

1.2. Familia

DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, DE 20 DE OCTUBRE DE 2011

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. NATURALEZA Y FUNDAMENTO.—III. CONTENIDO DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS.—IV. MODOS DE ESTABLECER EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS.—V. DENEGACIÓN O NO CONCESIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS: LA EXISTENCIA DE «JUSTA CAUSA».—VI. MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Ley reconoce a quienes son titulares y ejercen la patria potestad un poder general de tuición respecto de los hijos menores no emancipados o incapacitados (arts. 111, 154 y 171 del CC). Aquella representa una potestad o función en cuanto a los derechos o facultades que lo integran, y se atribuyen a sus titulares, no para que los ejerzan en su propio interés, sino para que actúen en interés y beneficio de los hijos sometidos a ella, y en donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad del hijo, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que, su desarrollo personal exige y demanda. Asimismo, constituye un entramado de derechos y deberes que, determina la asunción de la representación legal y administración de los bienes de los hijos. Precisamente, los deberes y facultades que a los padres competen en la esfera personal del menor, se relacionan en el artículo 154.2 del Código Civil.

El deber de velar por los hijos —que engloba realmente a todos los demás— supone cuidar de ellos «solicítamente», y comprende tanto la vida física como la moral o afectiva del menor y reclama de sus titulares el control efectivo de la vida y de las relaciones de aquel, con la consecuencia de poder actuar con cierta discrecionalidad y arbitrio. Lo dicho, por tanto, supone la posibilidad de prohibir o limitar cierto tipo de relaciones en general o las relaciones con determinadas personas, si bien no de un modo absoluto.

Ahora bien, esta facultad de control de la vida de relación del menor o, en su caso, del incapacitado —inspirada siempre en su interés o beneficio— encuentra una doble limitación legal: por un lado, su ejercicio debe efectuarse en la medida de las necesidades del hijo menor o incapacitado, o como dice el artículo 154 del Código Civil «de acuerdo con su personalidad»; lo

que, a partir del reconocimiento de un ámbito de libertad progresivamente creciente en aquel, determinará que alcanzando una cierta edad, solo con su consentimiento podrán existir determinadas relaciones con ciertos parientes o allegados; y por otro, no podrá ejercitarse impeditivamente más que si concurre «justa causa» del artículo 160.2 del Código Civil, legitimadora de la prohibición que veta los contactos entre el menor y sus abuelos y demás parientes o allegados (1).

Precisamente, estas relaciones entre los abuelos y nietos resultan esenciales y han recibido una valoración positiva no solo por la función primordial que desempeñan los abuelos en las relaciones familiares, dando cobertura a necesidades afectivas de los nietos y favoreciendo su desarrollo y educación —a pesar de que se ha pasado en la actualidad de un concepto de familia extensa a un concepto de familia nuclear, en la que, en principio, quedan excluidos los abuelos—, sino también y sobre todo, por la importancia que se ha dado a la figura, precisamente, de los abuelos tras la nueva regulación por Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (2).

(1) LETE DEL RÍO J. M., «Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de septiembre de 1991)», en *Poder Judicial*, núm. 25, marzo de 1992, págs. 147-148.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 21 de mayo de 1997 (AC 1997/1197), precisa en su *Fundamento de Derecho Primero* que: «es contenido del ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC), el velar por los hijos, en el amplísimo y trascendente sentido de cuidar de ellos no solo en su aspecto físico, sino también en el moral y afectivo, por lo que puede quien la ejerce, además de una vida de relación, actuar con arbitrio o discrecionalidad (nunca con arbitrariedad), prohibiendo o limitando ciertas relaciones en general o con determinadas personas en particular; pero cuando, como es el caso, ha sido declarado por sentencia firme que es beneficiosa para el menor una vida de relación, a través de la ejecución de un régimen de visitas periódico con sus parientes de la línea materna, debe compelerse a su cumplimiento y la relación comenzarse a realizar progresivamente y en la forma que sea más conveniente al menor —que temporalmente y durante la sustanciación del proceso, se ha visto privado de la misma—, siempre con la mira puesta en el respeto al principio constitucional que ampara la recta formación física y psíquica del menor y, a la obligación que tienen las partes de cumplir las resoluciones judiciales efectivamente, puesto que lo contrario conculcaría los fundamentos de un Estado de Derecho»; y añade: «debe primar siempre el interés del menor, que es el realmente necesario de salvaguarda y protección, y resaltando que el ejercicio de la patria potestad no es un derecho absoluto (art. 170 CC)... y al menor ha de dotarle progresivamente de un ámbito de libertad, de forma tal que, cuando alcance la madurez, sea él y no los padres quien decida lo más conveniente en orden a sus relaciones de todo orden, y de entre ellas las afectivas, pudiendo entonces relacionarse como y con quien quiera; pero mientras que se encuentre sujeto a la patria potestad, no se puede impedir sin justa causa, sus relaciones con parientes y allegados, entre los que se encuentran los recurridos, que lo son en línea recta. Es, por tanto, necesario que los abuelos maternos mantengan relaciones con su nieta, que no podrán ser impedidas unilateralmente por quien ejerce la patria potestad; y si, con o por abuso de la misma, se aprecia que la menor está siendo psíquicamente maltratada, deberán adoptarse las medidas tendentes a impedir que el capricho, el cariño mal entendido o las posibles enemistades nacidas de situaciones de las que el menor no es responsable, pueda afectar a la formación integral de la tutelada». Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de junio de 1994 (AC 1994/1126).

(2) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 22 de julio de 2003 (JUR 2003/269132), precisa que la relación con la familia extensa es beneficiosa para los hijos, para su normal desarrollo y formación de la personalidad de

Esta nueva Ley tiene presente, por un lado, el interés del menor —lo que antes hemos referido como desarrollo de su personalidad—, principio rector de nuestro Derecho de familia que vertebra un conjunto de normas de protección imprescindibles cuando las estructuras familiares están en crisis, bien sea por abandono de relaciones familiares o por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores (3). No olvidemos que, la protección inicial del interés del menor corresponde a quienes ostentan su representación legal. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos resulta imprescindible, pues tiene que asegurar el mantenimiento de un espacio adecuado, que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato del artículo 39 Constitución Española que, asegura la protección social, económica y jurídica de la familia; y, por otro, el papel fundamental de cohesión y transmisión de valores que los abuelos tienen en la familia.

En Europa, el progresivo envejecimiento de la población unido al aumento en la esperanza de vida y a los profundos cambios demográficos han contribuido a que el sector de la tercera edad sea muy numeroso, hasta el punto de que en el seno de una familia europea del siglo XXI no sea improbable encontrar vivos al menos a los abuelos paternos o maternos (4); y, ha determinado que, esta evolución y transformación de la sociedad europea hacia este sector social numeroso venga acompañada de una mayor protección del mismo en todos los niveles.

Lo cierto es que, los abuelos siguen jugando un papel importante —reforzado incluso el crecimiento de las familias monoparentales—, en el ámbito familiar, no solo procurando una cobertura económica a sus hijos en situaciones de crisis económica como la actual, sino también desarrollando el papel de cuidadores de sus nietos ante las necesidades laborales de los padres, u otras semejantes (5).

forma integral; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 18 de julio de 2003 (*JUR* 2003/24736); y de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.ª, de 3 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/119153), señala que, es indudable la trascendencia del papel de los abuelos en orden a la cohesión y transmisión de valores en la familia, y la significativa importancia de las relaciones de los nietos con sus abuelos en el desarrollo personal de los menores.

(3) La Convención Europea de Derechos de la Infancia, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su artículo 3.1 recoge el principio general de interés superior del menor como premisa máxima a tener en cuenta por todas las instituciones, autoridades administrativas u órganos legislativos respecto de las medidas concernientes a la infancia.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 18 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/47304), el derecho de visitas de la relación abuelo-nieto se estima beneficioso para la formación y maduración del menor.

(4) En Francia, MALAURIE-AYNÉS, *Droit civil. La famille*, 3.ª ed., París, 1992-1993, pág. 438, ya anticipaba que las encuestas dicen que, a fines del siglo XX, entre los menores de diez años, uno de cada dos tengan, al menos vivos a tres de sus abuelos, cuya función se considera singularmente importante en las situaciones de crisis de pareja, especialmente en caso de divorcio.

(5) En este sentido, DÍAZ-ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados», en *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio de 2003, pág. 353, quien añade un argumento más a los expuestos para constatar precisamente el mayor peso que hoy tienen estas relaciones y es el relativo al alargamiento de la vida humana, que permite la convivencia de varias generaciones. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 27 de febrero de 1993 (AC 1993/299), debido al especial trabajo de la madre y

Si se ha depositado en estas personas la confianza, y han asistido material y moralmente al menor durante el tiempo que ha estado a su cargo, estableciendo con él fuertes vínculos de afectividad, no parece que favorezca el desarrollo de la personalidad del niño, si se permite que en algún momento, tenga lugar la ruptura brusca de tales lazos, lo que puede resultar especialmente traumático y perjudicial para el menor; de ahí que, parezca necesario mantener y proteger esta relación. Constituye una realidad constatable que, los problemas familiares y la ruptura de las relaciones —que conlleva el impedir o dificultar el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos—, pueden comenzar cuando se producen situaciones de crisis matrimonial, bien por separación —tanto judicial como de hecho—, divorcio y nulidad; bien cuando uno de los cónyuges fallece; o incluso, en situaciones de normalidad, cuando no se ha procurado la ayuda económica exigida por los hijos, o por existir malas relaciones con la nuera o yerno o con el propio hijo/a que, con el tiempo impiden o procuran un distanciamiento evidente entre abuelos y nietos. Y este último, es precisamente el supuesto sobre el que se sustenta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 20 de octubre de 2011 (6), en la que doña Andrea, abuela del menor, no mantenía relaciones con su hijo desde hacía largo tiempo. El 5 de julio de 2006, este tuvo un hijo, y los padres negaron la visita a la abuela paterna, hoy recurrente (7).

hasta el fallecimiento de esta tras una penosa enfermedad, Itahisa convivió integralmente en el domicilio de sus abuelos maternos, donde disponía de su propia habitación y pernoctaba con ellos, por lo que reviste interés para el menor la conservación de lazos de afecto y cariño respecto de tales abuelos; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 14 de septiembre de 1995 (AC 1995/1574).

