

Flexibilización de los presupuestos procesales en el proceso de tenencia a favor de los abuelos.

Relaxation of procedural requirements in grandparents' custody proceedings.

Alison Romina Pozo Mesía

Universidad César Vallejo de Trujillo, Perú

✉ Arpozo@ucvvirtual.edu.pe

 **ORCID:** 0009-0003-1895-0215

Mirella Thalía Villanueva Montes

Universidad César Vallejo de Trujillo, Perú

✉ Mtvillanueva@ucvvirtual.edu.pe

 **ORCID:** 0009-0002-2899-226X

Recepción: 26 de octubre 2023 / Aceptación: 26 de diciembre 2023 / Publicación: 28 de diciembre 2023

Resumen

El artículo analiza aspectos relevantes sobre los presupuestos procesales en la tenencia, como también la flexibilización procesal derivado del poder tuitivo del Juez; describiendo la problemática sobre este tipo de pretensiones, al analizar la legitimidad o interés para obrar de los abuelos. Por ello, la investigación planteó como objetivo explicar cómo se puede flexibilizar los presupuestos procesales en el proceso de tenencia a fin de conceder la tenencia a favor de los abuelos; así también, como problema específico, analizar como el interés superior del niño incide en la fundabilidad de la demanda de tenencia a favor de los abuelos. Se consideró 6 participantes que pertenecen a la Corte Superior de Justicia de Ica; la metodología empleada fue de tipo básico, con un diseño interpretativo basado en la teoría fenomenológica, el instrumento de recolección de datos fue la guía de entrevista y como técnica se empleó la entrevista, el cual estuvo conformada por 6 preguntas abiertas. Con los resultados obtenidos se concluyó que es viable flexibilizar los presupuestos procesales en los procesos de tenencia, a fin de viabilizar la tramitación del proceso conforme al interés superior del menor.

Palabras clave: Flexibilización, poder tuitivo, presupuestos procesales, protección constitucional, tenencia.

Abstract

The article analyzes relevant aspects on the procedural requirements in the tenancy, as well as the procedural flexibility derived from the protective power of the Judge; describing the problems on this type of pretensions, when analyzing the legitimacy or interest to act of the grandparents. Therefore, the objective of the research was to explain how the procedural requirements in the custody process can be made more flexible in order to grant custody in favor of the grandparents; also, as a specific problem, to analyze how the best interest of the child affects the merits of the claim for custody in favor of the grandparents. Six participants belonging to the Superior Court of Justice of Ica were considered; the methodology used was basic, with an interpretative design based on the phenomenological theory, the data collection instrument was the interview guide and the technique used was the interview, which consisted of 6 open questions. With the results obtained, it was concluded that it is feasible to make the procedural assumptions in the custody proceedings more flexible, in order to make the process feasible in accordance with the best interests of the child.

Keywords: Flexibilization, tutive power, procedural presuppositions, constitutional protection, tenure.

Introducción

La tenencia como atributo de la patria potestad viene a ser tal vez en el derecho de familia uno de los puntos más importantes para protección constitucional que otorgan los Estados para los niños, niñas y adolescente. Si origen se da desde el nacimiento del menor, aquí es donde se origina todos los deberes y derechos del menor, y se extinguen al momento de que el menor crece, al momento de que el Juez ordena la tenencia a solo uno de los progenitores, se genera una suerte de violación al derecho de igualdad (Bermeo & Pauta , 2020). Si bien, la patria potestad no ha cambiado mucho desde su reconocimiento en la antigua Roma; en la actualidad se sigue ejerciendo ese poder sobre los menores, en forma directa e inmediata; considerándolos objetos de protección sujetos a nuestras necesidades y excusándolos en dicha figura al tomar decisiones que los afectarían directamente (Jiménez, 2021); se entiende que con la patria potestad, los progenitores deberían asumir esta responsabilidad parental en la crianza, cuidado y todo lo que tenga que ver con el menor, a fin de que puedan garantizar sus derechos elementales a que puedan tener una vida de calidad (Espinoza, 2021a).

