (niños en estado de abandono)”. (Varsi Rospligioso, 2012)

### **1.3. Hijos matrimoniales**

Los niños son el sujeto pasivo de la patria potestad, por lo que se les llama "hijos de familia". Hay que tener en cuenta que para gozar de la patria potestad no se tienen en cuenta las cualidades que pueda tener un hijo: matrimonio, extramarital o adopción. Lo que se necesita es que el niño cumpla con los siguientes requisitos.

Las excepciones a esta regla son las siguientes:

- a. “Separación de hecho, divorcio por causal o invalidez de matrimonio. En estos supuestos, la patria potestad la ejerce el cónyuge a quien se le confía”.
- b. “Por mutuo acuerdo”.

En caso de existir discrepancia resuelve el juez.

#### **1.4. Hijos extramatrimoniales**

La ausencia de una relación matrimonial legal entre los padres y la imposibilidad de convivir impiden el ejercicio conjunto de la patria potestad. La determinación de una relación extramarital se realiza mediante declaración o reconocimiento judicial.

En el primer caso (declaración judicial), es ilógico otorgar la patria potestad a alguien que debería ser demandado por poseer la paternidad. Aunque el estándar no es muy confiable, existe una corriente tradicional de sentencias judiciales, lo que significa que "la patria potestad de la hija ... es reconocida últimamente por el padre y corresponde a la madre".

En el segundo caso (reconocimiento), como caso voluntario, la patria potestad la ejerce el padre que reconoce al hijo. Si ambas partes están de acuerdo, el juez decidirá quién tiene la patria potestad según la edad, el sexo y los intereses del menor. (art. 421). En base al criterio de igualdad de la filiación, ya no se toma en cuenta el tiempo ni el momento en el que se realiza el reconocimiento, a efectos de atribuir la patria potestad, esta se otorga procurando salvaguardar el interés del menor; ya no del que reconoce primero (si se trata de reconocimientos sucesivos) o de ambos padres (si se trata de reconocimientos simultáneos). (Varsi Rospligioso, 2012)

## **F. Clases de patria potestad**

Se clasifican de acuerdo a los siguientes criterios:

### **1. De acuerdo a la titularidad**

De acuerdo a la titularidad, vale decir, al derecho del poder-deber, tenemos:

#### **1.1. Patria potestad compartida**

(Canales Torres C. , 2014) señaló: Además de ambos padres, Si ambos padres están casados, conviven, divorciados, separados, invalidados o separados de hecho, ambos conservan la propiedad, los derechos y la legalidad de la patria potestad, mediante El ejercicio del margen es el mismo. Los elementos de la patria potestad pueden ejercerse de forma conjunta, vaga o exclusiva.

#### **1.2. Patria potestad exclusiva**

Cuando un padre soltero conserva la propiedad, es decir, la legalidad del poder paterno, el poder paterno exclusivo se produce porque la otra parte ha incurrido en razones legales para la pérdida o terminación. El elemento de la patria potestad lo ejerce únicamente el progenitor que conserva la propiedad.

### **2. De acuerdo a su ejercicio**

El sistema tradicional de autoridad parental significa los intereses directos de los padres. Fueron sus derechos y habilidades exclusivos los que afectaron la relación familiar, porque la mujer quedó relegada al rol de madre y el padre no

cumplió plenamente su rol en la mayoría de los casos. (Varsi Rospliglioso, 2012)

(Canales Torres C. , 2014)) señaló que este sistema patriarcal, también conocido como “unicato” paterno, fue reemplazado por un sistema de ejercicio conjunto en el que tanto los padres como las madres intervienen en el cuidado y preocupación por la herencia de las personas y sus hijos y representantes. Por tanto, de acuerdo con los elementos, atributos, poderes y obligaciones de la patria potestad, la agencia se puede dividir en las siguientes categorías:

#### **2.1. Sistema de ejercicio conjunto**

“El ejercicio conjunto de la patria potestad se da en los supuestos de matrimonio o unión estable de los progenitores en razón de la convivencia que se da entre estos”. (Varsi Rospliglioso, 2012)

“La patria potestad como tal implica el atributo que tienen los padres de proteger y cuidar la persona y bienes de sus hijos; por regla general se ejerce en conjunto por ambos padres y, de manera especial, en forma individual por el padre o la madre a quien se otorga la tenencia”. (Castañeda, 2003).

El Código Civil, en su artículo 419 establece que “La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo”. En caso de disentimiento, “resuelve el Juez del

Niño y Adolescente, conforme al proceso sumaráisimo”. (Varsi Rospliglioso, 2012)

## **2.2. Sistema de ejercicio compartido o indistinto**

“El ejercicio compartido o indistinto de la patria potestad supone que ambos padres pese a estar separados de hecho conservan la titularidad de la patria potestad y la ejercen de manera compartida o indistinta”. (Varsi Rospliglioso, 2012)

En este sentido, cualquier padre puede realizar personalmente comportamientos efectivos en beneficio de los menores. El sistema se basa en el hecho de que, a pesar de actuar solos, los padres siempre buscarán beneficios para sus hijos, y lo más importante, considerando que la rapidez de las operaciones que se realizan en la actualidad también requiere rapidez en la toma de decisiones. (Varsi Rospliglioso, 2012).

“Nuestro propio Código Civil establece de manera especial, más no obligatoria, que siempre que sea posible se consultará al hijo mayor de 16 años los actos importantes de la administración”. (art. 459).

En caso de separación de hecho, el artículo 420 del Código Civil establece que: “En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio”.

Respecto de los hijos extramatrimoniales, el artículo 421 del Código Civil establece que: “La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor. Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre, aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de este, cuando el padre no tenga la patria potestad”.

Asimismo, el artículo 422 del Código Civil establece que: “En todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias”.

Una figura jurídica importante al hablar del sistema de ejercicio conjunto o ejercicio compartido o indistinto de la patria potestad es la coparentalidad.