(6) LA LEY 194731/2011.

(7) Doña Andrea demandó a su hijo don Jesús Miguel y a su esposa doña Elsa, pidiendo que se le reconociera su derecho a visitar y a relacionarse con su nieto Alonso. Los demandados contestaron oponiendo el largo historial de desencuentros de don Jesús Miguel con su madre, a raíz de la separación de sus progenitores, con la consecuencia de la repercusión en la salud de don Jesús Miguel, puesto que cualquier contacto con su madre le provocaba estados de ansiedad y otras afecciones. La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, número 5 de Llíria, de 13 de mayo de 2008, desestimó la demanda, porque los informes periciales desaconsejaban las visitas, dada la complejidad de las relaciones entre el padre de los niños y la abuela, que pedía el ejercicio de dicho derecho. Se examinaban los informes de los diferentes peritos, de los que la sentencia concluía que: «(...) parece clara la existencia de un conflicto familiar existente entre las partes», aunque puntualizaba que en el presente procedimiento no se enjuiciaban personalidades ni actitudes, sino el derecho de la actora a relacionarse con sus nietos. Evaluando los peritajes, se concluía que era poco deseable para el desarrollo del menor *«verse envuelto en un clima como el descrito en la presente resolución que está lejos de merecer el calificativo de “normalidad” exigido por la jurisprudencia citada, lo que, sin duda, afectaría de modo directo y negativo a su equilibrio emocional, razón esta que en última instancia, es la que impone la desestimación de la demanda»*. Doña Andrea recurrió en apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 25 de febrero de 2009, desestimó el recurso. Se basó en el informe de la perito judicial, ratificando en el acto de la vista, recomendando que no se estableciera un régimen de visitas que no sería conveniente para el desarrollo psicoafectivo del menor *«hasta que no se produzca una mejora sustancial de los conflictos existentes entre los progenitores del menor y la abuela paterna»*, porque la hostilidad entre ellos es tal *«(...) que el demandado presenta un cuadro de ansiedad, depresión e hipertensión»*, y se descarta la remisión de las partes a un Punto de Encuentro. La conclusión de la sentencia recurrida es la siguiente *«en esta situación, la Sala se inclina por no fijar el*

Hasta ahora, las normas vigentes del Código Civil dispensaban un tratamiento muy exiguo a un elemento de significativa importancia en el desarrollo personal de los menores como eran las relaciones de los nietos con los abuelos. Solo un precepto, el artículo 160 del Código Civil, hacía referencia al derecho de visitas y, por tanto, a las relaciones de parientes o allegados, incluyéndose dentro del concepto de parientes tanto a los abuelos, como a otros parientes —tíos, primos, etc.—. Correspondiendo a la doctrina, de forma unánime, como a la jurisprudencia —siendo de destacar la importante labor de la jurisprudencia menor, pues, la mayoría de los pronunciamientos judiciales existentes hasta la actualidad son mayoritariamente fruto de las Audiencias provinciales, frente al escaso número de asuntos que han llegado hasta el Tribunal Supremo—, a parte de su reconocimiento expreso, la fijación de su contenido específico, como, asimismo, la determinación de las causas que permiten su denegación, y su extensión frente al derecho de visita reconocido al progenitor, que no ejercita la guarda y custodia en los supuestos de crisis matrimonial. Se proscribía en el citado precepto todo intento de impedir u obstaculizar las relaciones personales entre los menores y «otros parientes y allegados» de forma genérica y sin establecer en modo alguno un procedimiento específico para el planteamiento judicial de esta pretensión.

Era necesario reforzar la regulación existente, pues la realidad expuesta, unida a una creciente demanda social, venía exigiendo un tratamiento expreso y amplio en los términos de esta materia, lo que, como veremos, y adelantamos, no se ha logrado en toda la dimensión que sería deseable, ya que con la actual modificación del artículo 160, se sigue sin determinar cuál es el contenido y alcance del derecho de relaciones personales entre abuelos y nietos, ni tampoco se indica en qué supuestos puede denegarse; de tal modo que, de nuevo, el recurso a las posiciones doctrinales alcanzadas antes de la actual reforma, como tras la misma, en torno a estas cuestiones, como, asimismo, la jurisprudencia desarrollada al respecto, continúa siendo de gran valor a la hora de interpretar el actual artículo 160.

Sin variar el hecho de la no mención expresa de los abuelos, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, suprimió el antiguo artículo 160 del Código Civil e introdujo el artículo 161. Posteriormente, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, trasladó al artículo 160 del Código el contenido del 161, suprimiendo de su redacción la frase «*de manera plena*» que se contenía en su párrafo primero y dejando el precepto con el siguiente texto: «*El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias*» (8).

régimen de comunicación interesado, pues, podría repercutir negativamente en la integridad psicológica del menor, lo que constituye la justa causa que impide el reconocimiento del derecho de la demandante». Se interpone por la abuela señora Andrea, recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3 de la LEC. Fue admitido a trámite por el Auto del tribunal Supremo de 4 de mayo de 2010.

(8) Precisa HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del Derecho Civil», en *Actualidad Civil*, 2002-1, pág. 27, que «ello se debe a que la Ley

Por otra parte, hasta la actual reforma la jurisprudencia en alguna ocasión abordó la cuestión. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1935, en la cual se priva a un padre de la patria potestad de sus tres hijas menores, a instancia de la abuela materna, basándose en el entonces vigente artículo 171, debido a los malos tratos de palabra y de obra que infringía a las mismas, y al internarlas en un Colegio, dando la orden terminante de que no se permitiera que fuesen visitadas por su abuela materna y que pudieran tener trato y comunicación con ella, a pesar de haber vivido durante la infancia en casa de esta y existir un cariño entre la abuela y sus nietas; el Tribunal declara que el hecho de la prohibición de comunicarse con su abuela, dadas las circunstancias que en el caso concurrían, constituye un abuso de autoridad por parte de su padre, dañosa para los sentimientos de las niñas (9). Y la que sí directamente se ocupa del derecho de visita, como es la sentencia del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939 que estima que «ni el padre de la menor ni los abuelos paternos, pueden oponerse a no mediar justo motivo, que en el presente caso no existe, a que la menor sostenga trato y relaciones con los abuelos maternos, sin incurrir en un abuso en el ejercicio de la patria potestad, máxime teniendo en cuenta que la madre de dicha menor ha muerto y que es lógico y natural el cariño que, los abuelos maternos sienten por su nieta...» (10).

Sobre tales bases, con la reforma del Código Civil operada por la Ley 42/2003, se contiene por primera vez una mención expresa del derecho de los abuelos

21/1987 suprimió las dos clases de adopción que existían hasta aquel momento: la plena y la simple, manteniendo una misma clase de adopción que sin denominarla de ninguna forma especial, sin embargo es igual a la antigua plena».

Esta misma autora señala que, «el párrafo primero de este precepto, que mantiene idéntica redacción después de la reforma introducida por la Ley 42/2003, otorga al progenitor que no tenga el cuidado de sus hijos menores el derecho a relacionarse con ellos»; pero va más allá, al señalar de forma expresa que «también tiene este derecho aunque no ejerza la patria potestad, facultad que como regla general es conjunta, por tanto compartida por el padre y la madre a partir de la Ley de 13 de mayo de 1981, quedando reflejado en el artículo 156, párrafo 1.º del Código Civil». Vid., HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «La Ley 42/2003: relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados», *op. cit.*, pág. 1740.

(9) Colección completa publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 220, vol. IV, julio-octubre de 1935, págs. 414 a 435. Ponente: José María CASTÁN TOBENAS.

Con anterioridad a esta sentencia, si bien, referidas al derecho de visita de los progenitores, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 1895 (Colección Legislativa, publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 78, 1896, págs. 392 a 396); la sentencia de este mismo Tribunal, de 9 de junio de 1909 (Colección Legislativa, publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 115, vol. III, mayo-septiembre de 1909, págs. 381 a 386); y, de nuevo del mismo Tribunal de 24 de junio de 1929 (Colección Legislativa, publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 189, vol. III, mayo-junio de 1929, págs. 1048 a 1053) en la que el Juzgador, reconociendo el derecho de patria potestad del padre, estima muy prudente que la niña viva con sus abuelos para una mejor educación, y allí pueda ser visitada y acariciada por el padre y la madre con la frecuencia que permitan los medios económicos de cada uno.

(10) Una más amplia información sobre esta sentencia, VIVES VILLAMAZARES, F., *El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*, Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia, 1950, págs. 77 a 82.

a relacionarse con sus nietos en el citado artículo 160; también se logra introducir la posibilidad más específica del derecho de los abuelos de relacionarse con sus nietos dados en adopción o en situación de acogimiento, y, asimismo, con respecto a la posibilidad excepcional de que los abuelos puedan asumir la guarda y custodia del menor en situaciones de crisis matrimoniales de sus progenitores, se ha dispuesto, igualmente, una mención expresa relativa a la misma en el artículo 103.1.º del Código Civil.

Pero, sobre todo, con la actual reforma, se ha tenido muy presente y se ha considerado necesaria la presencia y el contacto con los abuelos, no solo por las razones antes expuestas, sino también por el hecho que en las situaciones de crisis matrimonial, los abuelos, ordinariamente ajenos a las mismas, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor (11). Una de las justificaciones del legislador a la hora de proyectar esta nueva regulación se basa en los datos que tienen respecto a los procesos de separación y divorcio (12).

Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin, que es hacer lo menos perturbador para el menor las situaciones de crisis familiares. Pero no solo en estas situaciones, sino también en aquellas que podríamos denominar «normales», donde aún los progenitores del menor no están divorciados, separados ni han solicitado la nulidad de su matrimonio, pero existe una dejación de sus obligaciones por parte de los progenitores; de ahí que, desde la posición que ocupan los abuelos, viene a resultar necesaria la inestimable ayuda que pueden prestar a sus nietos.