En el caso de la tenencia propiamente dicha, este derecho – deber de los padres, el cuidado se materializa en el domicilio del progenitor, a fin de atenderlos y brindarle el cuidado necesario, para ello es indispensable contar con la opinión del menor, a fin de garantizar su cuidado (Barletta, 2018). En nuestro país, la tenencia se materializa con la convivencia plena entre los progenitores para con el hijo, el cual tiene un imperativo constitucional, debido a que nuestra Constitución Política del Perú menciona en su artículo 6 el deber que tienen los padres para cuidar la persona y los bienes del menor; sin embargo, no podemos dejar pasar por inadvertido la problemática que pasan las familias en la actualidad, pues claramente observamos como cada día en la actual sociedad es más difícil lograr una consolidación familiar, situación que ha generado que existan más casos separación, rompimiento o divorcio entre las parejas, situaciones que originan graves crisis familiares cuyas repercusiones llegan afectar a los demás miembros de la familia.

Según la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) solo el 2021 se inscribieron 8112 divorcios en los Registros de Personas Naturales, que fue un índice en crecimiento respecto a otros derechos (Diario el Peruano, 2022). En ese sentido, en los casos donde existan hijos de por medio, se sabe que uno de los progenitores asume el ejercicio de la tenencia sobre los menores; y el otro asume un régimen de visita, en caso sea determinado así en la vía judicial; no obstante, después de la separación existen muchas consecuencias devenidas, una de ellas, es el incumplimiento de los deberes parentales, lo que muchas veces se materializa con el incumplimiento del régimen de visita a los hijos, situación que claramente afecta el desarrollo del menor; así también, se evidencia como un acto devenido de la separación, que el padre que ejerce la tenencia debido a la carga laboral y otros factores, descuida la crianza del menor, lo que ocasiona acudir a los abuelos para el cuidado de los menores.

De este modo, en los hechos se advierte que en muchos casos existen otros familiares que ejercen la tenencia de hecho sobre el menor, específicamente los abuelos maternos o paternos, dependiendo que progenitor ejercer la tenencia exclusiva; si bien, en algunos casos como mencionamos existen motivos razonables para que el progenitor no cumpla con efectividad las responsabilidades parentales, existen también situaciones en donde el menor cae en un abandono material, lo que es asumido como venimos mencionando por otros familiares, específicamente por los abuelos; en esa línea, es pertinente preguntarnos, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la tenencia, es viable que los abuelos puedan acudir a la vía judicial a pretender la tenencia de sus nietos?. Para ello, es pertinente tener citar a Shinno quien nos dice que este atributo de cuidado del progenitor hacia los hijos, puede incluso otorgarse a favor de los abuelos, sean paternos o maternos, ello en beneficio del menor, inspirando en el interés superior del niño; es por ello que, se logra fortalecer las relaciones familiares; efectivizando el desarrollo holístico del menor; en su vertiente moral, psicológico, entre otros (Shinno, 2021).

En menester indicar que, una de las formas de manifestación más grande del interés superior del menor, es el derecho a relacionarse con otros parientes, que sería una limitación a la patria potestad, solo cuando exista una causa justa; los hermanos y los abuelos deben tener preferencia sobre el resto de parientes, debiendo establecerse como regla, a favor de otro familiar, solo cuando se acredite una relación más intensa (Martínez, 2019).

Por lo tanto, dentro de nuestro sistema jurídico, que los abuelos tengan la tutela legítima sobre sus nietos, no impide que la tenencia pueda ser ejercida en forma plena por los abuelos; pues la tutela solo pretende no solo la protección del menor, sino también de su patrimonio; empero, para ello se requiere la suspensión de la patria potestad (Arenas, 2021). Así las cosas, pareciera que la tenencia a favor los abuelos; sin embargo, a diferencia de otro tipo de pretensiones en diferentes ramas del derecho, en el caso del derecho de familia, debido a su flexibilidad procesal, los operadores de justicia pueden interpretar constitucionalmente, la legitimidad para obrar del demandante, con el fin de establecer una correcta relación jurídica procesal válida, logrando con ello, salvaguardar el interés superior del menor, y por lo tanto, su desarrollo integral, bajo el cuidado de los abuelos.