En esta orientación, la custodia compartida es la vida alterna y temporal del niño con uno u otro progenitor, y la relación personal se alterna con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable; en estos

casos, el problema más grave es el problema práctico: en la convivencia normal Establecer el ciclo más adecuado en el cambio de visitas. Este enfoque tiene éxito cuando existe una buena comunicación y relación entre los padres, cuando el número de traslados es menor y el tiempo para seguir conviviendo con cada padre aumenta. Continuar manteniendo una relación parental sana, seria, igualitaria y digna es un derecho de los niños y los padres. (Varsi Rospliglioso, 2012)

### **2.3. Sistema de ejercicio exclusivo**

Cuando solo uno de los padres tiene la patria potestad y el otro progenitor está restringido en las instituciones mencionadas por cualquier motivo legal, la patria potestad puede ejercerse exclusivamente. En este caso, el progenitor con patria potestad ejerce exclusivamente, mientras continúe la restricción a la patria potestad de la otra parte, los elementos del sistema, aunque la patria potestad está restringida, aún conservan la titularidad, es decir, la legalidad y Reconocimiento de derechos. Por supuesto, cuando se trata de los motivos de la pérdida de la patria potestad, también estamos hablando de la desaparición de la titularidad de esta institución y de su ejercicio. (Canales Torres C. , 2014)

## CAPÍTULO II

### LA TENENCIA

#### A. Definición

La posesión es un atributo de la autoridad parental, una habilidad que poseen los padres separados para determinar con quién debe quedarse el niño. Por tanto, el hijo convivirá como uno de los progenitores, y la otra persona tendrá derecho al régimen de visitas. Si se comprueba que se cumple con la obligación de alimentos y se tiene en cuenta el interés superior, el sistema podrá dictaminarse. por el juez de oficio si tiene una razón sí.

Para Varsi Rospigliosi (2011), cree que se trata de una relación jurídica familiar básico, que se determina como el derecho y la obligación de criar hijos. Como derecho familiar subjetivo, reconoce el derecho de los padres a cuidar a sus hijos y el derecho de los hijos a vivir con padres que les brinden mejores condiciones de vida. En otras palabras, no es una habilidad única de los padres, sino una habilidad indispensable para el desarrollo general del niño.

#### B. Clasificación

##### 1. De acuerdo a la persona que lo ostenta

##### 1.1. Tenencia exclusiva o monoparental

Conocida como tenencia unipersonal. Considerando el nivel de parentesco entre el padre o la madre y el niño, esto sucede cuando uno de los padres es admitido o se le otorga la custodia del niño. “Antes de la introducción de la tenencia compartida en el artículo 81 del Código del niño y del adolescente, dicha tenencia era la única tenencia reconocida en la legislación peruana”. (Gallegos Canales & Jara Quispe, 2014).

### **1.2. Tenencia compartida o biparental**

Es una forma de tutela de menores, de esta forma, una vez que los padres se han separado, ambas partes continúan viviendo con su hijo o hija, y ejercen sus roles parentales por igual de manera vecina. En este caso, el hijo o hija vive con uno de los padres por un período de tiempo y luego se traslada a la casa del otro padre. De esta manera, el niño o niña mantendrá por completo su relación familiar patrilínea y matrilineal, y ambos los padres compartirán sus diferencias similares. Asumir las responsabilidades y obligaciones de los padres de manera diferente. (Calderón Beltrán, 2011)

### **1.3. Tenencia negativa**

“Los padres han de compartir el tiempo de residencia del niño en periodos mayores a los de un régimen de visitas convencional”. (Calderón Beltrán, 2011)

Lamentablemente, esta forma de posesión afecta mucho los derechos de los niños, sin embargo, en el Perú, los padres que “no quieren cuidar a sus hijos o hijas” quedan impunes. La tutela negativa puede entenderse como dos formas, como la tutela legalmente existente pero no ejercida, que coloca al niño bajo la responsabilidad de un tercero. También se puede entender que hay niños cuyos padres no los cuidan. Aunque este número no existe, porque los niños no pueden controlar a “nadie”. La primera persona que cuida a los niños es la familia. Sin esto, el Estado está obligado a actuar y reemplazar los vacíos existentes.

## **2. De acuerdo al proceso**

### **2.1. Tenencia en caso de divorcio**

El código Civil en el artículo 340 establece: “que los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encarguen de todos o de alguno el otro conyugue o, si hay motivo grave, una tercera persona”. Esta designación debe estar en orden y, si es posible y conveniente, debe ser designada por uno de los abuelos, hermanos o tíos.

“Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores a siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa”. (Código Civil, 1984)

### **2.2. Tenencia por sentencia judicial de separación convencional y divorcio ulterior**

“Esta puede ser obtenida por sentencia judicial, en el caso de separación convencional y divorcio ulterior”. (Código Civil, 1984)

### **2.3. Tenencia en una sentencia por nulidad o anulabilidad de matrimonio.**

“Es factible que planteada una demanda de nulidad o anulabilidad de matrimonio subsecuentemente con en el proceso se decida la tenencia de los niños en caso de que los padres no lleguen a un acuerdo sobre el mismo”. (Código Civil, 1984)

### **2.4. Tenencia y el acta de audiencia de conciliación**

“Se da cuando exista una conciliación, sobre tenencia y en la que se establecerá los acuerdos adoptados por las partes”. (Código Civil, 1984).

**2.5. Pérdida de tenencia por otra resolución judicial**

“Después de obtenida la tenencia por vía judicial ante hechos inesperados que pongan en peligro al menor, el padre que no lo tiene puede solicitar la variación de la tenencia”. (Código Civil, 1984)

### 2.3. MARCO CONCEPTUAL

- **Conciliación:**

Mecanismo autocompositivo de solución de conflictos en el que un funcionario llamado conciliador (que puede ser un juez, si hablamos de una conciliación judicial) procura que las partes inmersas en un conflicto puedan arribar a una pronta y eficaz solución de este. (Osorio, 2010)

- **Divorcio**

Viene a constituir la categoría jurídica mediante la cual se extingue el matrimonio; dicha disolución produce efectos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales para cada uno de los cónyuges (Osorio, 2010)

- **Parentesco**

Vínculo sanguíneo, reconocido por el derecho, que permite que dos o más personas se constituyan como familiares (Osorio, 2010)

- **Patria potestad**

Conjunto de situaciones jurídicas subjetivas de ventajas y desventajas del que gozan los padres de un menor, no solo para cuidarlo y alimentarlo; sino también para administrar, cuidar y disponer de los bienes de sus hijos (Osorio, 2010)

- **Tenencia**

Es el ejercicio material de la patria potestad; el mismo que permite una cercanía permanente entre el progenitor y el procreado (Osorio, 2010).

## **2.4. SISTEMA DE HIPOTESIS**

Existen fundamentos jurídicos que posibilitan que los abuelos puedan ejercer la tenencia de sus nietos, en el ordenamiento jurídico peruano a pesar que o haya dispositivo normativo taxativo.

## **III. METODOLOGÍA EMPLEADA**

### **3.1. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS**

#### **3.1.1. Material**

##### **3.1.1.1. Diseño de contrastación**

- ✓ La presente tesis es de tipo descriptivo; pues parte de describir un fenómeno familiar peruano, el que es el hecho de que los abuelos puedan ejercer la tenencia de sus nietos ante la falta de los padres.
- ✓ Enfoque cualitativo: Pues la presente tesis no discute datos o cantidades estadísticas; sino que parte del estudio de una fenomenología jurídica, el mismo que hemos podido observar y describir.