De acuerdo con todo lo anterior, la modificación legislativa que se aborda en esta Ley persigue un doble objetivo. En primer lugar, desde un aspecto sustantivo y procesal, de forma más explícita y reforzada, singulariza el régimen de relaciones entre abuelos y nietos, tanto en caso de ruptura de la familia, como en el caso de simple dejación de las obligaciones por parte de los progenitores, arbitrando al efecto un procedimiento verbal como cauce para su consecución; en segundo lugar, atribuye a los abuelos un papel relevante en el desarrollo personal del nieto —relación intergeneracional—, sobre todo en los supuestos de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad, pues, como veremos excepcionalmente, se puede encomendar a los abuelos la

(11) Señala al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/85371) en su *Fundamento de Derecho segundo*: «(...) la importancia de las relaciones de los abuelos con sus nietos, cabiendo entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor; disponiendo en este sentido de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar; favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo, contrarrestando situaciones de hostilidad o enfrentamientos entre los progenitores y dotando al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno, por lo que esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin». Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 29 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006/2770); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 25 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/289163).

(12) Apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley.

tutela de los nietos con preferencia a cualquier otro pariente (13). Nadie duda y es una realidad existente en la práctica diaria, que muchas veces los abuelos asumen el papel correspondiente a los padres, cuando estos abandonan la familia. Por eso resulta lógico que, a ellos se atribuya la tutela con preferencia a cualquier pariente.

A estos fines, la modificación que se propugna se centra en introducir reformas parciales en preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, conservando sustancialmente el contenido, si bien, unas veces, dando nueva redacción y otras simplemente completando o adicionando el ya existente. Así se introduce un nuevo párrafo B) en el artículo 90 del Código Civil, de acuerdo con el cual el convenio regulador podrá contemplar, en la forma más adecuada al interés del hijo, el régimen de visitas y comunicación de este con sus abuelos. De forma que, los actuales párrafos B), C), D) y E) pasan a ser respectivamente C), D), E) y F). Se da una nueva redacción al antepenúltimo párrafo de este artículo 90. Por su parte, el artículo 94 del Código Civil queda modificado con el fin de recoger la posibilidad de pronunciamiento judicial sobre el régimen de visitas con los abuelos, y se introduce un segundo párrafo en el artículo 94. Del artículo 103 del Código Civil se modifican parcialmente los dos párrafos de la medida primera, y en coherencia con la, asimismo, modificación del artículo 90, se prevé que la decisión jurisdiccional, cuando falte el acuerdo entre los cónyuges, pueda encomendar en primer lugar, a los abuelos la guarda y custodia, y, en su caso, la tutela de los nietos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes y otras personas o instituciones (14).

Igualmente, es objeto de atención el ya citado artículo 160 del Código Civil, dando una nueva redacción a sus párrafos segundo y tercero, y circunscribiendo su aplicación no solo al caso de rupturas matrimoniales, sino también con la pretensión de articular una salvaguarda frente a otras situaciones como el mero desinterés de los progenitores o la ausencia de uno de ellos que, en tales circunstancias, perjudicase las relaciones de los nietos con sus abuelos. Asimismo, su ámbito de aplicación no se limita a las uniones matrimoniales, y se establecen garantías para que el derecho de los abuelos que se pretende amparar, no sea un vehículo para la infracción de otras resoluciones judiciales que, limitan o suspenden las relaciones del menor con alguno de sus progenitores. En el contexto de las relaciones paterno-filiales y su ubicación sistemática de este precepto en el Libro I, Título VII, Capítulo I del Código Civil supone un límite legal a las potestades paternas, a la vez que un derecho de los hijos (nietos) dentro de esa misma relación (15), y no una

(13) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, de 29 de junio de 2007 (*JUR* 2007/285382).

(14) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 23 de enero de 2001 (*JUR* 2001/121932); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 12 de julio de 2002 (*JUR* 2002/270774); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 31 de marzo de 2011 (*JUR* 2011/18765); y el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 6.ª, de 8 de abril de 2011 (*JUR* 2011/260717).

(15) En este sentido, SALANOVA VILLANUEVA, M., «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1994», en *Anuario de Derecho Civil*, 1996-1, pág. 948; GAYA SICILIA, R., «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos», en *Anuario de Derecho Civil*, 2002-1, pág. 94; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª., «Comentario al artículo 154 del Código

prolongación, sustitución o suplencia de la patria potestad (16). También, se da una nueva redacción al artículo 161 del Código Civil, haciendo explícito y singular el régimen de visitas y relaciones de los abuelos con los nietos en casos de acogimiento familiar.

Por último, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, de manera que la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil se sustanciará por los trámites y los recursos del juicio verbal, con las peculiaridades dispuestas en el Capítulo I, Título I, Libro IV de la LEC. Esta reforma procesal consiste en añadir al apartado 1 del artículo 250 de la citada LEC, un ordinal más.

Con posterioridad a la reforma por Ley 42/2003, han tenido lugar dos importantes reformas en el ámbito del Derecho de Familia, por un lado, la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la orientación sexual de los abuelos/as, como el hecho actualmente reconocido de haber contraído matrimonio con otra persona del mismo sexo no se puede considerar «justa causa» que impida el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos. Igualmente, los abuelos en sentido sociológico —concepto muy amplio, que se utiliza en la doctrina francesa— pueden incluirse al nuevo cónyuge del abuelo o abuela, que puede haber tenido una relación estrecha y un trato familiar y afectuoso con el menor (nieto). En nuestro ordenamiento, con la actual Ley 13/2005, encajaría la posibilidad de relación de este con estos abuelos en sentido sociológico, aunque sean personas del mismo sexo que, su abuelo/a, pues son cónyuges del mismo; si bien lo harían en su consideración como «allegados». Y, por otro lado, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, regula expresamente la *custodia compartida* de los hijos menores por ambos progenitores acordada en el convenio regulador; y excepcionalmente, cuando el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, determine la guarda y custodia compartida fundamentándola en la protección adecuada del interés del menor. Una custodia compartida que, cualquiera que sea la forma convenida en su adopción, no va a prejuzgar la atribución a los abuelos de un derecho a relacionarse con sus nietos —si el Juez lo considera conveniente en beneficio o interés del menor—, se convenga o no esta medida en convenio, o resulte su atribución de una resolución judicial. Asimismo, el citado precepto determina en su apartado segundo, lo que hemos considerado como esencial en

Civil», en *Comentarios al Ministerio de Justicia*, T. I, Madrid, 1993, pág. 547. Y, en nuestra jurisprudencia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, de 11 de marzo de 2005 (AC 2005/674).

En contra, DE PRADA, para quien la norma —sobre todo al conceder acción judicial a los posibles interesados en relacionarse con el niño— «significa una intromisión más en la autonomía en el ejercicio de la patria potestad al conceder acción, y no solo al propio hijo, sino también a los parientes y allegados, para pedir al juez que intervenga en esta cuestión en detrimento de las facultades de los padres. El juez no parece en este precepto obligado a tener en cuenta exclusivamente el interés del hijo, sino también el de los parientes y allegados, a los que da la impresión de reconocer un derecho que parece sorprendente». Vid., DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 1982, pág. 389.

(16) Argumento en la doctrina francesa, así, SÉRIAUX, «Tes pere et mere honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1986, pág. 267.

los procesos de familia, que «el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos».

No olvidemos la posibilidad expuesta de que sea atribuida la guarda y custodia del menor —si bien no compartida, con cualquiera de los progenitores—, o la tutela del mismo, a los abuelos. Una audiencia de aquel y, por ende, un reconocimiento de su derecho a ser oído que se reitera en el nuevo párrafo que se añade al final de la regla 4.^a del artículo 770 de la LEC, y en el apartado 5 del artículo 777 de la misma Ley adjetiva. Asimismo, en esta norma se contempla por primera vez la posibilidad de que los cónyuges acudan a la mediación familiar como medio alternativo de resolución del conflicto familiar o de pareja (17). Se contempla expresamente la posibilidad de que los interesados, coincidiendo en su voluntad de resolver su crisis de pareja por la vía del acuerdo mutuo, puedan suspender el curso del proceso para iniciar unas negociaciones a través de un sistema de mediación familiar, que ponga fin al procedimiento inicialmente contencioso para sustituirlo por otro que tenga como finalidad la homologación del Convenio Regulador que, plasme los acuerdos alcanzados por los propios interesados.

Sobre el nuevo tratamiento que se ha dado a los citados preceptos, y se sustenta la actual regulación del derecho a relacionarse abuelos y nietos, nos vamos a ocupar en las siguientes líneas, dando preferencia en nuestro estudio al derecho de relaciones personales entre abuelos y nietos del artículo 160 del Código Civil, concretado, esencialmente en el derecho de visitas, entendido en un sentido amplio, pues, constituye el eje principal sobre el que se basan todas las demás modificaciones; y sobre el que esencialmente, recae la resolución que es objeto de análisis en el presente estudio. Para ello, no solo tendremos presente las aportaciones doctrinales existente en relación con la materia, sino también la jurisprudencia que se ha desarrollado en relación a la misma, además, de hacer

(17) La indicada ley, en su Disposición Final 1.^a, apartado 3.º, introduce una nueva regla 7.^a al artículo 770 de la LEC con la siguiente redacción: «las partes, de común acuerdo, podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación». Asimismo, el apartado seis de la misma Disposición Final 1.^a incluye una modificación al apartado 2 del artículo 777 de la LEC, quedando redactado así: «2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberán acompañarse la certificación de la inscripción de matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de Convenio Regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funde su derecho, incluyendo en su caso, *el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar*. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo». Por último, la Disposición Final 3.^a contempla lo que debería ser la consagración de la mediación familiar como fórmula de resolución de conflictos familiares, al establecer que: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación, basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso, en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados en las Comunidades Autónomas». A falta de un desarrollo estatal de la materia, se han dictado diversas legislaciones autonómicas, Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias; la Ley 1/2009, de 27 de febrero, regulador de la Mediación Familiar de Andalucía; Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación familiar de las Illes Balears; y la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.

puntual referencia a cómo se ha sustanciado tal derecho en los ordenamientos autonómicos.