En una investigación reciente, Chávez & Chavarría (2018), consideran que en los casos en donde los abuelos demanden este tipo de pretensiones, una opción es declarar improcedente la demanda, debido a que la figura no es la adecuada; empero, la aplicación del interés superior del menor podría redirigir la demanda para su admisión por el camino correcto, a fin de declarar la procedencia de la demanda.

Aspectos generales sobre la patria potestad:

La patria potestad desde sus orígenes se estableció como un derecho absoluto, exclusivo de los ciudadanos romanos, lo que garantizaba la unidad el gobierno sobre la familia; este derecho

en el tiempo fue limitándose y evolucionó en su concepción jurídica; la caída del imperio romano de occidente no se derogó esta institución, sino logró proyectarse al derecho del alto medioevo del reino visigodo (Suárez, 2014). Si bien, en la actualidad este instituto natural se traduce en deberes y derechos entre padres e hijos, son obligaciones del menor en respetar y obedecer a sus padres; cuidarlos, salvaguardarlos, en el caso de los padres, existe deberes de crianza, educación, los padres tienen el derecho de goce sobre los bienes de los hijos y, conjuntamente, la administración y su representación, estos deberes y los derechos están regulados en el Código Civil (Rodríguez, 2010).

La patria potestad brinda derechos bien determinados a los progenitores, pues conforman lo que tradicionalmente se conoce como los atributos de la patria potestad (Acuña, 2015); esta es ejercida por el progenitor que convive con el menor, en la vía judicial es viable acordarse una tenencia en conjunto o por separado, distribuyéndose funciones entre los progenitores (Espinoza, 2021b).

En esa línea, uno de los atributos más importantes de la patria potestad, es la tenencia. La ley refiere que la patria potestad concede como atributo de los padres, el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia, término éste que no resulta muy propio en el Derecho de Familia, pues más alude a tener consigo algo, como una suerte de pertenencia, y quizás el término tenencia pueda ubicarse mejor en el plano de las cosas, tal como lo encontramos en algunos diccionarios, que cuando aluden a la tenencia, la refieren a la posesión o tenencia de algunas cosas, empero en el derecho de los infantes termina aplicándose como atributo de los padres respecto de sus hijos, en la medida que se alude al hecho de que los padres tienen a sus hijos consigo (Aguilar, 2009a).

Tenencia como atributo de la patria potestad:

Se traduce la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad (Aguilar, 2009b). Según Bermúdez & Pinedo (2019), la tenencia viene a ser el atributo más importante de la patria potestad, constituye ese derecho del progenitor en vivir con el hijo en el mismo hogar, en caso que los padres no estén separados, el menor vive con ambos, por lo tanto, ejercen la tenencia en conjunto; en caso de separarse, uno de ellos ejerce la tenencia; no obstante, los demás derechos respecto al otro progenitor siguen vigentes; esta situación constituye una reorganización en los roles familiares, en algunos casos potencia la relación paterno filial, como consecuencia de la disolución del vínculo convivencial.

A mayor abundamiento, Aguilar nos dice que este derecho constituye una relación de hecho dentro de la relación paterno filial, el cual viabiliza la convivencia con el menor, mejorar el ejercicio de los atributos de la patria potestad (Aguilar, 2018); sin embargo, es de suma importancia tener en cuenta como se desarrolla la tenencia en nuestra legislación; en los hechos la tenencia implica la convivencia con un progenitor cuando se encuentran separados, el cual puede darse en mutuo acuerdo, o puedo decidirlo el Juez, considerando el interés superior del menor, debido a que este atributo implica el deber de cuidado, respecto y la garantía para cuidar el desarrollo integral de los menores (Rojas, 2018). Si bien, en la doctrina, la ley brinda este atributo a los padres, es decir, tienen el derecho a tener a sus hijos, este término no es pertinente en el derecho de familia, pues alude a tener consigo algo, pues pareciera un concepto de pertenencia, tal como lo encontramos en algunos diccionarios, pues estos en su mayoría refieren a posesión sobre alguna cosa; no obstante, el derecho en los menores, implica un atributo que da a los progenitores cierto derecho sobre ellos (Aguilar, 2009).