##### **3.1.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

###### **3.1.2.1. Fichaje:**

Esta técnica nos permitió organizar la información extraída de los libros, tesis y revistas de derecho de familia; así como la información extraída de las páginas web consultadas.

###### **3.1.2.2. Análisis documental:**

Esta técnica nos permitió analizar la información recopilada y organizada; pues, en las tesis jurídicas, el análisis (es decir la descomposición mental de las instituciones) resulta importante, toda cuenta que nos va

a permitir extraer las conclusiones plasmadas en el presente trabajo.

### **3.1.2.3. Ficha:**

Este es el soporte fáctico donde se plasmó la información recopilada.

### **3.1.3. Procesamiento y análisis de datos**

Con los datos obtenidos producto de las técnicas utilizadas, pudimos organizar nuestro marco teórico, posteriormente pudimos recopilar nuestros antecedentes de investigación y finalmente a formular nuestro marco conceptual. Finalmente procedimos a redactar nuestro análisis y discusión de resultados (la dogmática analizada); para terminar, redactando nuestras conclusiones.

## **3.2. Métodos de investigación:**

### **3.2.1. Analítico - Sintético:**

Si una de nuestras técnicas de investigación ha sido el análisis de documentos; resulta obvio que cuando hemos leído la información contenida en libros y demás material bibliográfico, hemos procedido a descomponer aquellas categorías jurídicas en conceptos y demás abstracciones a efectos de entender todo lo leído.

De la misma manera, la información analizada hemos tenido que sintetizarla para efectos de comprender de la mejor manera lo estudiado.

### **3.2.2. Dogmático:**

Este método de investigación ha quedado materializado desde el momento en que hemos recurrido a la opinión y distintos puntos de vista de distintos dogmáticos; ello, a efectos de poder

entender bien las categorías que han formado nuestras variables de estudio.

### **3.2.3. Hermenéutico – jurídico:**

Este método de investigación nos ha permitido entender los distintos dispositivos legales abordados en el presente trabajo.

## **IV. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS**

### **4.1. ANÁLISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS DESDE LA DOGMÁTICA.**

- **Identificar los fundamentos jurídicos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos dentro de la convención sobre los Derechos del Niño.**

La tenencia, es definida como el ejercicio de hecho de la patria potestad; es decir, mediante la tenencia, el papá o la mamá; o, quizá ambos padres son los que conviven de manera cercana e inmediata con el o los hijos (niños o adolescente).

Ese ejercicio de hecho para con los hijos, abarca la protección, cuidado, así como también la asistencia física y moral; asimismo, ante la existencia de desventaja de un niño o adolescente respecto de un adulto en cuanto a la capacidad de desenvolverse y desarrollarse por su cuenta, es que requiere de los titulares de la patria potestad para que velen por ellos en cuanto a los alimentos en sentido amplio, lo cual incluye educación y desarrollo integral.

En ese sentido, tenemos que la patria potestad se constituye como la institución protectora del menor por excelencia, la cual yace de una relación de filiación. Viene a ser un efecto legal que se erige de una relación paterno o materno filial, ya que una vez determinada la filiación, la tenencia, ergo, la patria

potestad le corresponde por excelencia al progenitor de quien quedó determinada la filiación. (De la Fuente, 2018)

Cabe precisar, que la institución materia de comentario tiene como principios rectores la primacía del interés superior del hijo (niño y/o adolescente), el respeto de su personalidad y el desarrollo del mismo. (De la Fuente, 2018)

En sentido estricto, nos encontramos frente a una función, ya que lo natural orienta a que sean los padres a quienes les corresponde la atención de sus hijos; por cuanto, éstos tienen deberes para con ellos, pero para el cumplimiento de los mismos, la ley les otorga ciertos derechos. (Canales Torres C. , 2014)

Lo dicho, en cuanto a la tenencia como ejercicio de la patria potestad, la cual es desarrollada por los padres, tiene reconocimiento a la luz del artículo 81 del Código de los niños y los adolescentes. En dicha disposición normativa, se prescribe lo siguiente:

*“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.”*

Sin embargo, si nos ponemos en la siguiente casuística: A y B que son padre de C, están en la cárcel por homicidio, por cuanto ni A puede ejercer tenencia de C, y tampoco B, ya que se encuentra recluso en el penal.

Dicha situación no revela que, en principio, lo progenitores de C se encuentran físicamente imposibilitados de ejercer la tenencia del hijo; así como también, los padres significan un serio riesgo y peligro para sus propios hijos, por cuanto, en tal situación; y, debido al principio del Interés Superior del Niño lo más conveniente sea que dicha tenencia no deba ser ejercida por ninguno de los padres.

En tal sentido, si los padres no pueden ejercer la tenencia de los hijos, ¿Los abuelos podrían ejercer dicha tenencia? Si bien es cierto, el artículo 81 del código del niño y adolescente, no precisa en la redacción de tal disposición que los abuelos también son llamados a ejercer la tenencia de los niños o adolescentes, en caso los padres se encuentren imposibilitados física, legal o moralmente de ejercerla.

De la interrogante planteada, en caso de la imposibilidad jurídica de los padres a ejercer la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, por parte de sus padres, lo correcto sería atribuir a los abuelos la tenencia de los mismos, ya que la importancia radica en el crecimiento de éstos en familia, con arraigo a la misma, y no se perpetre la extracción de los niños, niñas y adolescentes del seno familiar, lo cual se relaciona directamente con el interés superior del niño, principio, garantía y derecho del cual gozan los niños, niñas y adolescentes, el cual, tiene por finalidad que las políticas, la legislación de un país sea adecuada a las exigencias de los mismos; sin embargo, no solo se reduce a la existencia de la normativa, sino también a la aplicación de la misma; en ese sentido, si a través de este principio se busca garantizar y proteger la integridad y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes cuyos padres no pueden ejercer la tenencia de los mismos, es ahí, donde radican los fundamentos jurídicos que le darían la posibilidad a los abuelo de tener el ejercicio de

los niños; máxime; si de la convención que versa sobre los derechos del niño, cuando regula en el artículo 9° la separación de los padres y responsabiliza al Estado parte que vele por la integridad y desarrollo del niño, niña y adolescente, lo que quiere decir, que no se puede dejar es desprotección al menor y a razón de ello, nace el artículo 81 del código del niño y adolescente, pues habla de la tenencia del hijo a favor del padre, o favor de la madre o en su defecto la tenencia compartida; sin embargo, también exhorta al Estado parte a tener normas correctas en caso ambos no puedan ejercer la tenencia; asimismo, si recurrimos al artículo 27°<sup>1</sup> el cual refiere que el hijo tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para el desarrollo de los mismos siendo responsabilidad en principio de los padres, sin embargo, en defecto de ellos, habla de “personas encargadas” que aporten al desarrollo del niño, pudiendo encajar tranquilamente los abuelos dentro de este conjunto; pues, en este caso los abuelos si pueden demandar la tenencia de los nietos, lo cual genera la preservación de la familia, en este caso, extensa; así como también, garantiza el desarrollo en familia del hijo y tutela la integridad del niño, niña y adolescente.

