



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

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 ESTE EN
MATERIA DE FAMILIA

Rosario de la Fuente-Hontañón

Lima, abril de 2018

FACULTAD DE DERECHO

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 Este en materia de familia. *Gaceta civil & procesal civil registral / notarial*, 58, 13-20.



Esta obra está bajo una licencia
[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

I. INTRODUCCIÓN

El Pleno Jurisdiccional distrital en materia de Familia de Lima Este, desde el día 17 de noviembre del año pasado, ha puesto fin a la incertidumbre ocasionada por las distintas sentencias dadas en materia de tenencia de menores, en relación a decidir si los abuelos están legitimados o no para obrar y solicitar la tenencia de los nietos. Los jueces de familia en la Corte Superior de Lima Este han tenido diversos criterios en sus sentencias, en cuanto a que unos jueces declaraban improcedente la demanda, concluyendo el proceso y otros jueces admitían la demanda llegando a un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. Al no haber tenido un criterio uniforme, en el Pleno Jurisdiccional se ha decidido, por unanimidad, que “excepcionalmente, los abuelos sí tienen legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, debiendo admitirse la demanda en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo VI del Título Preliminar del Código civil y el Principio del Interés superior del Niño”. Se trata de una decisión, desde mi punto de vista, acertada porque cuando los abuelos soliciten la tenencia y custodia de los nietos, de manera excepcional, deberá primar siempre el interés superior del niño, en busca de su beneficio y de su estabilidad tanto psíquica como física. No cabe duda, de que esta medida, beneficiará a muchos menores, que, en atención a los crecientes problemas familiares, tienen a los padres separados, y que además se ha probado que no son las personas adecuadas para convivir con los hijos y hacerse cargo de ellos.

II. COMENTARIO

Como es bien sabido, en el Derecho romano se consideraba que el padre tenía un derecho sobre los hijos que era absoluto en el orden personal y patrimonial, aunque a medida que fue evolucionando este Derecho, la patria potestad fue perdiendo su carácter absoluto y fue concebido más como un *officium*. Según el *ius civile*, la patria potestad se adquiría por el nacimiento en justas nupcias, por *adrogatio* y por *adoptio*.

En la actualidad, de la existencia de un vínculo de filiación – por naturaleza o adopción-, legalmente establecido, el Código civil hace derivar la patria potestad que



corresponde a los progenitores respecto de sus hijos. Por lo tanto, es una consecuencia de la filiación, un sistema de protección, cuidado, asistencia física y moral y educación y un medio de suplir la incapacidad del hijo. Asimismo, ante la debilidad física y moral del menor o incapacitado, los titulares de la patria potestad velan por él, lo tienen en compañía, le dan alimentos en sentido amplio, incluyendo su educación y desarrollo integral. La patria potestad es: a) la institución protectora del menor por excelencia que se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza, matrimonial, no matrimonial o adoptiva. Es el vértice y centro del sistema civil de protección, ejemplo y punto de referencia de otras figuras, como la tutela, la curatela, que coinciden con ella en el alcance o contenido de la protección que ofrecen; b) un efecto legal propio de toda relación paterno o materno-filial, de tal modo que una vez determinada la filiación, la patria potestad corresponde automáticamente, *ex lege*, al progenitor respecto al cual quedó determinada la filiación. Actualmente, la patria potestad no es solamente un conjunto de derechos que se ejercen en el interés exclusivo de sus titulares, es decir del padre y la madre, sino que se trata del ejercicio de un derecho-deber, que la ley recoge y deriva de las relaciones ordinarias entre padres e hijos y de la estructura del grupo familiar y su inserción en el medio social. Los principios que informan la patria potestad, son los siguientes: El principio de primacía del interés superior del hijo, y el respeto de su personalidad, como medida del trato y la educación que ha de recibir.

En definitiva, la patria potestad es una función, porque lo natural es que a los padres corresponda la atención de sus hijos, se les impone ciertos deberes para con ellos, pero para su cumplimiento la ley les otorga algunos derechos. Este es el concepto de función: derecho que se concede no para la protección de intereses propios (derecho subjetivo) sino para cumplir unos deberes. Tiene un carácter de función tutelar que la configura como institución en función de los hijos. El C.c de 1984 considera a la patria potestad como una función y no como un derecho de los padres. La titularidad de la patria potestad corresponde conjuntamente a los progenitores, arts. 74 CNA.