En ese sentido, resulta lógico que, para ejercer este atributo, es necesario tener la custodia del menor; pues debe entenderse que la persona que ejercer la patria potestad sobre el menor, también ejerce la tenencia del mismo, aunque existe situaciones especiales, como sucede en los casos de separación; no obstante, ambos dirigen y supervisan su desarrollo (Varsi, 2022).

Sin embargo, existen clases en como ejercer la tenencia del menor; para ello Falla nos dice que las más importantes pueden ser de naturaleza provisional, el cual consiste en la facultad que tiene uno de los progenitores que no ejerce la tenencia para solicitar una de naturaleza provisional, buscando salvaguardar la integridad del menor; la otra es la tenencia de hecho, el cual existe acuerdo entre los padres sin acudir a la vía jurisdiccional para ejercer la tenencia sobre el menor, en este se toma la decisión por un acuerdo expreso o tácito de los progenitores, o por decisión de solo uno de ellos; y finalmente, la tenencia definitiva, el cual es una decisión judicial o extrajudicial, que determina en forma definitiva la tenencia en un proceso judicial.

En todas estas clases, se entendería que nos encontramos ante situaciones en donde los protagonistas con los padres; empero, hay situaciones en donde el cuidado del menor es ejercido por otros familiares, específicamente por los abuelos. Sobre estos últimos, si bien la legislación sobre la tenencia no es clara sobre ellos, existe el Pleno Jurisdiccional distrital en materia de familia en donde se establece en forma excepcional que los abuelos tendrían legitimidad para solicitar tenencia sobre sus nietos; como menciona Cuya debe regularse la tenencia a favor de los menores, ello en prevalencia del interés superior del menor; pues este atributo si bien corresponde a los padres, esto no debe implicar exponer al riesgo de menoscabar su condición física y psicológica; cuando los padres no resulten adecuadas para garantizar el desarrollo del menor (Cuya, 2018).

En esa línea de atención, la Corte Suprema de Justicia (2009), en múltiples sentencias ya viene concediendo la tenencia a favor de los abuelos, debido a la preservación del vínculo afectivo con el menor; debido a que con el deceso de la madre el menor crea vínculos afectivos con los

abuelos, quienes se encargaron del cuidado del menor, brindándole atención y cuidado que necesita; inobservar ello, sería alterar su desarrollo emocional y social. Como menciona Ochoa con el interés superior del niño, lo que se busca es garantizar al menor su desarrollo personal, emocional; este principio sirve como guía para los jueces al momento de decidir la tenencia sobre el menor (Ochoa, 2016).

Presupuestos procesales:

Pese a no existir un criterio uniforme en relación a su identificación, algunos pueden ser analizados a pedido parte u otros analizados de oficio, ante de analizar y resolver el fondo del litigio; algunos suelen ser más analizados, como la competencia, personalidad y/o personería, la vía procedimental, la legitimación, litisconsorcio (Parra, 2023).

Interés superior del niño:

La protección de los derechos en los menores es un interés superior de cada país, el gran número de disposiciones legales, acuerdo internacionales, y las políticas que adopten los estados, deberían garantizar la protección del menor, pese a los factores que atenta su desarrollo (Ochoa et al., 2021). Herencia nos dice que la Corte Suprema de Justicia de la República, con la nueva normativa han llegado a resolver los procesos, estableciendo una interpretación que evidencia la toma de medidas favorables para el menor, que garantiza el desarrollo integral del menor; el interés superior del niño es el más importante cuando se acciona para solucionar los conflictos familiares (Herencia, 2021). Sin embargo, como menciona Rivera (2019), todas las autoridades deben de velar por la protección y bienestar del menor, si aplicación debe dar privilegio a otros derechos en el sentido que en caso de suceder diversos conflictos, se debe contraponerse con otros derechos individuales a cierto derechos colectivos.