- **Determinar de qué manera el artículo VI del título preliminar del Código Civil resulta ser un fundamento jurídico que permita a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos.**

El artículo VI del título preliminar del C.C, prescribe:

*“Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.*

---

<sup>1</sup> Artículo 27° de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

*El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”*

En ambos párrafos de la disposición citada, tenemos que, se hace uso del término interés, en ese sentido, recurrimos al hombre en sociedad y esto revela que el hombre en general tiene diferentes necesidades las cuales busca satisfacer, para poder lograr dicha satisfacción requiere de bienes aptos; por cuanto, cuando el hombre logra la identificación de un bien con el cual puede satisfacer u necesidad, nace la existencia de una relación entre el hombre y el bien que va a satisfacer su necesidad. (ESPINOZA ESPINOZA, 2000)

Sin embargo, es necesario precisar que no siempre son los bienes aquellos que logran la satisfacción de una necesidad, ello debido a que los mismos no son suficientes, por cuanto, ante la escasez de los mismos, es que se genera la tensión respecto de un mismo bien, lo que como consecuencia da lugar a un conflicto de intereses; no obstante, tal situación conflictual es resuelta por el derecho objetivo, por ende, prevalece entre todos los intereses inmersos en el conflicto, aquel que es jurídicamente relevante.

En efecto, en la disposición materia de análisis, el legislador reconoce como intereses materia de tutela a dos tipos: A los patrimoniales, que tiene carácter económico; y a los no patrimoniales, que vienen a ser los intereses de arraigo moral; es decir, su naturaleza está relacionada directamente con lo personal, íntimo y existencial.

Por cuanto, se puede concluir que dicha disposición regula intereses patrimoniales, como también no patrimoniales; sin embargo, a los segundos intereses lo limita, ya que sí solo sí, podrá ser autorizada la acción cuando dicho interés se refiera

directamente al agente o su familia; es decir, el legislador ha reconocido que dicho interés será tutelado cuando la situación en la cual se encuentre en conflicto tal interés moral, esté relacionada directamente con la esfera de la persona y la de su familia, por ende, solo sí estará legitimado de accionar aquel que afirme que moralmente tiene un interés tutelado por el derecho objetivo.

De lo dicho en las líneas precedentes, nos generamos la siguiente pregunta: ¿Los abuelos, tienen interés legitimidad e interés para interponer demanda de tenencia y de custodia de sus nietos? Pues la respuesta es afirmativa, por ende, los abuelos si tienen interés económico o moral para accionar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes; pues, es el mismo art. 81 el cual refiere que cuando hay un acuerdo que resulte perjudicial para el niño, niña y adolescente, el Juez especializado resolverá. En ese sentido, si los abuelos forman parte de la esfera del menor cuyos padres no pueden tener la tenencia del mismo por diferentes motivos, y en aras de la preservación del interés superior del niño, del desarrollo de éste en un ambiente familiar y el cuidado de su integridad, los abuelos si son moralmente legítimos para accionar la tenencia del menor.

Cuya casuística no ésta lejos de revelar que los abuelos son sujetos que, si pueden velar por el cuidado de los niños, niñas y adolescentes, por ende, los tribunales de justicia han tenido pronunciamientos en donde el interés superior del niño se ha prevalecido, tales como:

Casación N° 5200-2009-Arequipa, la misma que literalmente señala lo siguiente:

*“En el presente caso las instancias inferiores han constatado el fallecimiento de la madre de la menor e hija de los*

*accionantes, y estos (los abuelos) peticionan la tenencia de la menor, resulta que sí gozan de legitimidad para obrar, puesto que prevalece el interés superior del niño y el respeto a sus derechos”*

Lo cual revela la importancia del artículo VI del título preliminar, ya que los abuelos si gozan de legitimidad para obrar en un proceso de tenencia, y ello, a razón de preservar una máxima básica como lo es el principio del interés superior del niño, a efectos de poder garantizar el respeto a los derechos del menor, a una estabilidad tanto física, psíquica y emocional, para que éste se desarrolle en el ambiente de una familia.

- **Determinar de qué manera el principio del Interés Superior del Niño resulta ser un fundamento jurídico que permita a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos.**

Tenemos que, el principio de interés superior del niño, se constituye como uno de los 4 principios bases del derecho del niño, niña y adolescente, cuyo origen responde a la convención sobre los derechos del niño y que está inmerso en cada rama del derecho.

La convención nos define el interés superior del niño como:

*“Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”.*

En base a ello, debemos entender que no solo responde en base a un principio, sino, también a una suerte de derecho y una garantía en el marco legal de cada Estado perteneciente,

de tal forma que, los derechos del niño, niña y adolescente sea resguardados siempre en su beneficio.

Ahora en el enfoque legal peruano, nos indica que no existe una definición dentro de nuestro marco legal, pero en la Ley N°30466, nos señala los parámetros y garantías procesales, y que le brinda una aplicación de tres conceptos, como principio, derecho y una norma procedimental.

Principio porque es un enunciado o idea fundamental para el marco legal del derecho del niño, niña y adolescente; un derecho porque forma parte del niño, niña y adolescente y el Estado debe resguardar; y una norma procedimental, debido que en cuyo proceso donde exista la implicación de un niño, niña y adolescente, se debe actuar salvaguardando sus derechos, no puede ser tratado como un adulto más, requiere de una protección.

En ese sentido, a la luz del principio del interés superior del niño ¿los abuelos pueden ejercer la tenencia de sus nietos? La respuesta es afirmativa, ya que, si a la luz del principio materia de comentario, se busca la estabilidad del menor, la cual no solo se reduce a la económica, sino, que en requiere estabilidad física, psíquica, emocional; así como también, el desarrollo de su vida y social del menor debe ser en armonía, rodeado de cariño y en un entorno familiar; por tanto, si los abuelos son parte de la esfera familiar del niño, niña y adolescente y a su vez, estos permiten y contribuyen al desarrollo del nieto en todos los aspectos de vida, y sobre todo en su desarrollo y velan por la estabilidad del mismo, se hace necesario que éstos tengan legitimidad para ejercer la tenencia del menor ante situaciones que excluyan a los padres que por regla general deben ser quienes ejerzan la tenencia, ya que, a la luz de un principio básico que pretende garantizar

la estabilidad del niño, niña y adolescente no estarían haciendo cosa distinta, a la de preservarlo y respetarlo.

