

# La guarda y custodia de los menores de nacionalidad española que residen en el extranjero y su solicitud por los abuelos en España

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

## Enunciado

Los menores María, José y Carlos, de 8, 5 y 3 años, residen en un país extranjero, concretamente en Siria, que no pertenece a la Unión Europea, en el que existe un conflicto bélico, donde conviven con su madre española, en un centro para refugiados, no permitiéndoseles la salida del mencionado territorio. Del padre de la nacionalidad de ese país se desconoce su paradero. Les consta a los abuelos maternos, D. Francisco y D.<sup>a</sup> Pilar, el nacimiento en España de la mayor de sus nietos, María, pudiendo obtener, en su caso, la certificación de nacimiento que se produjo en España, y solo sabe que los otros dos nacieron fuera de España, desconociendo sus datos de filiación y dónde están registrados. La situación que se vive en ese país ha llevado a los abuelos maternos, que residen en España, a tomar la decisión de presentar una demanda de guarda y custodia de sus tres nietos, ante las dificultades que tiene en los aspectos personal, familiar, alimenticio, en el ámbito de la salud y del resto de sus derechos, y poder garantizar el ejercicio de sus derechos.

Los padres no pueden ponerse en contacto con su hija, y pese los intentos realizados por su parte y de las solicitudes para que fuera el Gobierno de España o las instituciones comunitarias, no han conseguido resultados tendentes a recuperar a sus nietos. Han contactado con un gabinete jurídico para interponer una demanda, solicitando su guarda y custodia, pidiendo medidas cautelares sin audiencia de la madre.

Cuestiones planteadas:

1. La guarda y custodia de menores que residen en países en conflicto bélico como el mencionado.
2. El interés superior de los menores y la guarda y custodia de la madre.
3. Conclusión.

## Solución

1. El caso que se propone podría presentarse en situaciones que actualmente se producen en muchas partes del mundo, en donde, además de la situación bélica, pueden residir personas de nacionalidad española en malas condiciones de todo tipo, como las que se describen en el caso, y sin posibilidad de ayuda de los gobiernos correspondientes, entre ellos el de España, o bien de las instituciones comunitarias.

Estas situaciones, y la falta de soluciones, puede suponer que parientes de personas españolas que allí residan no solo pidan ayuda a los organismos públicos correspondientes para que en el ámbito político puedan intentar resolver esas situaciones, sino que, ante la imposibilidad de conseguir soluciones, recurran a los tribunales para remediar esas situaciones.

Este es el supuesto que se describe en el caso, pero debemos preguntarnos si esa pretensión de los abuelos de los menores tiene posibilidades de prosperar, dirigiéndose a la autoridad judicial competente, cuando al más alto nivel nada se consigue.

Qué normativa sería aplicable a esa solicitud de los abuelos de los menores, teniendo en consideración que se trata de Siria.

Pudiera pensarse que los abuelos recurrieran al Reglamento de Bruselas 2201/2003 (Bruselas II), que está pensado para menores que se encuentren en territorio español, por lo que no se aplicaría al presente caso, de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento referido a la competencia general:

1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

En segundo lugar, podrían recurrir al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996; en el caso de que Siria fuera un país que fuera parte del convenio, sería de aplicación el artículo 5 del mismo, que dispone que

a los efectos del presente Convenio: a) el «derecho de custodia» comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el «derecho de visita» comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual,

que tampoco resulta aplicable.

Por tanto, los tribunales españoles no tendrían competencia en cuanto a las medidas relativas a responsabilidad parental, al tener los menores su residencia actual fuera de España.

La única posibilidad sería acudir al artículo 22 quáter de la LOPJ, que establece que

Los tribunales españoles serán competentes [...] d) en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.

En primer lugar, los demandantes residen en España, por lo que podría dar lugar a considerar que los tribunales españoles serían competentes, sin embargo no puede dejar de tenerse en cuenta que, respecto de la solicitud de una guarda y custodia de los menores, no consta nada más que el nacimiento de uno de ellos en España, María, lo que impediría poder determinar la filiación de los otros dos, ya que nacieron fuera de España, concretamente en el país donde se encuentran, según refieren los abuelos y de acuerdo con las manifestaciones de su hija. La solicitud determinaría su repatriación a los efectos de la guarda y custodia referida y para evitar la posibilidad de que la madre se oponga a dicha repatriación.

**2.** Es importante en el presente caso examinar el interés de los menores, que recoge la Convención de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989, que forma parte del ordenamiento jurídico español, y que en la Ley orgánica de protección jurídica del menor 1/1996, de 15 de enero, establece que el interés superior del menor constituye el principio inspirador de todo lo relacionado con el mismo, y vincula a los juzgados, a los poderes públicos y a los padres, de manera que las decisiones que se adopten en relación con los menores han de ser siempre las más beneficiosas. Así, en el artículo 2 dispone que

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legis-

lativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Debe tenerse en consideración las medidas respecto de dos de los menores, que han nacido fuera de España y residen fuera del territorio nacional, residentes en Siria con su madre, que ostenta la patria potestad sobre sus hijos, sin que conste lo contrario, sin que existan más datos que permitan adoptar una medida que respete su interés superior, y además no se puede practicar la preceptiva exploración a fin de garantizar su derecho a ser oídos, al menos algunos de ellos, por que por su edad no sería pertinente, de acuerdo con el artículo 770.4.<sup>a</sup>, a efectos de garantizar el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, según el artículo 9 de Ley Orgánica 1/1996 mencionada.