Ahora bien, es pertinente mencionar que este principio, no es limitativo a una institución que beneficie la integridad del menor, pues los menores al ser portadores de derechos y ser altamente vulnerables, se atribuyen a las entidades diversas medidas para garantizar el bienestar del menor, a fin de impedir la comisión de daños a su persona como también a sus derechos (Cantoral & López, 2018). En ese sentido, en el caso de analizar los presupuestos procesales en el proceso de tenencia, es posible flexibilizar dicha condición, si resulta ser óptima para el menor.

Desarrollo integral del niño, niña y adolescente:

El desarrollo integral viene a ser la atención y promoción de todas las áreas, dimensiones y ámbitos del ser humano en su conjunto y de forma globalizada (Soler, 2016). Como mencionan Torralva et al. (1999), el desarrollo integral del menor de edad es un proceso de continuo cambio por el cual aprende a manejar y a controlar sus movimientos, sus pensamientos, su razonamiento,

sus sentimientos y su relación con los demás. Por ello, involucra un proceso multidimensional que incluye cambios en todos los aspectos de la vida del niño, niña y adolescente.

Metodología

Mediante la aplicación de la metodología interpretativa basada en la teoría fenomenológica se aplicaron los instrumentos de recolección de datos a los servidores judiciales de la Corte Superior de Justicia de Ica, los cuales son personas que, por su especialidad, analizan los procesos de familia como la tenencia; si bien, la investigación partió desde la observación, mediante al entrevista cualitativa, se obtuvo información sobre la posibilidad de flexibilizar los presupuestos procesales en el proceso de tenencia a favor de los abuelos, datos que fueron analizados mediante el método hermenéutico que sirvió de base para arribar a las conclusiones que se mostrarán a continuación.

En este punto es vital mencionar que la población estuvo conformada por 6 personas quienes trabajar como servidores judiciales en la Sala Civil Descentralizada Permanente de Chincha – Corte Superior de Justicia de Ica, 4 Asistentes Jurisdiccionales, 1 Secretario de Sala Superior y 1 Relator de Sala; quienes absolvieron la entrevista que contenía 6 preguntas abiertas, de acuerdo a los objetivos de la investigación.

Resultados

De los datos obtenidos de la guía de entrevista; sobre el objetivo general: Explicar cómo se puede flexibilizar los presupuestos procesales en el proceso de tenencia a fin de conceder la tenencia a favor de los abuelos, los entrevistados indicaron sobre la primera pregunta: Desde su punto de vista ¿La observancia del principio del interés superior del niño viabiliza la legitimidad para obrar de los abuelos en el proceso de tenencia de menor?; los entrevistados indicaron que el interés superior del niño podría puede flexibilizar los presupuestos procesales en el proceso de tenencia, lo que permite que los abuelos puedan tener legitimidad para obrar; lo que se busca con este principio es que en el proceso de tenencia se beneficie el bienestar y el desarrollo el menor; en la actualidad existen muchos casos en donde los abuelos ejercen la tenencia de sus nietos, por ello, es necesario que en los procesos de familia debido a su naturaleza flexible, se viabilice la legitimidad para obrar del menor.

Respecto a la segunda pregunta: Desde su perspectiva ¿Existen casos en donde los abuelos ejercen sobre sus nietos un tipo de tenencia?; los participantes mencionaron que, en la actualidad existen casos en donde los padres no ejercer sus responsabilidades parentales, debido a la separación que sucede entre ellos; en el caso del progenitor que ejerce la tenencia, en su mayoría se apoya en otro familiares, como los abuelos; dejando toda responsabilidad sobre ellos, pues la carga laboral impide un ejercicio pleno del cuidado; así también, existen casos en donde la persona que ejercía la tenencia exclusiva fallece y el progenitor que debería cuidar al menor, no se hace cargo de este último, por lo que los abuelos asumen el papel de padres sobre sus nietos.

En relación a la tercera pregunta: Desde su visión ¿Se puede flexibilizar los presupuestos procesales como la legitimidad para obrar del demandante en los procesos de tenencia con el poder tuitivo del Juez?; los participantes mencionaron que los procesos de familia estructuralmente pueden flexibilizarse mediante el poder tuitivo que tienen los jueces, lo cual permite que al calificar la demanda se analicen los presupuestos procesales como la legitimidad para obrar desde una óptica del interés superior del niño, aspecto que hace viable que las demandas interpuestas por los abuelos sean admitidas, pues en los procesos de familiar el operador de justicia tiene facultades amplias.