#### **4.2. ANÁLISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS DESDE NUESTRAS ENCUESTAS PRACTICADAS**

En este acápite se procedió a realizar encuestas a diez profesionales del derecho entre los cuales tenemos especialistas de juzgado, defensor público, docentes universitarios y abogados litigantes cuya labor cotidiana se relaciona directamente con la variable de investigación.

<b>PREGUNTAS</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>
1. ¿Considera usted, que la tenencia solo puede ser ejercida por los padres?	1	9
2. En la actualidad, ¿sería posible en nuestra legislación nacional otorgar la tenencia a los abuelos?	2	8
3. ¿Conoce usted casos donde se haya tratado la tenencia a favor de los abuelos?	7	3
4. En caso sea positiva su respuesta anterior, ¿Está usted de acuerdo con los fallos otorgados?	7	0
5. ¿Considera usted, que exista algún fundamento normativo constitucional que ampare la tenencia a favor de los abuelos?	2	8

6. Cree usted que el ejercicio de la tenencia por parte de los abuelos ¿sería posible tomando como base el artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes?	10	0
--	----	---

**De la pregunta uno:**

<b>Encuestado</b>	<b>Cargo que ocupa</b>	<b>Si o No</b>
Anita María Olaya Jiménez	Abogada especialista en familia (directora de Centro de Conciliación Justicia Oportuna)	No
Edward Sánchez Nieves	Abogado (especialista en civil)	No
Grimaldo Saturdino Chong Vásquez	Abogado, Docente Universitario (Universidad Nacional de Piura)	No
Wilmer Kelvin Alejos Guerrero	Abogado especialista en civil (Registros Públicos de Sullana)	No
Marco Junior's Gutierrez Castro	Abogado especialista en civil (Caja Municipal de Sullana)	No
Juan Manuel Cortez Taboada	Abogado (Defensor Público)	No
Cristhian Cortez Taboada	Abogado (especialista en civil)	Si
Miguel Albornoz Verde	Abogado, Docente Universitario (Universidad Privada Antenor Orrego)	No

Martin Augusto Purizaca Sernaque	Abogado (especialista en familia)	No
Verónica Vanessa Valdiviezo Samillan	Abogada (Especialista Judicial del Segundo Juzgado de Paz Letrado Civil)	No

**Tabla N° 1:**

*¿Considera usted, que la tenencia solo puede ser ejercida por los padres?*

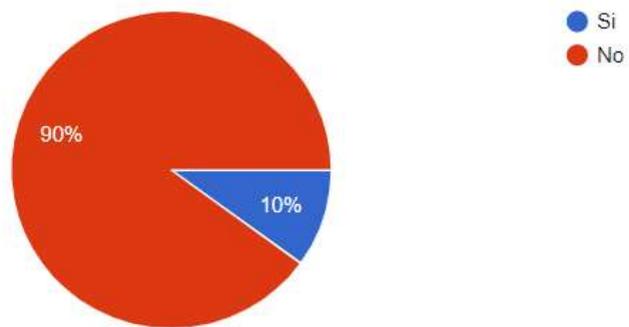
Respuesta	F	%
Si	1	10%
No	9	90%
Total	7	100%

*Fuente: datos alcanzados en el estudio.*

Se lee en la tabla 1, el 90 % no considera que la tenencia solo puede ser ejercida por los padres, eso significa que puede ser ejercida por otros familiares; y, en estos podríamos encontrar a los abuelos; y el 10 % si considera que la tenencia solo puede ser ejercida por los padres.

**Gráfico N°1:**

*¿Considera usted, que la tenencia solo puede ser ejercida por los padres?*



**De la pregunta dos:**

<b>Encuestado</b>	<b>Cargo que ocupa</b>	<b>Si o no</b>
Anita María Olaya Jiménez	Abogada especialista en familia (Directora de Centro de Conciliación Justicia Oportuna)	Si
Edward Sánchez Nieves	Abogado (especialista en civil)	Si
Grimaldo Saturdino Chong Vásquez	Abogado, Docente Universitario (Universidad Nacional de Piura)	No
Wilmer Kelvin Alejos Guerrero	Abogado especialista en civil (Registros Públicos de Sullana)	No
Marco Junior's Gutierrez Castro	Abogado especialista en civil (Caja Municipal de Sullana)	Si
Juan Manuel Cortez Taboada	Abogado (Defensor Público)	No
Cristhian Cortez Taboada	Abogado (especialista en civil)	No
Miguel Albornoz Verde	Abogado, Docente Universitario (Universidad Privada Antenor Orrego)	No
Martin Augusto Purizaca Sernaque	Abogado (especialista en familia)	No
Verónica Vanessa Valdiviezo Samillan	Abogada (Especialista Judicial del Segundo Juzgado de Paz Letrado Civil)	No

**Tabla N 2:**

*En la actualidad, ¿sería posible en nuestra legislación nacional otorgar la tenencia a los abuelos?*

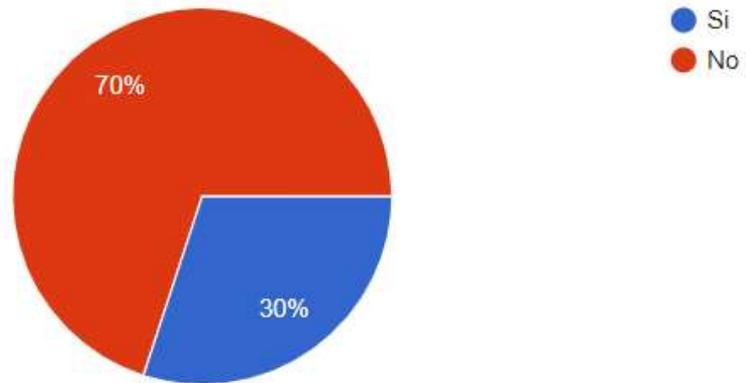
Respuesta	F	%
Si	3	30%
No	7	70%
Total	10	100%

*Fuente: datos alcanzados en el estudio.*

Se lee en la tabla 2, de los encuestados, el 70% no considera posible en base a nuestra legislación nacional actual, se pueda otorgar la tenencia a favor de los abuelos; debido a que no existe al día de hoy una norma taxativa que establezca la tenencia a favor de personas de los abuelos y el 30% si considera posible en nuestra legislación nacional otorgar la tenencia a los abuelos.