El ejercicio de la patria potestad está sometido a la intervención y vigilancia judicial. Es árbitro en muchos aspectos de las relaciones paterno-filiales, con una amplia autorización para ordenar las medidas oportunas cuando el hijo se halle en peligro: decidirá al cuidado de

qué progenitor quedarán los hijos menores de edad en los casos de separación de hecho y a falta de acuerdo de los padres, arts. 81, 82 y ss, CNA. El juez siempre con un criterio amplio resolverá lo que, en cada caso concreto, convenga más a la persona y bienes del hijo. El art. 606 del C.c prevé el nombramiento de un curador especial para el caso de que “los intereses de los hijos estén en oposición a la de sus padres que ejerzan la patria potestad”. El art. 465 C.c., regula lo siguiente: el juez puede autorizar a los hijos, por causas graves, para que vivan separados del padre o de la madre que hubiese contraído matrimonio, poniéndolos bajo el cuidado de otra persona, y el juez fija las pretensiones que ésta debe ejercer.

Hemos destacado que la patria potestad concede facultades tanto en el orden personal como en el patrimonial. Conforme a lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) en su art. 18, 1) que la potestad paterna debe ejercerse siempre en interés de los hijos. Pero, no hay que olvidar que la filiación impone deberes que son recíprocos, en cuanto el C.c en su art. 454¹ y el CNA en su art. 24, imponen a los hijos el deber de obedecer y respetar a sus padres, deber que no sólo se entiende referido a los menores de edad sino que se extiende durante toda la vida de los hijos. Y aun cuando se trate de normas de carácter ético cuyo cumplimiento no puede ser exigido directamente, su incumplimiento puede dar lugar a sanciones civiles y penales.

En cuanto al derecho-deber de tenencia, art. 74, CNA, es derecho y deber de los padres tener a sus hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde se encontraren recurriendo, de ser necesario, a la autoridad.

El modo ordinario de cumplir este deber es conviviendo con los hijos en el hogar familiar, pero no se excluye la residencia de los hijos en un lugar distinto si así lo deciden los padres por motivos de educación, de salud, etc. Y para los hijos suponer el deber de

¹ Art. 454: “Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres”; art. 24 CNA: “Deberes de los niños y adolescentes”: incisos a) a j): “respetar y obedecer a sus padres...; cuidar, en la medida de sus posibilidades, a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad...”; del derecho de tenencia se deriva el deber de los hijos de colaborar en los quehaceres domésticos, de acuerdo a su edad y condición, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa; de manera muy semejante el legislador español ha legislado lo mismo en el artículo 155 del Código civil español.



permanecer en casa de sus padres o en el lugar que les hubiesen asignado y no pueden dejarla sin su autorización. La tenencia autoriza a los padres a recoger a sus hijos del lugar en que estuvieren sin su permiso, pudiendo recurrir a la autoridad si fuere necesario, sin perjuicio de la denuncia penal, si fuera el caso, tratándose por ejemplo de los delitos de sustracción de menores o instigación a la fuga o de secuestro regulados en el Código Penal.

En cuanto a este deber de convivir y dar afecto a los hijos se refiere una sentencia brasilera que, por la repercusión que tuvo, ha dado lugar a comentarios doctrinales entre ellos el de (Dias Freire, 2004) cuando destaca que:

“el amor no tiene precio, pero la falta de amor genera una obligación indemnizatoria. Esta es la más reciente decisión de la justicia brasileña que viene suscitando gran polémica. El hijo ingresó con una acción indemnizatoria por daños morales contra su padre invocando la violación al derecho fundamental al respeto de su dignidad. Lo fundamental de la acción fue el abandono del que fue víctima, pues su padre nunca convivió con él. Alegó que, a pesar de diversas tentativas de aproximación, el progenitor dejó de prestarle amparo afectivo, moral y psíquico, lo que le acarreó problemas comportamentales. El 1º de abril último, la Justicia del Estado de Minas Gerais acabó por condenar al progenitor al pago de una indemnización por el valor de 200 sueldos mínimos (correspondiente a US \$15.000) a título de daño moral en favor del hijo. Lo inusitado de la sentencia, proferida por la Corte de Apelación Distrital, es que el padre siempre pagó con puntualidad los alimentos al hijo. Sin embargo, la causa de pedir de la demanda fue el dolor sufrido por el abandono del progenitor, que nunca aceptó cualquier aproximación del hijo, causándole problemas de orden psicológico y emocional. (...) Este fallo acaba de alterar los rumbos del propio Derecho de Familia, pues pasó a reconocer la obligación de la asistencia del progenitor, aunque no tenga la guarda del hijo. La orientación adoptada por la Justicia Brasileña acaba de refrendar toda una nueva postura que viene siendo introducida por el Instituto Brasileño de Derecho de Familia, IBDFAM, y que busca identificar el afecto como un derecho a merecer tutela. (...) Esta nueva orientación llevó a la adopción de la doctrina de protección integral del niño que, como sujeto de derecho, goza de una extensa gama de derechos fundamentales, entre ellos el de no ser abandonado, ni negligenciado, o sea, todo niño tiene el derecho de ser amado. Frente a esto, el derecho de visitación, que siempre fue identificado como un derecho del padre, ahora pasó a ser reconocido como un derecho del hijo de disfrutar de la compañía del padre. Así además de alimentos, el hijo tiene derecho al afecto, que al fin y al cabo es el alimento del alma”.

De no existir acuerdo el juez deberá tener en cuenta los criterios del art. 84 CNA quedarse con el progenitor que convivió más tiempo siempre que le sea favorable, y que los menores de tres años deberán quedarse con la madre. Sobre esta materia ha habido un pleno jurisdiccional de familia del año 1997 en el que se establece los criterios para valorar la opinión del niño: la edad, grado de madurez, entorno psicosocial, tiempo de permanencia con los padres, libertad de los menores, razonamiento y valores, grado de instrucción, estado de salud, carácter espontáneo o programado de la declaración.

Los terceros también podrán solicitar la tenencia, pero para ello primero deberán probar una de las causales de suspensión de la patria potestad los terceros podrán a su vez solicitar la tutela y la tenencia de los menores de acuerdo con el art. 502 C.c. (“al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes”), cfr. también arts. 98 a 100, del CNA. Ello porque el art. 90 del anterior CNA permitía que los terceros con legítimo interés pudieran discutir el mejor derecho a la tenencia de los menores.

Sin embargo, el hecho que se otorgue la tenencia a uno de los padres no les priva de la posibilidad de mantener relaciones personales con sus hijos, pues la atribución de la tenencia a uno no constituye una sanción para el otro padre, por ello se establece el derecho a visitarlos, por ello el art. 84, inciso c) del CNA, establece que quien no obtenga la tenencia tendrá el derecho a visitar a los hijos. Este derecho no sólo corresponde a los padres sino también a los parientes, y padrinos, etc. Este derecho permite que los menores y sus padres mantengan una comunicación adecuada, el derecho de visitarlo en su residencia habitual y de retirarlo del lugar en que se encuentren, y mantener un trato con cierta privacidad. Es un derecho irrenunciable del que sólo puede privarse al padre por causa justificadas, e incluso puede interponerse una demanda contra quien obstaculiza el derecho de visitas.

Solamente, conforme al art. 81 CNA, cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando 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 y adolescente. Si bien en el Código de los



Niños y Adolescentes (CNA), no se habla de la tenencia por parte de los abuelos (arts. 81 a 89), con la decisión del Pleno Jurisdiccional distrital vemos que, en atención al interés y bienestar de los menores, se acude a la familia extensa, para otorgar a los abuelos ese derecho, y con apoyo en el art. VI del Título Preliminar del Código civil y la Convención de los Derechos del Niño.

Desde hace unos años, un sector de nuestra doctrina, (Aguilar, 2012), (Morales Cerna, 2014) (Canales Torres, 2014) se mostró partidario en cuanto a que la tenencia de las niñas, niños y adolescentes se podía atribuir a los abuelos, porque lo importante es que crezcan en la familia, con el consiguiente arraigo en la misma, al no extraer al niño de su propio núcleo familiar. Ante la pregunta de si los abuelos tienen legitimidad e interés para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, se planteaba si la tenencia es considerada únicamente como atributo de la patria potestad o puede ampliarse a otros parientes.