No obstante, antes de proceder al desarrollo de la materia expuesta, hemos de llevar a cabo dos precisiones necesarias. Una primera orientada a resaltar que los supuestos en los que va a descansar la operatividad de este derecho y, por ende, el reconocimiento de un régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos se concretan esencialmente en tres: en situaciones de crisis de pareja, como consecuencia de procesos de separación, nulidad y divorcio, donde la atribución de la guarda y custodia a un progenitor puede impedir a los ascendientes del otro progenitor que se relacionen con el hijo (nieto); cuando tal crisis no existe, pero, pese a la normalidad en la situación de la pareja, cualquiera de los progenitores o ambos restringen o impiden totalmente la relación de cualquiera de sus padres con sus hijos (nietos), por las diferencias personales entre los abuelos y los progenitores de los menores (18); y, finalmente, cuando, como consecuencia del fallecimiento de uno de los progenitores, el cónyuge superviviente impide o pone trabas a la relación de sus hijos con los ascendientes del progenitor fallecido (19), pues mantener la relación con los abuelos, además de perpetuar el duelo por la pérdida de quien fue su pareja, puede representar un obstáculo en el inicio de una nueva relación sentimental; si bien, la relación de los menores con los abuelos pasa a ser para los menores la encarnación de los valores familiares que para ellos representa la persona fallecida, y el vínculo o nexo de unión con toda estirpe o familia extensa del difunto (tíos, primos y demás parientes de la rama familiar del progenitor fallecido) (20). En todo

(18) Señala ACEVEDO BERMEJO A., *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 27-28, que las diferencias entre los padres y los hijos pueden deberse a múltiples y diferentes razones: «matrimonio o pareja de hecho constituida en contra de la opinión de los padres; relaciones problemáticas de los padres con el otro miembro de la pareja; opinión de los hijos de que sus padres intervienen en las cuestiones propias de la pareja o tienen una excesiva presencia en su vida; diferencias económicas o personales entre los padres y los hijos, y, en definitiva, una interminable casuística que puede dar lugar a que lo que fue una mala relación entre los padres y los hijos deriva en una verdadera ruptura entre ambos núcleos familiares, que se prolonga en la pérdida total de la relación entre los abuelos y los nietos, cuando son los propios padres de los menores los que imponen un alejamiento entre ambos e impiden que sus padres se acerquen siquiera a los nietos con quienes hasta entonces habían tenido una estrecha y entrañable relación».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, de 13 de octubre de 2005 (*JUR* 2005/273790), precisa que, «el interés del hijo vertebrará un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores, que se debe favorecer la estabilidad afectiva y personal del menor, que se debe contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno».

(19) COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Thomson-Aranzadi, Navarra 2005, pág. 81.

(20) ACEVEDO BERMEJO, A., «Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial», *op. cit.*, pág. 26. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 27 de julio de 2009 (*RJ* 2009/45779), señala que, la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora, además no cabe desconocer el legítimo derecho

caso, no puede verse perturbada porque el progenitor haya iniciado una nueva relación (21).

Y la segunda, relativa a la denominación de este derecho. La actual reforma favorece el empleo de una terminología más amplia, de ahí la calificación del «derecho a las relaciones personales» que hemos empleado para enunciar este apartado. Favorece la utilización de la misma, el hecho que el artículo 160 del Código Civil se refiera a tal denominación; que el artículo 90 b) párrafo 2.º y párrafo antepenúltimo y 94 párrafo 2.º del citado cuerpo legal distingan entre derecho de visitas y derecho de comunicación; y que, finalmente, el artículo 161 del Código Civil ofrezca un tratamiento diferenciado entre el derecho de los abuelos de visitar al menor acogido y relacionarse con él. Si bien es cierto que la gran mayoría de los autores y de la jurisprudencia de nuestros Tribunales se han decantado por emplear la terminológica «derecho de visitas de los abuelos», sin embargo, algunos lo han hecho pensando en un contenido amplio de tal derecho (22), en el que se comprenderían todas las posibles relaciones personales entre el nieto y los abuelos. Parece que desde el sentir del legislador de la actual reforma, que compartimos, y desde la propia concepción de parte de la doctrina que, en general, coincide en dotar de un alcance amplio a este derecho, resulta más adecuado inclinarse por

de los abuelos de tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto.

Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 17 de octubre de 2008 (*JUR* 2009/51418), el abuelo como depositario de la memoria familiar y fuente de afecto, ni introduce argumentos verdaderamente disuasorios del programa establecido.

(21) En la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.ª, de 17 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/101409), se indica que, la madre del niño mantiene una relación estable de pareja con una tercera persona con la que ha tenido una hija, conviviendo todos juntos como una familia desde hace tiempo (...). No puede perturbarse la estabilidad de este núcleo familiar y por tanto de un menor, haciéndole pasar la mitad de las Navidades, de la Semana Santa, o de todos los fines de semana del año lejos del mismo, sin la compañía de su hermana, etc. Por ello, se mantiene un régimen de visitas que comprende la comida y subsiguiente tarde de todos los miércoles de 10 a 13 horas de sábado y domingo en fines de semana alternos y diez días de las vacaciones escolares de verano.

(22) Vid., TORRES PEREA, J. M.ª, «El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos», en *La Ley*, 2001-4, pág. 1347, quien precisa que: «en este sentido, el llamado “derecho de visita” sería un género en el que se incardinan diversas especies, entre ellas, el derecho a la correspondencia, visita (en sentido estricto), pero también la posibilidad de desplazamiento del menor al domicilio de su familia, la pernoctación del mismo con su familia, es decir, las diversas relaciones personales que puedan darse entre el menor y sus familiares»; MACÍAS CASTILLO, A., «Derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004», en *Actualidad Civil*, núm. 20, noviembre de 2004, pág. 2488.

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 14 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5473); y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 20 de junio de 2001 (*JUR* 2001/238645), precisa en su *Fundamento de Derecho segundo* que: «se trata, efectivamente, de relación y no visita, expresión esta acuñada por la doctrina y jurisprudencia, pero que, sin embargo, no tiene un significado diferente, ya que la palabra «visitar» significa ir a ver a uno a su casa por amistad, afecto, cortesía, o por cualquier otro motivo; mientras que la palabra «relación» expresa un contenido mucho más amplio, en cuanto que la misma comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en el domicilio del titular o titulares del derecho de visitas».

la terminología propuesta, lo que, asimismo, evita cualquier posible confusión sobre cómo debe entenderse este derecho (23).

En este contexto, podemos definir este derecho de relaciones personales como «un derecho subjetivo autónomo e independiente, sustentado sobre la base del cariño y afecto que une a los abuelos y los nietos, en el que se da primacía a lo que representa el beneficio o interés del menor, del que depende su concesión, atendidas las circunstancias del caso y en el que se engloban, entre otras facultades, la de comunicarse entre sí, la de mantener correspondencia de toda clase, el derecho de visita en sentido estricto y el de tener a los nietos en su compañía» (24).

II. NATURALEZA Y FUNDAMENTO

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia se expresan en el sentido de considerar que estamos ante un verdadero derecho y no una mera facultad. Un derecho reconocido a quienes son sus titulares, como lo demuestra el hecho de que quien quiera denegarlo o suspenderlo ante los Tribunales, deberá probar que concurre justa causa para ello (25). Hay quienes, de forma mayoritaria, se inclinan por considerar que, nos encontramos ante un derecho cuya naturaleza es de derecho-deber, derecho-función, o derecho de «finalidad altruista», en la medida que no se concede únicamente para satisfacer los intereses de su titular,

(23) En este mismo sentido, COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, pág. 39.

(24) Un concepto, si bien, de derecho de visitas es el establecido por GARCÍA CANTERO: «derecho de naturaleza o, mejor, contenido puramente afectivo que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar su fin». Vid., GARCÍA CANTERO, G., «En torno al derecho de visita», en AA.VV., *El Derecho de visita. Teoría y praxis*, Eunsa, Pamplona, 1982, pág. 247; del mismo autor, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos, según la Ley de 21 de noviembre de 2033*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 39.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 4 de junio de 1992 (AC 1992/846) define en su *Fundamento de Derecho segundo*, el derecho de visitas como «un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar sus sentimientos hacia otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin».

Por su parte, SANCHEZ REBULLIDA al tratar dicho derecho, con carácter general, observa que «la facultad en examen no excluye las relaciones o contactos normales que el hijo pueda tener con otras personas, en especial con los abuelos». Vid., SANCHEZ REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, vol. 2.º, DE LACRUZ BERDEJO, J. L. et al., Bosch, Barcelona, 1989, pág. 247.

(25) Vid., COLÁS ESCANDÓN A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, pág. 41.

En contra, SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 160 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinados por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 450, quien señala que: «la norma (el art. 160.2 del CC) es extraña, ya que es dudoso que realmente exista un derecho subjetivo familiar a relacionarse con los parientes».

En la doctrina francesa actual, por más que algunas veces se hable de prerrogativa, no se duda de la existencia en estas relaciones de un verdadero derecho a las relaciones personales (*droit aux relations personnelles*) con apoyo legal en el artículo 471-4 del Code Civil. Vid., GARÉ, *Le grands parents dans le droit de la famille*, París, 1989, pág. 203.

sino los del menor, respecto de quien sí puede hablarse en puridad de un derecho subjetivo (26). Otros afirman que estamos ante un derecho natural, derivado de la propia naturaleza humana (27).