Respecto al objetivo específico: Analizar como el interés superior del niño incide en la fundabilidad de la demanda de tenencia a favor de los abuelos, los entrevistados mencionaron sobre la cuarta pregunta: Desde su conocimiento ¿En la práctica procesal es viable que el Juez conceda la tenencia del menor a favor de los abuelos?; los entrevistados mencionan que los jueces durante el proceso con la ayuda de los medios probatorios, puede advertir que es lo beneficioso para el menor; ello le permite visualizar como se ha venido dando el desarrollo integral del menor, pues como establece el Código de los Niños y Adolescentes, los jueces deben tomar como referencia lo opinado por el menor y tomar en cuenta lo opinado por el adolescente, lo que

permitiría otorgarse la tenencia a favor de los abuelos; dicho así, sería viable que los abuelos concedan tenencia a favor de los abuelos, sumado a ello, la interpretación constitucional que debe realizar el Juez al momento de analizar la viabilidad de conceder la tenencia a favor de los abuelos.

Respecto a la quinta pregunta: Desde su visión ¿Para otorgar la tenencia a favor de los abuelos puede invocarse el interés superior del niño?; los participantes mencionaron que el interés superior del niño es necesario invocarlo en el análisis de los presupuestos procesales, lo que permitiría amparar las pretensiones solicitadas por los abuelos; en este momento, el interés superior del niño, debe también ser invocado para garantizar el cuidado de los menores, para lo cual se requiere que se analice la condición en la que se encuentran los abuelos, respecto a la economía, salud y estabilidad emocional, todo ello para garantizar que la tenencia del menor se de en forma óptima.

Finalmente, respecto a la sexta pregunta: Desde su perspectiva ¿Es viable que el Juez invoque el contenido legal de la Convención de los Derechos del Niño como argumento para la fundabilidad de la demanda de tenencia a favor de los abuelos?; los entrevistados indicaron que dentro de la argumentación jurídica, el Juez puede fundar su decisión otorgar la tenencia a favor de los abuelos, invocando como justificación legal la Convención de los Derechos del Niño, debido a que nuestra legislación nacional respecto al derecho de familia, está inspirando en esta convención; los entrevistados consideran que el contenido legal es de obligatorio cumplimiento por los jueces, por esta razón teniendo en cuenta que la convención establece como imperativo legal el interés superior del niño, en los casos en donde se advierta que el cuidado del menor estaría mejor garantizado con los abuelos, este puede amparar la pretensión por ser lo más beneficioso para el menor.

Discusión

Con lo antes detallado, procediendo con la discusión de los resultados, en relación al objetivo general podemos decir que, el principio del interés superior del niño en nuestro país se encuentra recogido en el Código de los Niños y Adolescentes; este principio, en la actividad procesal permite que los operadores de justicia adopte decisiones cuyo efectos beneficiarán al menor; en el caso de la tenencia, queda claro que el análisis de los presupuestos procesales, pueden flexibilizarse en la búsqueda de salvaguardar derecho del menor; el derecho de familia tiene una naturaleza jurídica flexible, debido al poder tuitivo que gozan los operadores de justicia a diferencia de otras ramas del derecho, es por ello, que al advertirse situaciones en donde las responsabilidades parentales sean deficientes a favor del menor; o en caso, exista un abandono de la relación paterno filial, en donde los abuelos asuman la responsabilidad de cuidar a los menores, es permisible que durante el análisis de la legitimidad para obrar del demandante, los abuelos puedan pretender ante el órgano jurisdiccional la tenencia sobre sus nietos, debido al rol que

desarrollan sobre el menor, ocasionando la admisión de las demandas solicitadas por ellos, amparando su actuar en el poder amplio que le brinda su poder tuitivo.