Con el Pleno de Familia de Lima Este, queda fijado el legítimo interés económico o moral de los abuelos para poder accionar la tenencia, al no prohibirlo el CNA, en su art. 81, cuando señala que cuando el acuerdo resulte perjudicial para el menor, la tenencia la resolverá el Juez especializado, y es lo que han hecho los magistrados de Familia de Lima Este.

En nuestra jurisprudencia anterior al presente Pleno, con respecto a la tenencia solicitada por los abuelos, contamos con algunas sentencias de interés, y que presentamos, con la seguridad de que ahora en adelante el camino abierto por nuestros magistrados será recorrido en el sentido de otorgar la tenencia a los abuelos, como parte de la familia extensa y siempre en beneficio del bienestar del niño, niña o adolescente, en atención al principio de su Interés Superior².

² Sin embargo, he tenido noticia de la demanda presentada en el Juzgado de Familia de San Juan de Miraflores, Exp. 00043-2018-03002-JR-FC-01, de fecha 25/1/2018, donde los abuelos solicitaban la tenencia exclusiva de su nieto menor, porque los padres biológicos se han desentendido de sus obligaciones para con el menor, pero es desestimada, al aplicar el art. 83 CNA, por lo que señalan que “los demandantes no tienen interés para demandar la tenencia del menor...sin perjuicio de que puedan reclamar otras figuras legales a fin de satisfacer su pretensión”.

En la Cas. 4881-2009- Amazonas, se niega la tenencia al padre y se la otorga a los abuelos maternos, para conservar el vínculo afectivo con la menor y *“corresponde entregar la tenencia y tutela de la menor a favor de los abuelos maternos, pues alejar a la menor de estos –quienes desde el deceso de la madre se han encargado de crear un vínculo afectivo con ella, siendo las únicas personas con quienes ha mantenido contacto y le han dado las atenciones y cuidados que todo niño necesita– implicaría una alteración a su desarrollo emocional y social, lo cual no se condice con el principio de interés superior del niño”*. La casación mencionada es interesante al otorgarles la tenencia junto con la tutela, siendo figuras distintas, y no habiendo sido suspendida tampoco la patria potestad al padre, al que se le asigna un régimen de visitas.

Otra sentencia a favor de otorgar la tenencia a los abuelos es la Cas. N° 5200-2009- Arequipa: *“Si en el presente caso las instancias inferiores han constatado el fallecimiento de la madre de la menor e hija de los accionantes, y estos 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”*; los jueces se apoyan en el principio del Interés superior del Niño y el respeto de sus derechos, a una estabilidad psíquica, emocional y física, para que pueda ir desarrollándose en el entorno familiar en que ha estado viviendo.

En el mismo sentido la Cas. 356-2005-Cono Norte, cuando se concluye que *“puesto que todos los medios probatorios existentes tales como informes psicológicos y sociales y declaración del propio menor señalan que éste se encuentra en muy buenas condiciones, trato, cuidado y vínculo familiar con los abuelos maternos Julia Meza de Chinchay y César Chinchay More”*. Incluso el menor expresó su opinión de querer *“permanecer viviendo con sus abuelos y que su padre Alindor lo visite”*.

En la Cas. 4774-2006- La Libertad, es el padre de la menor quien solicita la tenencia, pero los jueces resuelven en el sentido de que la menor continúe viviendo con la abuela materna: *“Considerando sexto: Que, de la revisión de las sentencias de mérito fluye que ni el a quo 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 (...)”