Es importante hacer constar que la madre ostenta la patria potestad, y demás se carece de más datos acerca de la situación de los menores para decidir cuál es su interés, de los menores, y que así deba prevalecer frente a cualquier otro interés legítimo. Para ello sería necesario, por un lado, la exploración de los menores, al ser necesario para tomar cualquier decisión que incida en su situación personal, familiar y social, como así establece el mencionado artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menores, y así lo recoge de manera reiterada la jurisprudencia.

Además, de acuerdo con el artículo 103, cualquier decisión que afecte a la guarda y custodia de los menores debe adoptarse, como dice el precepto, de manera excepcional en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio. La atribución de la guarda y custodia pretendida, cuando la patria potestad, les corresponde, de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil (CC), a los padres; en este caso la madre, no pueden solicitarla, salvo que se iniciara una acción tendente a su privación, de acuerdo con el artículo 170 del CC.

Por tanto, los abuelos carecerían de legitimación activa para realizar la acción pretendida, y sería inadmitida la demanda.

Se puede mencionar la SAP de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, de 21 de febrero de 2013, que señala que la medida interesada por la madre respecto de la guarda y custodia del menor, que actualmente se encuentra viviendo con su abuela en Bolivia, no es viable. Tal guarda no es ejercida por ninguno de los progenitores, dado que ambos estuvieron de acuerdo en dejar a su hija en Bolivia, y en particular la madre la dejó a cargo de la abuela paterna. Serán los tribunales del lugar donde reside la menor los que, con la inmediatez que requiere el caso, hayan de resolver, a falta de acuerdo, en beneficio de la menor, cuyo interés primordialmente es el que ha de ser protegido.

También la SAP de Madrid, sección 24.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 2022 dispone que la abuela del menor,

carece de legitimación activa para ejercitar la acción pretendida, que no es sino el establecimiento de medidas paterno-filiales respecto de su nieto (guarda y custodia, patria potestad, visitas y pensión), amparando su derecho en el tenor literal del art. 103 CC, pero obviando que dicho precepto se limita a contemplar una medida excepcional dentro del seno de un procedimiento instado y seguido entre los progenitores, únicos legitimados para ello, al tratarse de medidas derivadas de la nulidad, separación o divorcio, y como se desprende igualmente del art. 748.4 LEC que habla de controversias entre progenitores, no siendo por tanto esta la vía para obtener el pronunciamiento pretendido, sobre todo cuando pretende que se le atribuya la patria potestad sobre un menor, ejercicio que tan solo puede corresponder a sus progenitores, a tenor del art. 154 CC, sin perjuicio de los supuestos contemplados en el art. 170 del CC, que no es la acción instada en la presente demanda. A ello debe añadirse que las sentencias citadas en la demanda en apoyo de su derecho se fundan bien en la institución de la guarda de hecho del art. 225.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, bien se adopta dentro del seno de una demanda de privación de la patria potestad.

Se estaría en presencia de un posible juicio verbal respecto de unos menores que residen con su madre en el extranjero, concretamente en Siria, que ostenta la patria potestad.

Los abuelos instan la guarda y custodia de los nietos, para lo que carecen de legitimación; no puede solicitarse al margen de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, y solo excepcionalmente podría serles atribuida de manera excepcional, de acuerdo con los preceptos invocados.

Se desconoce la situación real de los menores, por la imposibilidad de ser oídos, por lo que habría que valorar el interés de los nietos de los apelantes y asimismo oír a la madre que ostenta la patria potestad, que tampoco puede ser emplazada por desconocer su paradero.

**3.** En conclusión, la demanda presentada estaría abocada al fracaso, y sería desestimada por falta de legitimación, además de ser de imposible realización, ante las dificultades de valorar el interés de los menores, no pudiendo ser oídos, y tampoco poder oír a la madre, que ostenta la patria potestad y podría oponerse sin más a la solicitud, sin existir dato alguno que pueda determinar la estimación de la demanda que se interpusiera, de ser admitida, que por falta de legitimación activa estaría abocada a la inadmisión de la misma.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 103, 154 y 170.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 22 quáter.
- Ley Orgánica 1/1996 (LOPJM), arts. 2 y 9.

- Ley 1/2000 (LEC), art. 748.4 y 770.4.<sup>a</sup>.
- Reglamento de Bruselas 2201/2003 (Bruselas II), art. 8.
- Convención de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989.
- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, art. 5.
- SSAP de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, de 21 de febrero de 2013 y 14 de mayo de 2022.