

CUSTODIA DE MENORES POR ABUELOS

PASO A PASO

Análisis de los supuestos excepcionales de guarda y custodia de menores por parte de abuelos u otros parientes

EDICIÓN 2023

Incluye formularios



CUSTODIA DE MENORES POR ABUELOS

Análisis de los supuestos excepcionales
de guarda y custodia de menores por
parte de abuelos u otros parientes

EDICIÓN 2023

**Obra realizada por el Departamento
de Documentación de Iberley**

COLEX 2023

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1194-206-5
Depósito legal: C 1856-2023

SUMARIO

1. LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES	9
2. LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES POR ABUELOS O PARIENTES	17
2.1. ¿En qué casos puede otorgarse? El procedimiento a seguir	17
2.2. Derechos y deberes	20
2.3. El papel de los progenitores	22
3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	25
4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS CASOS MÁS DESTACADOS DE CUSTODIA DE MENORES ATRIBUIDA A LOS ABUELOS O A OTROS PARIENTES	35
4.1. Atribución de la custodia de menores a los abuelos por desinterés de los progenitores.	35
4.2. Atribución de la custodia de menores a los abuelos en caso de fallecimiento de uno o de ambos progenitores	40
4.3. Atribución de la custodia de menores a los abuelos por toxicomanía, drogadicción o ingreso en prisión de progenitores.	44
4.4. Atribución de la custodia de menores a otros parientes.	47

ANEXO.

FORMULARIOS

Demanda de juicio verbal solicitando la tutela del menor en favor de los abuelos por muerte de un progenitor	55
Contestación a la demanda de juicio verbal de solicitud de tutela del menor a favor de los abuelos por muerte de un progenitor	61
Demanda para solicitar la custodia de menores por otros familiares	65
Recurso de apelación contra resolución que inadmite demanda de guarda y custodia por falta de legitimación activa de los abuelos	71
Escrito solicitando la modificación de medidas respecto de un menor ante el fallecimiento del progenitor custodio	77

1.

LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

La figura de la guarda y custodia se encuentra un tanto desdibujada, toda vez que aparece regulada en el artículo 92 del Código Civil en el cual se regula también la «patria potestad», y es que ambas figuras están inexorablemente unidas. Pese a la vinculación estrecha entre ambas, suponen instituciones diferentes y en su virtud comprenden facultades diversas. La institución de la **patria potestad** supone un conjunto de derechos y deberes enumerados por el artículo 154 del CC de los padres respecto de sus hijos menores no emancipados, tales como alimentarlos, educarlos o representarlos (por lo tanto, constituyen las decisiones de más enjundia y calado en la vida del menor, lo que supone que generalmente se ejerza por los dos y son ambos progenitores los que deben consensuar esa toma de decisiones —por ejemplo, elección de centro educativo, modelo de educación, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos a los que deba someterse el menor, etcétera—).

A TENER EN CUENTA. El artículo 92 del CC ha sufrido dos modificaciones recientes, la primera, por medio de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, con entrada en vigor el 25/06/2021, y la segunda, por medio de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, con entrada en vigor el 05/01/2022.

Ante la ruptura de la unidad convivencial y atendiendo a las circunstancias concurrentes en el preciso supuesto, siempre velando por el interés superior del menor, nos podemos encontrar ante tres sistemas o modelos de guarda y custodia:

- Guarda y custodia atribuida a un solo progenitor.
- Guarda y custodia compartida por ambos progenitores.
- Guarda y custodia encomendada a abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea.

Así, el superior interés del menor, en unión a las circunstancias concurrentes, determinará como idóneo en cada caso un régimen u otro, para lo cual habrá de estarse al supuesto concreto, tal y como ha afirmado nuestra jurisprudencia que, por su interés, reproducimos a continuación.

JURISPRUDENCIA**Sentencia del Tribunal Supremo n.º 705/2021, de 19 de octubre, ECLI:ES:TS:2021:3863**

«El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990 (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre de 2020, FJ 3, y 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, entre las más recientes). Como dice la STC 178/2020, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio, de modo que el tribunal debe realizar la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso, ofreciendo una motivación reforzada sustentada en su mayor beneficio y con pleno respeto a sus derechos».

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 185/2012, de 17 de octubre, ECLI:ES:TC:2012:185

«Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio. FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21, FJ 7). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de algún derecho inherente a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con este principio, el art. 92 CC regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios: a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para hijos y b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del Juez sobre su debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores».

Por su claridad, destacamos también la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 665/2021, de 18 de junio, ECLI:ES:APM:2021:7928:**

«Nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del “favor filii” contenido en los art. 92, 93 y 94 CC, que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro régimen de visitas del menor con su padre, que le permite ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial.

(...) en esta materia de visitas debe atenderse principalmente al interés del menor, principio esencial básicamente en aplicación del artículo 39.3

de la Constitución Española. Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3)».

Modelos de guarda y custodia

|| **Guarda y custodia atribuida a un solo progenitor**

Este régimen de guarda y custodia supone que, tras el cese de la convivencia, a pesar de que ambos ejerzan la patria potestad de manera conjunta (artículo 92.4 del CC), le corresponde solo a uno de los progenitores (guarda y custodia exclusiva, unilateral o monoparental), y respecto del otro progenitor, se fija un sistema de estancias o comunicaciones, tal como expresa la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 56/2022, de 28 de enero, ECLI:ES:APM:2022:491**:

«(...) tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en “tener a los hijos en su compañía” (art. 154 CC), se desdobra en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro progenitor. Por tanto los términos “guarda y custodia” y “régimen de visitas y estancias” no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía».

|| **Guarda y custodia compartida por ambos progenitores**

Esta figura no se incorpora al derecho positivo español hasta la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, si bien, desde entonces ha sufrido alguna modificación, como así tuvo lugar respecto del apartado 8 del artículo 92 del Código Civil —según redacción dada por dicha ley—, que se declaró inconstitucional y nulo por **sentencia del Tribunal Constitucional n.º 185/2012, de 17 de octubre, ECLI:ES:TC:2012:185**.