Y no faltan algunos otros reputados autores, y cierta jurisprudencia menor (28), que sostienen que se trata de un derecho encuadrado en los derechos de la personalidad, siendo su naturaleza extrapatrimonial y, aunque habitualmente «su ejercicio pueda quedar enmarcado o quedar solapado con el derecho

(26) VERDERA IZQUIERDO, B., «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados», en *La Ley*, 2002-7, pág. 1571; GAYA SICILIA, R., «El derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos», *op. cit.*, pág. 96; LETE DEL RÍO, J. M., «Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)», *op. cit.*, pág. 148, «constituye confirmación de la existencia de un verdadero derecho subjetivo a favor de los parientes o allegados a relacionarse con el menor»; CARBAJO GONZÁLEZ, J., «El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil», en *La Ley*, 2000-4, pág. 1502; PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 389, establece que «el juez no parece en este precepto obligado a tener en cuenta exclusivamente el interés del hijo, sino también el de los parientes y allegados, a los que da la impresión de reconocer un derecho de relación que resulta sorprendente»; CARBALLO FIDALGO, M., «El “derecho de visita” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 30, enero-marzo de 2006, pág. 48, señala que se trata de un derecho propio y autónomo a las relaciones personales entre el hijo y sus parientes y allegados. Un derecho subjetivo vinculado al libre desarrollo de la personalidad, del que uno y otros son titulares y que, por tanto, uno y otros pueden reclamar en justicia; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.^a ed., Colex, 2011, pág. 180, lo califica como derecho-deber o como función del derecho de familia concedido en beneficio del menor; y FLORIT CANALS, C., «El régimen de visitas en la práctica judicial española», en *La Ley*, 1989-4, pág. 1069.

En esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 20 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6843); la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 11 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/109285), al indicar que «no nos encontramos ante un derecho propio y verdadero de los familiares a satisfacer sus propios deseos, sino ante un complejo derecho-deber, que se encuentra encaminado fundamentalmente a satisfacer las necesidades afectivas y educacionales de los menores»; las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.^a, de 1 de diciembre de 1998 (*AC* 1998/2487); de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.^a, de 27 de enero de 1999 (*AC* 1999/387); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 2 de junio de 2000 (*JUR* 2001/75033); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.^a, de 7 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/168197); de la Audiencia Provincial de Zamora, de 24 de octubre de 2001 (*JUR* 2002/250119); Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 30 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/209154); sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 25 de julio de 2005 (*AC* 2005/1314); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, de 12 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/175735); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.^a, de 25 de abril de 2007 (*JUR* 2007/281032); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 4 de julio de 2007 (*JUR* 2007/336897); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 4 de julio de 2008 (*JUR* 2009/32560), señala que, los menores tienen derecho a conocer y tratar personalmente a los ascendientes más próximos en grado.

(27) Así lo manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 1991 (*RJ* 1991/3108), si bien para el derecho de visita de los progenitores.

(28) Las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, de 13 de junio de 1992 (*AC* 1992/877); de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 4 de junio de 1992 (*AC* 1992/846); y de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 30 de marzo de 2000 (*AC* 2000/1371).

a la intimidad, es más amplio que este en extensión y contenido» (29). Tiene cierto «carácter absoluto, tanto en su sentido de derecho *erga omnes*, como en su aspecto de un poder directo de un bien fundamental que se actúa y concreta en la conducta del titular. Es un derecho personalísimo» (30). En esta línea, hay quien como la profesora DÍAZ-ALABART se inclina por considerar que estamos ante un derecho personal incluido en el ámbito de los derechos familiares, «si bien excede de ese marco en sentido estricto, puesto que se reconoce no solamente a parientes, sino a personas que mantienen una relación de especial intensidad con el menor o incapacitado que por sus características puede llegar a tacharse de “pseudofamiliar o cuasi familiar”» (31). Postura esta última con la que coincidimos, pues, estamos ante un derecho-deber o función personalísimo, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, que está subordinado al interés del hijo.

Finalmente, para ARIAS DÍAZ estamos más bien ante un límite a la patria potestad (32).

En cuanto al *fundamento*, las relaciones personales entre abuelos y nietos se justificarían en el beneficio, provecho y en el interés prevalente que puede suponer para el nieto y para su desarrollo personal la relación con aquellos (33). Es, pre-

(29) GARCÍA CANTERO, G., «Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...», *op. cit.*, págs. 39 y 103; del mismo autor, «En torno al derecho de visitas», *op. cit.*, pág. 247.

(30) RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria», en AA.VV., *El derecho de visita. Teoría y praxis*, Eunsa, Pamplona, 1982, págs. 236-237; del mismo autor, *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 393, quien afirma, además, para el derecho de visitas a favor de «otros parientes y allegados», que «este derecho no siempre pertenece al ámbito familiar, pues puede ser reclamado y ejercido por no familiares del menor (relaciones personales con la madrina, con la novia; comunicación con el confesor); y afecta más a la esfera de la personalidad del individuo, tanto del derechohabiente como del menor, con lo que, junto a su destacado carácter personalísimo, está emparentado con (si no es que pertenece directamente a) los derechos de la personalidad, en su doble faz y orientación (hacia el titular y hacia el menor)»; y «está en el ámbito de las más importantes necesidades psíquicas o espirituales del menor como persona en un estadio concreto de su vida incluíble entre los derechos principales de la persona menor (en general, entre los derechos de la personalidad), y creo que identificable con lo que en otro orden llamamos derecho al libre desarrollo de la personalidad» (pág. 139).

En esta misma línea, SALANOVA VILLANUEVA, M., «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1994», *op. cit.*, pág. 966; BOTANA GARCÍA, G., «Derecho de visita de los abuelos», en *Actualidad Civil*, núm. 5, marzo de 2004, pág. 551, quien añade que «su finalidad no es otra que el fomento de las relaciones de afectividad entre abuelos y nietos; por otro lado, trata de paliar, en la medida de lo posible, los efectos negativos que supone para el menor la dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad».

(31) DÍAZ-ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 del CC)», *op. cit.*, pág. 354.

De la misma opinión, COLÁS ESCADÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, pág. 42; SAN ROMÁN, J. R., «Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visitas en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar», en AA.VV., *El derecho de visita. Teoría y praxis*, Eunsa, Pamplona, 1982, pág. 280.

(32) ARIAS DÍAZ, M.^a D., «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos», en *La Ley*, 2005-1, pág. 1742. Igualmente, en este sentido, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/207988).

(33) Partidaria de esta posición, COLÁS ESCADÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, págs. 58 a 64; ROMERO COLOMA, A. M.^a, «Derecho de visitas de

cisamente, ese interés y beneficio que para su desarrollo integral como persona, puede reportarles su relación con sus abuelos, lo que debe primar a la hora de tomar una decisión con respecto a la concesión o no de tales relaciones (art. 94, párrafo 2.º *in fine* del CC). Si es cierto que, en estas relaciones, además, les une el afecto y cariño que indudablemente ambos se profesan —que determina esa presunción *iuris tantum* de conveniencia de las relaciones ya mencionada— (34); y lazos de parentesco, que representan un dato más a tener en cuenta en la fijación de tales relaciones. Resulta indudable que el interés del menor reclama que, tales vínculos se mantengan en tanto supongan un beneficio para el menor (35).

los abuelos. Su conflicto frente al derecho de visitas de los padres», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 46, enero-marzo de 2010, pág. 64.

En el sentido, también, se expresan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3977); de 7 de abril de 1994 (*RJ* 1994/2728); de 11 de junio de 1996 (*RJ* 1996/4756); de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/6722); de 11 de junio de 1998 (*RJ* 1998/4681); el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3573). E, igualmente, en la jurisprudencia menor, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, de 2 de julio de 1994 (*AC* 1994/1230); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 22 de septiembre de 1995 (*AC* 1995/1575); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 4 de diciembre de 1996 (*AC* 1996/2413); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 21 de octubre de 1998 (*AC* 1998/2036); de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 30 de marzo de 2000 (*AC* 2000/3425); de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000/141670); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 20 de abril de 2001 (*JUR* 2001/172649); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/245126); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 25 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/103428); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 4 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/30189), deseo de la niña de ver a sus abuelos; de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 9 de enero de 2003 (*JUR* 2003/44534); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003/93272); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 18 de marzo de 2003 (*AC* 2003/824); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 18 de julio de 2003 (*JUR* 2004/24736); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 2 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004/29031); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/91617); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 8 de junio de 2004 (*AC* 2004/1076); de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 28 de julio de 2005 (*JUR* 2005/206798); de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 21 de abril de 2006 (*JUR* 2006/197047); el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 22 de marzo de 2007 (*AC* 2007/1165); las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 15 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/776793); y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 27 de octubre de 2008 (*JUR* 2009/49827); de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.ª, de 14 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/213579); de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.ª, de 14 de enero de 2010 (*JUR* 2010/106713), y de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 12 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/153862), entre otras. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 3.ª, Caso Amanalachioai contra Rumania, de 26 de mayo de 2009 (TEDH 2009/59).

(34) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 16 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/217614), señala que el derecho a relacionarse los abuelos con sus nietos tiene su fundamento en el afecto.

(35) La primera plasmación en el Derecho positivo de los intereses del niño ha tenido lugar con la Declaración de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1959, en su Principio 2.º

Nuestra Constitución de 1978, en esta línea, en su artículo 39 eleva a rango constitucional el principio de *favor filii* y posteriormente la aprobación de la Convención de las

III. CONTENIDO DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS

Se considera de forma mayoritaria que los titulares activos de este derecho de relaciones personales, son tanto los abuelos como el nieto/s, pues, la relación se sustenta sobre un derecho establecido en beneficio de ambos y, cualquiera de ellos puede solicitarlo (36). En cuanto a los nietos hay que entender que, nos estamos refiriendo tanto a menores de edad no emancipados, como a los mayores de edad que, se encuentren incapacitados, pues, aunque no se menciona a tales sujetos en el artículo 160.2.º y 3.º, sí se emplea en su párrafo 2.º el término genérico de «hijo» frente al de «menor» de su párrafo 3.º, por lo que sobre la base de un derecho que se concede a todo «hijo», resultaría exigible, dotar al mismo de una interpretación extensiva, y, en consecuencia, considerarles titulares de dicho derecho, con la posibilidad de ejercitarlo por sí mismos, siempre que lo permita la sentencia de incapacitación (art. 210 del CC); y de no ser así, por sus representantes legales; y ante una negativa de los mismos, podría solicitarse

Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 propugna, además, el deber de los Estados de adoptar medidas para dar cumplimiento efectivo a los derechos de los niños. En sus artículos 5, 8, 9, 18, 20 y 21 expresamente se señala la obligación de defender el interés superior del niño, frente a cualquier otro interés presente, al adoptar cualquier tipo de decisión sobre separación del niño de sus padres, responsabilidad de los padres en la crianza y desarrollo del niño, o en materia de adopción, estableciéndose además el deber de los Estados de respetar el papel de los miembros de la familia ampliada y de tener en cuenta el derecho del niño a las relaciones familiares.