Por otro lado, con relación a la discusión de los resultados sobre el objetivo específico, se advierte que operadores de justicia, dentro de su actividad probatoria deben procurar esclarecer respecto a sus decisiones, que es lo más óptimo para el menor; para ello, es necesario escuchar al menor, y sobre ello, adoptar una decisión que no sea tan alejado a los deseos que invoca el menor; en caso de los menores que viven con sus abuelos, estos indiquen el deseo de seguir viviendo bajo su cuidado, el Juez debe conceder la tenencia solicitada; si esta pretensión es analizada desde un punto de vista constitucional, el derecho al desarrollo de la personalidad debe garantizarse con suficiencia en nuestro país, lo que permitiría amparar este tipo de pretensiones, solo en casos en donde el cuidado del menor se de en mejor forma con los abuelos; ahora bien, pese a ser viable este tipo de pretensiones, es necesario analizar la situación real de los abuelos para garantizar un óptimo cuidado para el menor; así también, adentrándonos a la discusión de los resultados, se advierte que los operadores de justicia deben basar sus decisiones teniendo en cuenta no solo el contenido legal en nuestra legislación; sino también, el contenido de las normas legales supranacionales que reconoce nuestro país, ello por imperativo constitucional que establece la Constitución Política del Estado, que en el caso de la Convención de los Derechos del Niño, resulta de obligatorio cumplimiento por todas las autoridades de nuestro país.

Conclusiones

De lo investigado, se arriba a conclusión que en el derecho de familia, debido a su naturaleza jurídica y las pretensiones que se dilucidan, los operadores de justicia pueden flexibilizar en análisis de los presupuestos procesales, a fin de viabilizar la tramitación del proceso conforme al interés superior del menor; en el caso de los procesos de tenencia solicitados por otros familiares, el examen sobre la legitimidad para obrar del demandante, no se debe realizar una aplicación literal del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescente, pues en ella también se prevé que la tenencia de ambos padres solo será viable cuando sea beneficioso para el menor; en caso no suceda así, el operador de justicia puede disponer su decisión en forma distinta cuando no advierta que ambos padres puedan ejercer en forma debida la tenencia o cuando resulta perjudicial.

Finalmente, se concluye que el interés superior del menor, debe ser observado en la tramitación de los procesos de familia, y en toda decisión en donde se afecte al menor; este principio no solo permite admitir la demanda de tenencia a otros familiares distintos a los progenitores; sino también, permite sobre el fondo de la controversia, analizar si se garantiza el desarrollo integral del menor, bajo el cuidado de otro familiar distinto al progenitor, como sucede en su mayoría con los abuelos; en caso de ser así, puede el operador de justicia conceder excepcionalmente la tenencia a favor de los abuelos, pese a tener o no progenitores vivos.

Referencias bibliográficas

- Acuña, M. (2015). Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de derecho (Valdivia)*, 18(1), 55-77. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000100003>
- Aguilar, B. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Derecho & Sociedad*, 1(32), 191-197. <https://n9.cl/b97qa>
- Aguilar, B. (2018). *Causales de separación y divorcio. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.
- Arenas, 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*. [Tesis de pregrado, Universidad Católica San Pablo] Repositorio UCSP. <https://n9.cl/t0ope>
- Barletta, M. (2018). *Derecho de la niñez y adolescencia*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. <https://n9.cl/6t9ff>
- Bermeo, F., & Pauta, W. (2020). Vulneración en el principio de igualdad en la tenencia de hijos menores de edad. *Polo del Conocimiento*, 5(8), 1114-1133. 10.23857/pc.v5i8.1647
- Bermúdez, M., & Pinedo, M. (2019). *El proceso de familia. Un tratamiento realista del conflicto familiar*. Gaceta Jurídica S.A.
- Cantoral, K., & López, Z. (2018). El interés superior del niño como principio rector de las políticas públicas en México: función justificativa y directiva. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 29(1), 51-67. <https://n9.cl/57biv>
- Chávez, J., & Chevarría, J. (2018). *El interés superior del niño, niña y adolescente: Un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia*. [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú] PUCP. <https://n9.cl/btbeh>
- Corte Suprema de Justicia. (2009). *El interés superior del niño. Comentarios al código de la niñez y la adolescencia*. División de Investigación, Legislación y Publicaciones. <https://n9.cl/iyuxz>
- Cuya, G. (2018). *Proceso de tenencia de menor otorgada a los abuelos frente al interés superior del niño Juzgado Lima Norte 2017*. [Tesis de pregrado, Universidad César Vallejo] Repositorio Digital Institucional UCV. <https://n9.cl/hufwh>
- Diario el Peruano. (2022, febrero 25). Derecho. Más de 8 mil parejas inscribieron su divorcio en la Sunarp durante el 2021. *Diario el Peruano*. <https://n9.cl/sunhy>
- Espinoza, E. (2021). La patria potestad en la legislación ecuatoriana. *Revista Científica Ciencia & Sociedad*, 2(2), 152-162. <https://n9.cl/w9txpz>