**Grafica N° 2:**

*En la actualidad, ¿sería posible en nuestra legislación nacional otorgar la tenencia a los abuelos?*



**De la pregunta tres:**

Encuestado	Cargo que ocupa	Si o no
Anita María Olaya Jiménez	Abogada especialista en familia (Directora de Centro de Conciliación Justicia Oportuna)	Si
Edward Sánchez Nieves	Abogado (especialista en civil)	Si
Grimaldo Saturdino Chong Vásquez	Abogado, Docente Universitario (Universidad Nacional de Piura)	Si
Wilmer Kelvin Alejos Guerrero	Abogado especialista en civil (Registros Públicos de Sullana)	No
Marco Junior's Gutierrez Castro	Abogado especialista en civil (Caja Municipal de Sullana)	Si
Juan Manuel Cortez Taboada	Abogado (Defensor Público)	Si
Cristhian Cortez Taboada	Abogado (especialista en civil)	No
Miguel Albornoz Verde	Abogado, Docente Universitario (Universidad Privada Antenor Orrego)	No
Martin Augusto Purizaca Sernaque	Abogado (especialista en familia)	Si
Verónica Vanessa Valdiviezo Samillan	Abogada (Especialista Judicial del Segundo Juzgado de Paz Letrado Civil)	Si

Tabla N°3:

*¿Conoce usted casos donde se hayan otorgado la tenencia a favor de los abuelos?*

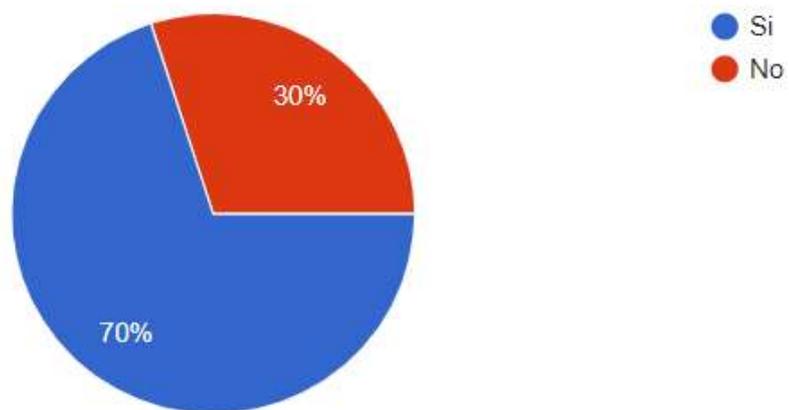
Respuesta	Frecuencia	%
Si	7	70%
No	3	30%
Total	10	100%

*Fuente: datos alcanzados en el estudio.*

Se lee en la tabla 3, de los encuestados, el 70 % sí conoce casos donde se haya tratado la tenencia a favor de los abuelos; lo que significa que, si es posible, jurídicamente hablando que se pueda solicitar dicha pretensión; y el 30 % no conoce casos donde se haya tratado la tenencia a favor de los abuelos.

**Gráfico N° 3:**

*¿Conoce usted casos donde se hayan otorgado la tenencia a favor de los abuelos?*



**De la pregunta cuatro:**

<b>Encuestado</b>	<b>Cargo que ocupa</b>	<b>Si o no</b>
Anita María Olaya Jiménez	Abogada especialista en familia (Directora de Centro de Conciliación Justicia Oportuna)	Si
Edward Sánchez Nieves	Abogado (especialista en civil)	Si
Grimaldo Saturdino Chong Vásquez	Abogado, Docente Universitario (Universidad Nacional de Piura)	Si
Wilmer Kelvin Alejos Guerrero	Abogado especialista en civil (Registros Públicos de Sullana)	-
Marco Junior's Gutierrez Castro	Abogado especialista en civil (Caja Municipal de Sullana)	Si
Juan Manuel Cortez Taboada	Abogado (Defensor Público)	Si
Cristhian Cortez Taboada	Abogado (especialista en civil)	-
Miguel Albornoz Verde	Abogado, Docente Universitario (Universidad Privada Antenor Orrego)	-
Martin Augusto Purizaca Sernaque	Abogado (especialista en familia)	Si
Verónica Vanessa Valdiviezo Samillan	Abogada (Especialista Judicial del Segundo Juzgado de Paz Letrado Civil)	Si

**Tabla N° 4:**

*En caso sea positiva su respuesta anterior, ¿Está usted de acuerdo con los fallos otorgados?*

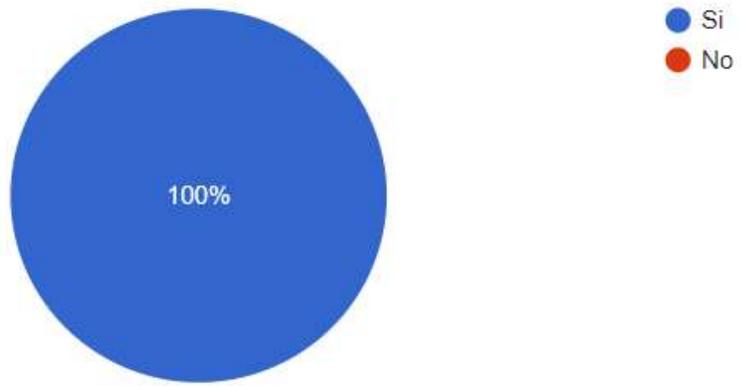
Respuesta	Frecuencia	%
Si	7	100%
No	0	0%
Total	10	100%

*Fuente: datos alcanzados en el estudio.*

Se lee en la tabla 4, de los encuestados, el 100% de los que conocían casos donde se había tratado la tenencia a favor de los abuelos, están de acuerdo con los fallos judiciales otorgados.

**Gráfico N° 04:**

*En caso sea positiva su respuesta anterior, ¿Está usted de acuerdo con los fallos otorgados?*



**De la pregunta cinco:**

Encuestado	Cargo que ocupa	Si o no
Anita María Olaya Jiménez	Abogada especialista en familia (Directora de Centro de Conciliación Justicia Oportuna)	No
Edward Sánchez Nieves	Abogado (especialista en civil)	No
Grimaldo Saturdino Chong Vásquez	Abogado, Docente Universitario (Universidad Nacional de Piura)	Si
Wilmer Kelvin Alejos Guerrero	Abogado especialista en civil (Registros Públicos de Sullana)	No
Marco Junior's Gutierrez Castro	Abogado especialista en civil (Caja Municipal de Sullana)	Si
Juan Manuel Cortez Taboada	Abogado (Defensor Público)	No
Cristhian Cortez Taboada	Abogado (especialista en civil)	No
Miguel Albornoz Verde	Abogado, Docente Universitario (Universidad Privada Antenor Orrego)	No
Martin Augusto Purizaca Sernaque	Abogado (especialista en familia)	No
Verónica Vanessa Valdiviezo Samillan	Abogada (Especialista Judicial del Segundo Juzgado de Paz Letrado Civil)	No

**Tabla N° 5:**

*¿Considera usted, que exista algún fundamento normativo constitucional que ampare la tenencia a favor de los abuelos?*