UNICEF, en el año 1992, emitió un informe sobre la situación de los niños en el mundo, donde se efectuaba la propuesta de que el interés superior del niño fuera elevado a la categoría de principio integrado en la ética del nuevo orden mundial.

En este contexto, cualquier decisión, judicial o extrajudicial, que se adopte con relación a menores, debe estar presidida por el principio de protección del interés del menor o incapacitado —tout pour l'enfant—. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/959); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Orense, Sección única, de 3 de mayo de 1999 (*AC* 1999/1012); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 8 de junio de 2004 (*AC* 2004/11076). En nuestra doctrina se señala que el interés del menor se ha convertido en un Principio General del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, vid. LETE ACHIRICA, J., «La atribución de los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de los cónyuges separados o divorciados (Comentario a la STS de 29 de marzo de 2001)», en *Actualidad Civil*, 2001-3, pág. 1188; Díez PICAZO, L., «El principio de protección integral de los hijos (tout pour l'enfant)», en *La tutela de los Derechos del menor*, dirigido por GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, 1984, pág. 1273; LINACERO DE LAFUENTE, M.ª, «La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», en *Actualidad Civil*, 1999-4, págs. 1573 a 1626; ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», en *Actualidad Civil*, 1997-1, págs. 17 a 40, quienes realizan, además, un análisis de la evolución, a lo largo de los tiempos, de este principio de protección del interés superior del niño.

(36) DÍAZ-ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor», *op. cit.*, págs. 355 y 356; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 15; COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos», *op. cit.*, págs. 68-69; CARBAJO GONZÁLEZ, J., «El derecho de relación con parientes y allegados», *op. cit.*, pág. 1505. En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000/141670); y de la Audiencia Provincial de Toledo, de 21 de abril de 2004 (*JUR* 2004/147342).

el nombramiento de un defensor judicial (37). Y con relación a los abuelos es posible atribuir este derecho a otras generaciones precedentes (bisabuelos), en atención también a una interpretación extensiva del artículo 160.2.º, siempre que tales relaciones repercutan en un beneficio para el desarrollo personal, afectivo e intelectual del menor, que es el fundamento sobre el que se sustentan estas (38).

Sobre tales bases, el contenido de este derecho de visita de los abuelos, nuevamente, el artículo 160.2 se manifiesta con cierta amplitud, pues habla de «relaciones personales». Es acertada la interpretación de LETE DEL RÍO cuando señala que «seguramente el legislador usó esta fórmula para evitar *a priori* una interpretación restrictiva, en tanto que la palabra visita que significa ir a ver a uno a su casa (domicilio de titular o titulares de la guarda del menor) por cortesía, afecto o amistad, evoca el contenido mínimo del derecho a relacionarse con el menor. En cambio la palabra «relación» expresa un contenido mucho más amplio, en cuanto que la misma comprende la conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en la casa (o domicilio) del titular o titulares del derecho de visita» (39).

En la doctrina es, asimismo, opinión común que las «relaciones personales» del artículo 160.2 del Código Civil comprenden los mismos contenidos que el artículo 94 del mismo cuerpo legal, señala para los padres en supuestos de separación, nulidad o divorcio. Incluirán, por tanto, visitas *strictu sensu*, comunicación o correspondencia [por cualquiera de las vías posibles: telefónica, epistolar u otras similares (internet)] y la estancia o alojamiento del menor, incluyendo la pernocta (40). Se opta por un sentido amplio en cuanto que comprende visita, conexión, correspondencia, trato, toda forma de comunicación o relación de los abuelos con sus nietos, frente al estricto de un «derecho de visitas» equivalente a

(37) Adoptando también una interpretación extensiva en los casos de personas sometidas a tutela, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «Relaciones entre los nietos y los abuelos», *op. cit.*, pág. 363; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria», *op. cit.*, pág. 200; COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, pág. 71; RIVERA ÁLVAREZ, J. M.ª., «El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad: artículo 160.2.º y 3.º, párrafos del Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 2000, pág. 650; GARCÍA CANTERO, G., «Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...», *op. cit.*, pág. 139, quien afirma que «en todo caso, si el menor ha sido declarado incapaz, y tanto si ello se realiza antes o después de alcanzar la mayoría, hay razones humanitarias, en ausencia de un texto expreso, para seguir considerándole sujeto activo y pasivo del *ius visitandi*, cualquiera que sea su edad». Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 20 de abril de 2001 (*JUR* 2001/172649), derecho a relacionarse con el hijo declarado incapaz.

(38) En este mismo sentido, COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, págs. 70-71; TORRES PEREA, J. M., «El artículo 160.2.º y 3.º del Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1347; y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002/1325), en cuyo *Fundamento de Derecho Tercero* se indica que: «(...) hay que poner de manifiesto el carácter enriquecedor de las relaciones abuelos y nietos, que no puede ni debe limitarse a los pertenecientes a una sola línea».

(39) LETE DEL RÍO, J. M., «El derecho de visita de los abuelos», *op. cit.*, pág. 149.

(40) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321); el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 11 de octubre de 1999 (*AC* 1999/2012), la corta edad del menor no hace aconsejable, de momento, la estancia del mismo en el domicilio de sus abuelos paternos; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 15 de marzo de 2010 (*JUR* 2011/12731), comprende pernoctar en casa o pasar una temporada con los abuelos.

un puntual contacto entre el abuelo y el menor con ocasión del desplazamiento del propio abuelo al domicilio donde reside el menor (nieto) (41).

No obstante, hay que señalar que nos encontramos con un concepto abierto o indeterminado, cuyo contenido habrá de ser precisado en cada caso, igual que el tiempo, modo y lugar de ejercicio, según la condición de las personas implicadas y las circunstancias que concurren, y ha de ponerse en relación con el principio de interés del menor; abarcando un amplio abanico de situaciones (42). En principio, el Juez o, en su caso, los progenitores en el convenio regulador, cuentan con cierto margen de discrecionalidad a la hora de determinar, en cada caso concreto, la extensión de tal derecho a relacionarse los abuelos con sus nietos, que se concretará atendiendo siempre a las circunstancias específicas concurrentes, enjuiciadas de acuerdo con el principio del interés del menor (43).

Con respecto al derecho de visita *strictu sensu* habrá de determinarse si ha de tener lugar en el domicilio del nieto (44) o de los abuelos (45), o llevarse a cabo, cuando las circunstancias del caso concreto así lo aconsejen, en otro lugar diferente al de los domicilios mencionados, por ejemplo, en los Puntos de Encuentro familiar (46); igualmente se fijará el tiempo que durarán las mis-

(41) TORRES PEREA, J. M., «El artículo 160.2 y 3 del Código Civil...», *op. cit.*, págs. 1347, 1352 y 1353. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000/141670); y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 20 de junio de 2001 (*JUR* 2001/238645).

(42) En este sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de junio de 1994 (*AC* 1994/1126); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 14 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5473); y de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000/141670).

(43) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321).

(44) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, de 31 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/152845), se considera más conveniente la comunicación con los abuelos maternos tenga lugar en la localidad de Plasencia, donde al parecer se encuentra la familia materna, de tal manera que así se verá satisfecha la conveniencia del contacto con el núcleo familiar próximo de la madre y el interés de los menores de estar con sus primos.

(45) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 16 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/120536), preferencia a que la menor sea llevada por su padre al domicilio de la abuela materna a que esta tenga que recogerla; pues, hay una gran distancia entre ambos domicilios, teniendo el padre vehículo propio a diferencia de la abuela que tiene que coger dos autobuses y dedicar casi una hora de trayecto.

(46) En los que habitualmente una serie de profesionales cualificados en el ámbito de la psicología, la pedagogía y el trabajo social, orientan y asesoran a los implicados, y facilitan las entregas de los hijos menores y el cumplimiento de regímenes de comunicación y visitas en determinados casos de especial conflictividad, en colaboración directa con la autoridad judicial. Vid., por todos, MAGRO SERVET, V., «La necesidad de implantar en España los puntos de encuentro familiar», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, núm. 565, 13 de febrero de 2003, págs. 1 a 5. Asimismo, el artículo 233-13 del Código Civil catalán, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 7 de marzo de 2000 (*AC* 2000/1031); el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 20 de enero de 2003 (*JUR* 2003/93074); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 30 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005/8841); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/238143); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 24 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/222621); la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 16 de abril de 2010 (*JUR* 2010/357712); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 13 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010/398221); la sentencia de esta misma Audiencia y Sección,

mas (47); y si en su desarrollo debe estar, necesariamente, presente uno de los progenitores (48), lo que de nuevo exigirá atender al caso concreto, sin perjuicio de resultar obvia tal presencia, cuando se trata de un menor de corta edad, o que padezca algún trastorno psicológico u otra enfermedad que así lo aconseje.

Si tienen lugar tales visitas en el domicilio del menor, los abuelos deberán acudir al mismo para buscarle y a él deberán de nuevo volver, una vez finalice aquella, para entregarlo.

Si donde se encuentra el menor (nieto) es un centro con un régimen especial (internado en una residencia, en un centro sanitario), se habrá de respetar el horario de visitas que, indiquen las normas del mismo. Los gastos derivados del desplazamiento de los abuelos a cualquiera de los lugares fijados para que la visita tenga lugar, dependerán de lo acordado por las partes, aunque lo normal es que los Tribunales atribuyan el coste de tales traslados a los abuelos.