- Herencia, S. (2021). El interés superior del Niño como concepto jurídico indeterminado y su concreción en la jurisprudencia nacional. *Persona y Familia*, 1(10), 85-104. 10.33539/perfyfa.2021.n10.2485
- Jiménez, K. (2021). Responsabilidad parental efectiva para garantizar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes en los conflictos familiares. *Llapanchikpaq: Justicia*, 2(2), 79-94. <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.4>
- Martínez, J. (2019). El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores. *Revista de Investigación de la facultad de derecho*, 8(2), 67-78. <https://doi.org/10.35383/ius.v1i2.276>
- Ochoa, J. (2016). La tenencia compartida: Interés de los padres o interés de los hijos? *Revista Institucional Cátedra Fiscal*, 1(1), 36-51. <https://n9.cl/obvht>
- Ochoa, L., Peñafiel, A., Vinueza, N., & Sánchez, R. (2021). Interés superior de los niños, niñas y adolescentes en Ecuador. *Conrado*, 17(83), 422-429. <https://n9.cl/eflio>
- Parra, F. (2023). Presupuestos procesales, condiciones y elementos de la acción: una propuesta. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 76(1). <https://n9.cl/4n564>
- Rivera, K. (2019). La afectación del Principio del Interés Superior del Niño a partir de la presunción pater is est. *Derecho & Sociedad*, 1(50), 235-248. <https://n9.cl/95jit>
- Rodríguez, M. (2010). Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. *Ius et Praxis*, 1(1), 55-84. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100003>
- Rojas, D. (2018). *La tenencia compartida acordada en los centros de conciliación extrajudicial y la vulneración del principio del interés superior del niño en el Perú*. [Tesis de pregrado, Universidad Privada Antenor Orrego]. Repositorio UPAO. <https://n9.cl/8kj73>
- Shinno, V. (2021). La pérdida de la tenencia por alienación parental. *Lumen*, 2(17), 254-266. <https://doi.org/10.33539/lumen.2021.v17n2.2471>
- Soler, V. (2016). *Desarrollo socioafectivo*. Editorial Síntesis.
- Suárez, G. (2014). La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo. *Revista de estudios histórico - jurídicos*, 1(36), 159 - 187. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552014000100005>
- Torrvalva, T., Cugnasco, I., Manso, M., Ferrero, M., O'Donnell, A., & Carmuega, E. (1999). Desarrollo mental y motor en los primeros años de su vida: su relación con la estimulación ambiental y el nivel socio-económico. *Arch. Argent. Pediatr.*, 97(5), 306-316. <https://n9.cl/wfngx>
- Varsi, E. (2022). *La nueva ley sobre tenencia compartida: ¿En qué han consistido los cambios?* Gaceta Jurídica S.A.

Contribución de autores

Autores	Contribución
Alison Romina Pozo Mesía	Concepción y diseño del artículo; investigación; análisis e interpretación; redacción y revisión del artículo.
Mirella Thalía Villanueva Montes	Concepción y diseño del artículo; investigación; análisis e interpretación; redacción y revisión del artículo.

Citación/como citar este artículo: Pozo, A., y Villanueva, M. (2023). Flexibilización de los presupuestos procesales en el proceso de tenencia a favor de los abuelos. *Nullius*, 4(2), 89-102. <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v4i2.6300>