En la Cas. 1432-2009-Lima, donde se discute la tenencia del menor de edad, de once años, entre el padre y el abuelo materno, una vez fallecida la madre del niño. En virtud del art. 84 del CNA, el abuelo materno obtiene la tenencia porque es quien ha convivido más tiempo con el niño. Entre las pruebas presentadas y el informe social solicitado se constata que *“el señor R.P.Y. conforma un hogar constituido, al parecer la relación con su yerno no fueron armoniosas, el niño se encuentra identificado con sus abuelos maternos, vive en armonía, afecto, amor, cariño, siente el calor familiar de todos lo que lo rodean en la casa de los abuelos maternos”; A páginas setecientos ochenta y siete corre el informe social efectuado en el domicilio don C.M.C.L. (progenitor), teniendo como conclusiones lo siguiente: “el señor C.M.C.L. conforma un hogar disfuncional desde el fallecimiento de su esposa y la ausencia de su hijo, quien se encuentra con los abuelos maternos”*. Como lo estamos destacando, lo que importa para el niño es que tenga estabilidad emocional y física, y como en este caso, vive en armonía, está rodeado de cariño y es un entorno familiar óptimo.

En el derecho español sí se contempla el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos sin que se les pueda privar sin justa causa, cuando se prevé en el art. 160 del Código civil, que *“no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados”*. También resulta de interés recoger algún texto jurisprudencial español donde los jueces han confiado a los abuelos la tenencia de los nietos. Por ello, en los tribunales españoles, en atención al principio del *favor filii*, se ha previsto, por ejemplo, el derecho de visita de la abuela paterna al menor, como un derecho a tener al nieto en su compañía, si bien *“no ha ejercido este derecho de manera autónomo sino conectado con el*

derecho de visitas del hijo”³, al haberse atribuido la guarda y custodia a la madre, si bien la patria potestad es compartida por ambos progenitores. El Juez actuó correctamente al reconocer el derecho de la abuela a relacionarse con su nieta en el período de visitas concedido al hijo. En la sentencia se afirma (considerando Quinto) que “a la abuela no se le ha reconocido el derecho de visitas de manera autónoma pero sí el de relacionarse o disfrutar del menor en el período de estancia de su progenitor, y teniendo en cuenta que el padre puede tener dificultades laborales para recoger al menor del domicilio materno, esta Sala entiende que por razón de justicia debe permitírsele a la abuela, en los casos de imposibilidad, recoger al nieto en el domicilio materno”. Estamos de acuerdo con la decisión tomada porque va en beneficio del menor en todos los aspectos, tanto el personal como el material.

Para concluir, podemos decir con Orschanski⁴, que *los abuelos no solo cuidan, son el tronco de la familia extendida, la que aporta algo que los padres no siempre vislumbran: pertenencia e identidad; factores indispensables en los nuevos brotes (...). Los abuelos construyen infancias, en silencio y cada día. Los abuelos nunca mueren, solo se hacen invisibles.*

Si bien esto es así, no debemos olvidar que el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional distrital en materia de familia, señala que *excepcionalmente, los abuelos sí tienen legitimidad...* porque en primer lugar son derechos y deberes de los padres tener a los hijos en su compañía, al ser la familia, lo he dicho muchas veces, el lugar donde el niño debe estar arraigado, como el pez en el agua.

Referencias Bibliográficas:

Aguilar, B. (2012). ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? . *Diálogo con la Jurisprudencia* n° 164, 17-35.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, n° 67/2009 de 20 de julio, en Westlaw JUR\2009\430571.

⁴ Es doctor en Medicina y Cirugía, neonatólogo y pediatra, profesor asistente de la cátedra de Clínica Pediátrica de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Se puede revisar el artículo en <https://rsanzcarrera.wordpress.com/2016/01/04/los-abuelos-nunca-mueren-solo-se-hacen-invisibles/>



Canales Torres, C. (2014). *Patria Potestad y Tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Lima: Gaceta Jurídica.

Cornejo Chávez, H. (1999). *Derecho familiar peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.

Dias Freire, D. (2004). "El precio del amor", en Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia / coord. por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero, ISBN 84-609-3858-1

Hawie Lora, I. M. (2015). *Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco. (1990). *Elementos de Derecho Civil IV, Vol. 1 y 2*. Barcelona: Civitas.

Lasarte, C. (2010). *Derecho de Familia IV*. Madrid: Marcial Pons

Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos . (2008). *Curso de Derecho civil (IV) Derecho de Familia, 2da edición*. Madrid: Colex.

Morales Cerna, J. Á. (2014). La problemática de la tenencia y tutela de los niños y adolescentes solicitada por los abuelos. *Razón de cambio* , 54-62.