Ahora bien, este derecho de visita puede ir acompañado de una estancia o pernocta del menor con los abuelos en su domicilio, como hemos precisado en líneas precedentes (49). Esta opción deberá ser acordada por las partes implica-

de 6 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/43436); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 4 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/742456).

(47) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 17 de enero de 1998 (*AC* 1998/129), derecho de comunicación durante dos horas en sábados alternos; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 19 de enero de 1998 (*AC* 1998/2969), sábados alternos desde las 12 a las 18 horas; de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1.ª, de 3 de noviembre de 2000 (*JUR* 2000/69668), sin perjuicio del derecho de comunicarse con su nieto por los medios habituales (teléfono, carta...), siempre que ello no sea obstáculo para cumplir con sus obligaciones escolares y régimen habitual de vida, tiene derecho a visitarlo y tenerlo en su compañía el primer fin de semana de cada mes, desde las 11 horas del sábado a las 20 horas del domingo; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 13 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/54057), comunicación durante el mes de agosto entre la abuela materna y el nieto; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 11 de abril de 2003 (*JUR* 2003/203978), limitación a dos horas cada quince días; de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.ª, de 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/101398), al tratarse de menor con siete años, huérfano de padre, y los abuelos residen en otra ciudad, se fija un periodo anual de quince días seguidos; de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 10 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/134273), domingos alternos de 12 horas a 20 horas, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 15 de diciembre de 2006 (*JUR* 2008/140577), la abuela recogerá al menor del colegio las tardes de días alternos, con la obligación de no realizar comentarios al nieto sobre su padre; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 3 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/314769), de dos miércoles de cada mes de 17:30 a 20:30 horas; y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 4 de julio de 2011 (*JUR* 2011/324854), se establece un régimen progresivo de visitas que comenzarán en un fin de semana al mes sin pernocta en el Punto de Encuentro de la localidad de residencia de los niños —Segovia—, y que se ampliará a varios días en periodo vacacional y a la pernocta el fin de semana, en función del contenido de los informes del Punto de Encuentro, del examen pericial, y de la exploración judicial de los menores, transcurridos que sean cuatro meses desde la efectividad de las visitas.

(48) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, de 31 de mayo de 1999 (*AC* 1999/6140); y de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 23 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/177519).

(49) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321) (Fundamento de Derecho Segundo). Vid., asimismo, el comentario sobre esta sentencia llevado a cabo por EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2004», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, mayo-agosto de 2005, págs. 747 a 764.

das, o por el Juez con la máxima cautela, quien fijará el tiempo de permanencia. Sólo cuando las relaciones de afectividad, de cariño entre los abuelos y su nieto sean profundas y suficientemente arraigadas, y siempre que el interés del menor y su edad lo permitan, podrá establecerse tal facultad (50). No obstante, la práctica judicial demuestra que la negativa inicial a tal pernocta, se puede modificar y, en consecuencia, ampliarse el régimen de visitas donde se incluya la misma, cuando la relación del nieto con los abuelos vaya siendo más afectiva, o cuando el nieto vaya alcanzando más edad.

Con respecto al derecho de comunicación, como hemos apuntado al inicio, podrá implicar tanto la conversación directa y personal por teléfono (51) o video-conferencia, como la correspondencia escrita, bien utilizando la vía postal ordinaria, o el fax, o el e-mail. Tratándose de menores de corta edad, serán los progenitores de los mismos, los responsables directos del desarrollo de dicho derecho, pues, serán los que normalmente redacten las cartas de sus hijos, o les lean las que reciban de sus abuelos, o les pongan al teléfono con ellos, o en fin, los encargados de informar a los abuelos de la evolución del menor; y de hacerles llegar noticias de los mismos por cualquier medio.

Aunque formalmente y desde el punto de vista de las facultades que lo integran, el contenido del derecho de visita de los abuelos no es equiparable al de los padres, no lo es así la extensión y la periodicidad del mismo, que viene a ser más modesta y reducida que la que se otorga habitualmente a los progenitores —por regla general de una tercera parte del tiempo que de ordinario se establece a favor del padre no custodio—, tomando en cuenta en todo caso las circunstancias especiales que, en cada supuesto concurren (52). La razón de este distinto

(50) En la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 7 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/265785), la relación entre la abuela paterna y la menor es inexistente, lo que unido a la personalidad de la menor, que se caracteriza por una emocionalidad estable y reposada, aunque poco expresiva, socialmente integrada, aunque con tendencia a la introversión, determina tal y como se señala en el informe psicosocial emitido por la psicóloga y la Trabajadora Social adscritas a los Juzgados «la conveniencia de que los encuentros se reinicien de forma gradual, sin pernocta en principio, en un contexto supervisado por los profesiones del Punto de Encuentro Familiar de Burgos; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, de 1 de febrero de 2008 (*AC* 2008/1852), no pernocta en el domicilio del abuelo por enfrentamiento entre el padre y cuñada que convive con el abuelo.

(51) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 5 de julio de 2005 (*JUR* 2005/238132); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.^a, de 14 de abril de 2011 (*AC* 2011/1084).

(52) Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de mayo de 1992 (*AC* 1992/749); de la Audiencia Provincial de Segovia, de 7 de abril de 1994 (*AC* 1994/615); las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 19 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/160847); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 7 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/198116), de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.^a, de 16 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/64648); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a, de 14 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/158356); de la Audiencia Provincial Valencia, Sección 10.^a, de 1 de junio de 2004 (*JUR* 2005/2310); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.^a, de 10 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/134273); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 9 de abril de 2008 (*AC* 2008/1358), señala que, no pueden los abuelos introducirse en la vida de ellos con el régimen de visitas que se pretende obtener cuál si se tratara de una madre biológica, pues, recordemos que lo que se pretende, es un amplio abanico de comunicación centrado en fines de semana alternos desde viernes a domingo, dos tardes a la semana, y mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, y de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 10 de septiembre de 2010 (*JUR*

tratamiento es doble: «la intensa vinculación del hijo menor con los padres (más necesitados de estos que de sus abuelos) y el deber del progenitor con derecho de visita y titular de la patria potestad de ejercitar esta, precisamente con ocasión de sus contactos con el menor» (53). En este contexto, no puede descartarse que el juez suprima para los abuelos algunas de las facultades señaladas, si así lo demanda el interés del menor al que, siempre y en última instancia, se supedita este derecho a relacionarse personalmente los abuelos y los nietos; y, por tanto, la modalidad y extensión de su ejercicio.

En el supuesto de fallecimiento de uno de los progenitores, cuyos padres reclaman el derecho a relacionarse con su nieto/s, parece lógico ampliar ese derecho, ante la no evidente colisión con el derecho del padre separado o divorciado, y como, posible eje transmisor de los valores familiares que, en vida hubiera asumido el progenitor fallecido, especialmente cuando del contacto con los abuelos dependa el mantenimiento de la relación entre los menores y otros parientes de esa misma línea familiar, como pueden ser tíos, primos, etc. (54).

IV. MODOS DE ESTABLECER EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS

Como pusimos de manifiesto en líneas precedentes, son diversos los supuestos que pueden determinar el establecimiento de este derecho de relaciones personales entre abuelos y nietos; e, igualmente, hemos de señalar que, son diversas las vías para hacerlo efectivo. A las mismas nos vamos a referir en este apartado.

Ahora bien, la determinación de las mismas ha venido acompañada de la modificación de otros preceptos del Código Civil, y, como hemos hecho referencia en varias ocasiones, se introduce un nuevo párrafo B) en el artículo 90; se modifica el contenido del antepenúltimo párrafo de este mismo precepto; y se introduce un segundo párrafo en el artículo 94.

2010/343677), precisa que, no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto, pero todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor, que deberá ser oído al respecto, pues, rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor; y no se olvide que el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos, es un derecho de menor intensidad que el que tiene los padres, a quienes nunca pueden los abuelos pretender equipararse o sustituir, y si bien, esas relaciones no se pueden impedir sin justa causa».

(53) En este mismo sentido, GAYA SICILIA, R., «El derecho de los abuelos a relacionarse...», *op. cit.*, pág. 98; VERDERA IZQUIERDO, B., «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados», en *La Ley*, 2002-7, pág. 8; LETE DEL RÍO, J. M., «Derecho de visita de los abuelos...», *op. cit.*, pág. 149; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de junio de 1994 (AC 1994/1126); de la Audiencia Provincial de Lleida, de 28 de febrero de 2000 (AC 2000/767); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 4 de noviembre de 2002 (JUR 2003/30189); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 14 de marzo de 2003 (JUR 2003/158356).

(54) Precisa ACEVEDO BERMEJO, A., «Las relaciones abuelos-nietos», *op. cit.*, pág. 32, que la extensión del derecho debería incluir fines de semanas alternos y mitad de las vacaciones escolares, es decir, la misma extensión que correspondería a un padre o madre separados.

Hechas estas precisiones, comenzaremos por señalar que una de las novedades de la reforma es la posibilidad de establecer como una medida más del contenido de un convenio regulador en situaciones de crisis matrimoniales, «del régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, teniendo en cuenta siempre el interés de aquellos». Se otorga a los cónyuges «si lo consideran necesario» como una simple facultad, cuando procedan a la redacción del convenio regulador (55). Por tanto, debe excluirse que tal medida pueda quedar en manos de la autoridad judicial o de cualquier otra persona; la necesidad de la misma solo puede ser apreciada por los cónyuges, quienes tendrán únicamente como límite, cuando opten libremente por esta posibilidad, el del interés del menor (56). De forma que el juez en ningún caso podrá rechazar la propuesta global del convenio regulador presentado por el hecho de que no se haya establecido en el mismo ninguna previsión sobre el régimen de visitas de los ascendientes. Ello, a pesar de que el encabezamiento del artículo 90 indica que «el convenio regulador... deberá referirse al menos...». Expresión «al menos» que hay que poner en relación con el régimen de visitas de los abuelos, con la, asimismo, expresión «si se considera necesario», lo que dota a esta mención en el convenio de un carácter facultativo y no obligatorio, como inicialmente se había planteado en el Proyecto de reforma y que, por vía de enmienda, se modificó en su actual configuración.