La guarda y custodia compartida se define como la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia de los hijos (artículo 92.5 del CC). Esta figura se ha erigido como la medida normal y deseable desde que el Tribunal Supremo estableciese, en la **sentencia n.º 257/2013, de 29 de abril, ECLI:ES:TS:2013:2246**, la **doctrina jurisprudencial a seguir para establecer la guardia y custodia compartida** y considerándola como la **medida idónea**, cuando así afirma «la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda

la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación». A esta sentencia del Alto Tribunal le han seguido otras que vienen a complementar esa doctrina jurisprudencial sentada en su día, y así, la **sentencia del Tribunal Supremo n.º 444/2017, de 13 de julio, ECLI:ES:TS:2017:2840**, indica lo siguiente:

«Se ha de partir de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015, Rc.2827/2013), señalando la sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 abril 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

(...) Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras:

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- e) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Es por ello por lo que, a tenor de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en los procedimientos de divorcio con hijos menores, el régimen de guarda y custodia compartida debe ser considerado como el régimen idóneo y normal en aras a establecer la primacía del interés del menor en dicho pronunciamiento, a menos que existan circunstancias, en el caso concreto sometido a enjuiciamiento, que impidan o desaconsejen la referida medida.

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: “se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013)».

Cabe destacar también la **sentencia del Tribunal Supremo n.º 665/2017, de 13 de diciembre, ECLI:ES:TS:2017:4372**, la cual, refiriéndose a esta fórmula de custodia compartida, afirma que «(...) se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (**sentencias del Tribunal Supremo n.º 390/2015, de 26 de junio, ECLI:ES:TS:2015:2736, y n.º 758/2013, de 25 de noviembre, ECLI:ES:TS:2013:5710**). La custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores, sino el sistema normalmente más adecuado y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche (STS n.º 564/2017, de 17 de octubre, ECLI:ES:TS:2017:3718)».

CUESTIÓN

¿Pueden los tribunales acordar la custodia compartida, aunque ninguno de los progenitores lo solicite?

Sí, y así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su **sentencia n.º 437/2022, de 31 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:2307**, que reza como sigue: «(...) *los progenitores cuentan con las habilidades necesarias para atender al hijo, que no existe un rechazo del hijo a relacionarse con ambos progenitores y que las discrepancias en cuestiones sanitarias y de educación del menor que han existido carecen de relevancia. El informe de la perito judicial, pese a considerar que ambos progenitores estaban capacitados para el cuidado del hijo, propuso la custodia materna atendiendo principalmente a la consideración de que el padre no favorecía el desarrollo de la relación con la madre, algo que encuentra explicación por sus reticencias hacia la idoneidad de la madre para el cuidado del hijo en atención a los datos objetivos de las dos alcoholemias que la Audiencia da por probadas, aunque también excluya la existencia de problemas médicos relacionados con el alcohol. La Audiencia explica que no comparte las conclusiones del informe porque el amplísimo régimen de visitas desarrollado a partir del auto de medidas provisionales, con pernoctas entre semana, se ha desarrollado normalmente y sin que consten incidentes surgidos con ocasión de este. Esta última circunstancia, unida a la capacidad de ambos padres para el cuidado del hijo en todos los aspectos de su vida, es la que motiva principalmente su decisión.*

Por lo demás, la parte recurrente introduce hechos que no son tenidos en cuenta en la sentencia y que ni siquiera están acreditados en el procedimiento. Así, menciona que los progenitores solo se comunican por correo electrónico, cuando este dato solo se recoge en el informe pericial como simple relato de la madre. O la alusión a una posible manipulación del menor por parte del padre, que tampoco se menciona en la sentencia ni se desprende de la pericial.

Por estas razones debemos concluir, de manera coincidente con lo manifestado por el Ministerio Fiscal en su informe de oposición al recurso que, partiendo del respeto a los hechos declarados probados, la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, y no de forma irracional, aparente o estereotipada, la conveniencia del sistema de guarda y custodia compartida».

Por último, es importante traer a colación en el presente apartado el contenido del artículo 92.7 del CC que reza:

«7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra

CUSTODIA DE MENORES POR ABUELOS

PASO A PASO

En esta guía se aborda el estudio detallado de la institución de la guarda y custodia de menores en aquellos casos en que la tienen atribuida de forma excepcional terceras personas, especialmente abuelos u otros parientes, aun cuando uno o ambos progenitores ostentan la patria potestad.

Se analizan, con un enfoque eminentemente práctico, los distintos aspectos de la guarda y custodia atribuida a abuelos u otros familiares, así como el papel de los progenitores en estos casos, y los derechos y obligaciones que les corresponden respecto de los menores, con especial referencia al interés superior del menor como principio rector en la materia.

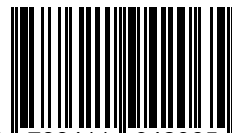
El lector contará a lo largo de la guía con el análisis jurisprudencial de los casos más relevantes y recientes, entre ellos el recogido en la pionera sentencia dictada por un juzgado de la provincia de Pontevedra que concede la custodia de los menores a los abuelos ante la falta de interés de los progenitores, así como la resolución de preguntas frecuentes y una selección de formularios de interés que contribuyen a facilitar el dominio práctico de la materia.

www.colex.es



PVP 15,00 €

ISBN: 978-84-1194-206-5



9 788411 942065