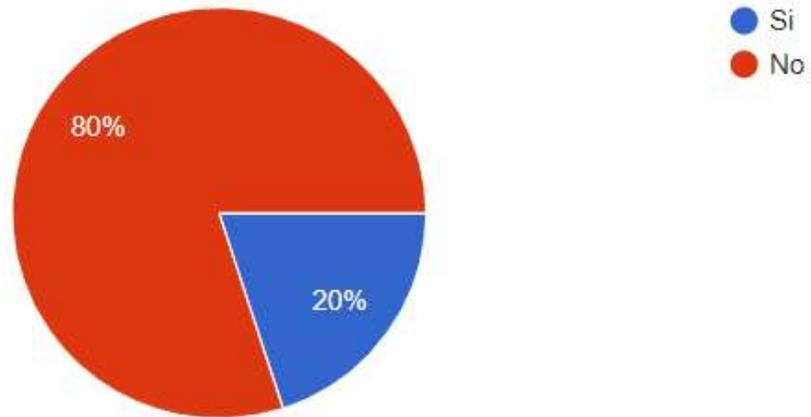
Respuesta	F	%
Si	2	20%
No	8	80%
Total	10	100%

*Fuente: datos alcanzados en el estudio.*

Se lee en la tabla 5, el 80% considera que no existe algún fundamento normativo constitucional que ampare la tenencia a favor de los abuelos y el 20 % considera que si existe fundamento normativo constitucional que ampare otorgar la tenencia a favor de los abuelos.

**Gráfico N° 5:**

¿Considera usted, que exista algún fundamento normativo constitucional que ampare la tenencia a favor de los abuelos?



**De la pregunta seis:**

Encuestado	Cargo que ocupa	Si o no
Anita María Olaya Jiménez	Abogada especialista en familia (Directora de Centro de Conciliación Justicia Oportuna)	Si
Edward Sánchez Nieves	Abogado (especialista en civil)	Si
Grimaldo Saturdino Chong Vásquez	Abogado, Docente Universitario (Universidad Nacional de Piura)	Si
Wilmer Kelvin Alejos Guerrero	Abogado especialista en civil (Registros Públicos de Sullana)	Si
Marco Junior's Gutierrez Castro	Abogado especialista en civil (Caja Municipal de Sullana)	Si
Juan Manuel Cortez Taboada	Abogado (Defensor Público)	Si
Cristhian Cortez Taboada	Abogado (especialista en civil)	Si
Miguel Albornoz Verde	Abogado, Docente Universitario (Universidad Privada Antenor Orrego)	Si
Martin Augusto Purizaca Sernaque	Abogado (especialista en familia)	Si
Verónica Vanessa Valdiviezo Samillan	Abogada (Especialista Judicial del Segundo Juzgado de Paz Letrado Civil)	Si

**Tabla N° 6:**

*Cree usted que el ejercicio de la tenencia por parte de los abuelos ¿sería posible tomando como base el artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes?*

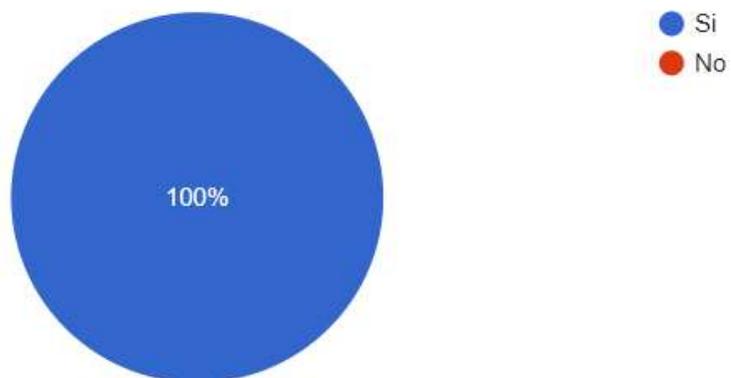
Respuesta	F	%
Si	10	100%
No	0	0%
Total	10	100%

*Fuente: datos alcanzados en el estudio.*

Se lee en la tabla 6, el 100% considera que el ejercicio de la tenencia por parte de los abuelos si es posible tomando como base el artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes.

**Gráfico N°6:**

*Cree usted que el ejercicio de la tenencia por parte de los abuelos ¿sería posible tomando como base el artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes?*



## V. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Como ya se ha dicho, la tenencia, viene a ser ese ejercicio de hecho para con los hijos, la cual abarca la protección, cuidado, así como también la asistencia física y moral; además, teniéndose en cuenta que, ante la existencia de desventaja de un niño o adolescente respecto de un adulto en cuanto a la capacidad de desenvolverse y desarrollarse por su cuenta, es que requiere de los titulares de la patria potestad para que velen por ellos en cuanto a los alimentos en sentido amplio, lo cual incluye educación y desarrollo integral. (Cornejo Chávez, 1999)

Por tal razón, tenemos que la patria potestad se constituye como la institución protectora del menor por excelencia, la cual yace de una relación de filiación. Por ende, éste viene a ser un efecto legal que se erige de una relación paterno o materno filial, ya que una vez determinada la filiación, la tenencia, ergo, la patria potestad le corresponde en principio al progenitor de quien quedó determinada la filiación. (De la Fuente, 2018)

En efecto, como se habla de un instituto que busca proteger a niño, niña y adolescentes, quienes se constituyen como personas vulnerables, los cuales, por sus desventajas físicas y de capacidad mental, hacen de estricta necesidad que estén bajo el cuidado de una persona adulta. Es por ello, que la misma tiene como principios rectores la primacía del interés superior del hijo (niño y/o adolescente), el respeto de su personalidad y el desarrollo del mismo.

En cuanto a la tenencia como ejercicio de la patria potestad, la cual es desarrollada por los padres, tiene reconocimiento a la luz del artículo 81 del Código de los niños y los adolescentes. En dicha disposición normativa, se prescribe lo siguiente:

*“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.”*

Tal artículo nos pone frente a una familia en donde papá y mamá estén juntos, por cuanto, ambo tienen la tenencia del menor; en su defecto, si lo padres están separados, sería la madre quien ejerza la tenencia del hijo, o viceversa; sin embargo, si no estuviesen lo padres, o de estarlos, ambos sean un peligro para el menor ¿Los abuelos abuelo podrían ejercer la tenencia de los nietos? Esta interrogante no pone frente a la interrogante que ha dado pie a la presente investigación.

Los abuelos, no solo cuidan, lo abuelos son personas de importancia en la vida de un nieto, vienen a ser el tronco de la familia, aquellos que constituyen infancias, que vislumbran pertenencia e identidad en la familia y forman parte de la esfera familiar del menor, por esa razón, lo abuelos si deben tener legitimidad para ejercer la tenencia de los nietos, puesto que, la relación entre los abuelos y nietos está basada en el afectio, en el amor, en vínculos sanguíneos, siendo sujetos adecuados para brindar garantía psíquica, emocional y física al niño, niña y adolescente. Ello se ve reflejado en la casuística judicial, ya que nuestra postura es confirmada por los tribunales de justicia, los cuales han tenido pronunciamientos en donde el interés superior del niño se ha prevalecido, tales como:

Casación N° 5200-2009-Arequipa, la misma que literalmente señala lo siguiente:

*“En el presente caso las instancias inferiores han constatado el fallecimiento de la madre de la menor e hija de los accionantes, y*

*estos (los abuelos) peticionan la tenencia de la menor, resulta que sí gozan de legitimidad para obrar, puesto que prevalece el interés superior del niño y el respeto a sus derechos”*

Lo cual confirma, que efectivamente lo abuelos si tienen legitimidad para demandar la tenencia de los nietos, ya que son parte de la esfera familiar del niño, niña y adolescente y a su vez, estos permiten y contribuyen al desarrollo del nieto en todos los aspectos de vida, y sobre todo en su desarrollo y velan por la estabilidad del mismo, se hace necesario que éstos tengan legitimidad para ejercer la tenencia del menor ante situaciones que excluyan a los padres que por regla general deben ser quienes ejerzan la tenencia, ya que, a la luz de un principio básico que pretende garantizar la estabilidad del niño, niña y adolescente no estarían haciendo cosa distinta, a la de preservarlo y respetarlo.

Finalmente, cabe mencionar los resultados obtenidos de nuestras encuestas formuladas, en donde prácticamente todos nuestros encuestados coinciden en que existe posibilidad jurídica para que los abuelos puedan ejercer la tenencia de sus nietos; sin embargo, todos también coinciden que no existe regla legislativa taxativa que habilite a los abuelos para ejercer dicha posibilidad. Nosotros coincidimos casi con todo con lo que nuestros encuestados han manifestado. Sin embargo, con lo que no estamos de acuerdo es que no exista fundamento constitucional para que los abuelos puedan ejercer la tenencia de sus nietos; pues, por ejemplo el artículo 4 de nuestra carta magna habla sobre la protección de los niños y demás personas vulnerables; y, además a nivel convencional tenemos otros fundamentos existen que avalarían nuestra hipótesis. De la misma manera a nivel legal, tenemos en el Código de los niños, niñas y adolescentes diversos motivos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos.

## CONCLUSIONES

1. Los fundamentos jurídicos que posibilitan a los abuelos a ejercer la tenencia de sus nietos, en el ordenamiento jurídico peruano son la convención sobre los Derechos del Niño, el artículo VI del título preliminar del Código Civil y el principio del Interés Superior del Niño.
2. A la luz de la Convención de los Derechos del niño, se busca que el niño tenga derecho a beneficiarse de una nivel de vida adecuado para el desarrollo de los mismos siendo responsabilidad en principio de los padres, sin embargo, en defecto de ellos, habla de “personas encargadas” que aporten al desarrollo del niño, pudiendo encajar perfectamente dentro de este concepto “los abuelos”; por ello, en este caso los abuelos sostenemos que ellos no solo sí pueden demandar la tenencia de los nietos para proteger el interés de sus nietos; sino incluso obtenerla; pues, el término de familia contemplado por nuestra carta magna alcanza incluso al de la familia; de la misma manera, nuestra Constitución garantiza el desarrollo en familia del hijo y tutela la integridad del niño, niña y adolescente.
3. Los abuelos si tienen interés económico o moral para accionar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes; pues, es el mismo art. 81 el cual refiere que cuando hay un acuerdo que resulte perjudicial para el niño, niña y adolescente, el Juez especializado resolverá. En ese sentido, los abuelos al formar parte de la esfera familiar del menor si están moralmente legitimados para accionar la tenencia del menor; e incluso el juez pueda concedérselas.
4. El principio de Interés superior del niño, no solo es un principio, sino que a su vez es un derecho, deber y una norma procedimental, debido que en cuyo proceso donde exista la implicación de un niño, niña y adolescente, se debe actuar salvaguardando sus derechos, en ese sentido, si un abuelo demanda la tenencia de su nieto(s) se le deberá considerar legitimado y se deberá resolver en virtud a dicho principio, regla y norma.

## Referencias

- Arenas LLanos, B. (2021). *La determinación de la tenencia a favor de los abuelos dentro del ordenamiento jurídico peruano. Un análisis a partir de la jurisprudencia nacional*. Lima: Universidad Católica San Pablo.
- Ballesteros Chunga, M. (2019). *Modificación del artículo 84° del CNA de la tenencia a favor de los abuelos frente a la exigencia del padre*. Universidad César Vallejo.
- Calderón Beltrán, J. (2011). ¿La madre cría, el padre provee? Desterrando el mito respecto de la tenencia. *Dialogo con la Jurisprudencia.*, 109.
- Canales Torres, C. (2014). *Patria Potestad y Tenencia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Canales Torres, C. (2014). *Patria Potestad y Tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Lima: Gaceta Jurídica .
- Castañeda, J. (2003). *Código Civil- Tomo 1*. Lima: Gráficos.
- Código Civil, Decreto Legislativo N° 295 (14 de noviembre de 1984).
- Cornejo Chávez, H. (1999). *Derecho de Familia peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cuya Borda, G. (2018). *Proceso de tenencia de menor otorgada a los abuelos frente al interés superior del niño Juzgados Lima Norte 2017*. Lima: Universidad César Vallejo.
- De la Fuente, R. (2018). El interés superior del niño y el derecho de los abuelos a la tenencia y custodia de los nietos: a propósito del acuerdo adoptado en el Pleno Jurisdiccional de Lima. *Gaceta Civil y Procesal Civil* , 13-20.
- Díez Picazo, L. &. (1990). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- Dueñas Triviños, W. (2018). *Otorgamiento de Tenencia de niños y adolescentes a personas distintas a los padres*. Arequipa-2016. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2000). Naturaleza jurídica del legítimo interés: hacia el rescate de su autonomía conceptual. *Advocatus*.
- Fernandez Valle, W. (2019). *Comentarios a la Ley de Conciliación Extrajudicial Peruana. Ley 26872*. Lima: Ubi Lex Asesores S.A.C.
- Gallegos Canales, Y., & Jara Quispe, R. (2014). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Jurista Editores.
- Hernández, J. (2019). *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*. Ciudad de México.
- Hernández-Sampieri , R., & Mendoza, C. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Mc Graw Hill Education.
- Osorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencia Jurídica Política y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Rodríguez, A., & Pérez, O. (2017). Métodos científicos de indagacion y de construcción del conocimiento. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, 1-26.
- Varsi Rospligioso, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.