Por otra parte, prescribe el artículo 90 en su antepenúltimo párrafo que los acuerdos de los cónyuges adoptados en el convenio regulador de su crisis matrimonial, serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (57). Y, añade la necesidad de previa audiencia a los abuelos en la que estos presten su consentimiento, pues, se trata de un derecho a favor de ellos (58). Cabe entender tal consentimiento como la necesidad de que los abuelos presten en el acto de ratificación del convenio su

(55) El artículo 233-12 del Código Civil catalán, en esta línea, señala que: «1. Si los cónyuges proponen un régimen de relaciones personales de sus hijos con los abuelos y con los hermanos mayores de edad que no conviven en el mismo hogar, la autoridad judicial puede aprobarlos, previa audiencia de los interesados y siempre y cuando estos den su consentimiento. 2. Las personas a quien se haya concedido el régimen de relaciones personales están legitimadas para reclamar su ejecución».

Por su parte, el Decreto Legislativo 17/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas hace referencia en su artículo 77 a los pactos de relaciones familiares, estableciendo al respecto que: «1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos. 2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar: b) El régimen de relaciones de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas».

(56) ARIAS DÍAZ, M.^a D., «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003...», *op. cit.*, pág. 1739.

(57) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 12 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/31047); y de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.^a, de 11 de junio de 2003 (*JUR* 2003/178222).

El artículo 77.4 del Código del Derecho Foral de Aragón señala, igualmente, con relación al pacto de relaciones familiares que: «El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior».

(58) Precisa también, al respecto, el artículo 77.6 del Código de Derecho Foral de Aragón que: «cuando el régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros

conformidad con aquellas previsiones efectuadas en el acuerdo de separación o divorcio, y que se refieran al sistema de visitas que en el futuro sus nietos mantendrán con ello. Lo que, asimismo, constituye una garantía del Juez de tener en su presencia a los abuelos, y ahondar en la relación que han mantenido con sus nietos hasta el momento y las que tendrán en el futuro, pudiendo recabar de unos y otros cuantas informaciones considere oportuna para tener un más exacto conocimiento de la situación, y si el régimen de visitas y comunicaciones previsto por los interesados en su convenio responde o no a la sensibilidad y necesidades afectivas y personales de los abuelos y de los propios nietos. En este contexto, podría considerarse perjudicial para el menor y justificar la denegación judicial de la propuesta global del convenio, la negativa de los abuelos a aceptar el régimen de visitas propuesto. De la lectura de la ley en este punto parece no impedirse dicha posibilidad, aunque lo cierto es que la no determinación clara de este supuesto, y lo peligroso de introducir elementos distorsionantes en una materia donde resulta muy difícil culminar en acuerdos, va a exigir a los jueces y aplicadores del derecho dirimir la cuestión, atendiendo a cada supuesto concreto y a las circunstancias concurrentes.

En todo caso, no considerando perjudicial para el menor la no prestación de consentimiento de los abuelos al régimen de visitas propuesto, se plantea si esta negativa tendrá efectos sobre la aprobación final del convenio por el Juez. Lo probable en este supuesto es que dicha aprobación global final no tenga lugar, debiendo los cónyuges presentar una nueva propuesta de convenio, si procede y, para ello, se abrirá un plazo de diez días, en que las partes propondrán uno nuevo sobre el punto o los puntos no aprobados.

Tal denegación del acuerdo habrá de hacerse mediante resolución motivada, y podrá interponerse el correspondiente recurso de apelación ante el órgano jerárquico superior. Esta solución legal, que contiene el antepenúltimo párrafo del artículo 90, resultaría mejorable para las partes interesadas, quizá como propone ARIAS DÍAZ si los abuelos rechazan el régimen contenido en el convenio, y el juez, automáticamente, en lugar de pronunciarse sobre su admisión o denegación, debería proceder a la aprobación general del convenio, si no hay objeción alguna a las restantes estipulaciones y dejar pendiente el régimen de visitas, remitiendo a las partes interesadas al procedimiento judicial *ad hoc* para resolver de forma definitiva las pautas y criterios sobre la relación entre abuelos y nietos (59).

parientes y personas allegadas, se deriven derechos y obligaciones para estos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación».

(59) ARIAS DÍAZ, M.^a D., «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003...», *op. cit.*, págs. 1739-1740, añade, además, que «si se sigue esta lectura de la norma, y el juez ante la negativa de los abuelos no aprueba el convenio, se está dejando en manos de los abuelos la resolución del conflicto, lo que es impropio, ya que podrán constituir una vía de fácil chantaje institucionalizado a los padres que se separan o divorcian».

Sin embargo, de forma novedosa, el Código de Derecho Foral de Aragón permite aprobar en parte el pacto de relaciones familiares que propongan las partes, y, limitar la presentación del nuevo pacto a lo no aprobado. Así dispone el artículo 77.5 que: «El juez aprobará el pacto de relaciones personales, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. Si el pacto de relaciones familiares no fuere aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto o transcurrido el plazo concedidos sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente».

Desde la perspectiva expuesta, es probable que el recurso práctico a esta opción no sea frecuente. De hecho hasta ahora no se ha presentado en los Tribunales ningún convenio donde se fije tal régimen de visitas. Lo cierto es que en los convenios los cónyuges buscan acuerdos sobre mínimos en cuestiones que les afectan conjunta y recíprocamente, y en estos mínimos no suele estar la decisión sobre el régimen de visitas de los abuelos tanto maternos como paternos, en la que, además, estos no participan. La frágil línea sobre la que se sustentan los acuerdos en situaciones de crisis, exige evitar, por pequeño que sea, cualquier motivo que conlleve discrepancia. Si a esto añadimos el riesgo expuesto de que el convenio no se apruebe, bien porque el régimen de visitas propuesto es perjudicial para el menor, o porque igualmente el juez considera perjudicial para el mismo el rechazo de los abuelos, o, en fin, aunque no siendo esta negativa de los abuelos considerada perjudicial, no obstante, el juez no apruebe el convenio. Aunque, solo se alude en el citado antepenúltimo párrafo del artículo 90 a la audiencia y al consentimiento de los abuelos, ello no prejuzga que también deba darse audiencia a los menores (nietos) en tanto son parte directamente afectadas. Dicha audiencia está expresamente reconocida en el artículo 92 del Código Civil en lo que a los procesos de separación, nulidad o divorcio se refiere, disposición perfectamente trasladable a aquellos en los que se discute únicamente sobre las relaciones personales de los nietos con sus abuelos, como es nuestra materia; y, tras la reforma por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1/1996, de 15 de enero, se ha erigido como una fase necesaria en cualquier procedimiento donde se ventilen cuestiones que afecten al interés de los menores, en concreto en el artículo 9, tratándose de menores mayores de doce años con suficiente juicio (condiciones de madurez), la obligación a las autoridades administrativas y judiciales de dar audiencia a estos menores en todos los procedimientos que les afecten, entre los que se encuentra este que, estamos analizando. No obstante, queda a la apreciación del Juez la posibilidad de dar audiencia a hijos menores de dicha edad, a quienes en todo caso se les exigirá tener suficiente juicio. Lo cierto es que, esta audiencia deberá realizarse ante el Juez, o en su caso, en presencia también del Ministerio Fiscal, de la forma que menos perjuicio psicológico puede producirle, pudiendo, si se estima necesario, solicitar dictamen —no vinculante— de especialistas (asistentes sociales, psicólogos forenses, etc.). De todas formas, sea cual fuere la forma que se adopte para llevar a cabo tal audiencia, precisamente por la mayor autonomía y libertad con que el Ordenamiento viene reconociendo al menor en aras precisamente del desarrollo de su personalidad y de su condición como sujeto de derechos, lo importante es que la voluntad del nieto sea escuchada y tomada en consideración por el Juez, sin que la simple negativa del mismo determine su no concesión (60). Se trata de un derecho de aquel y no de una obligación, que quepa imponerle.

(60) En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321), en su *Fundamento de Derecho Segundo* señala que: «debe ponderarse la razonabilidad de las opiniones de los menores, lo que no significa que quepa identificar lo expresado por ellos con su interés, pues, en todo caso, debe prevalecer el beneficio de los mismos en orden a su formación integral e integración familiar y social»; con anterioridad, de este mismo Tribunal, la de 11 de junio de 1996 (*RJ* 1996/4756); y en la jurisprudencia menor, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 19 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002/68369).

Igualmente, vid., con carácter general, la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2003, Sala Primera, de 13 de octubre. Ponente: don Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, en la que se

Una vez que los miembros de la pareja hayan efectuado la ratificación del acuerdo a presencia judicial, si la documentación aportada a su demanda no fuera suficiente (art. 777.4 de la LEC), el órgano judicial dictará providencia otorgando a los interesados el plazo de diez días para que completen la documentación que pudiera faltar. Durante este plazo podrá llevarse a cabo la práctica de la prueba que los interesados hubieran propuesto y las demás que el órgano judicial considere pertinentes para acreditar la existencia de las circunstancias de hecho en que la demanda inicialmente se hubiese fundado, y que puedan llevar al convencimiento del Juez sobre la necesidad o no de aprobar el convenio suscrito por las partes y propuesto para su homologación. De modificarse el convenio y suprimir la mención del derecho de visitas de los abuelos, a estos solo les queda el entablar un proceso específico separado sobre la base sustantiva del artículo 160 del Código Civil y lo dispuesto en el artículo 250.1.12 de la LEC, relativo al juicio verbal.

Aprobado el convenio por el Juez, el régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos podrá hacerse efectivo por vía de apremio (art. 160 antepenúltimo apartado *in fine*); pues, como previene, asimismo, el artículo 90 del Código Civil, desde tal momento los pactos contenidos en el mismo, podrán hacerse efectivos por tal vía. De ahí que, el convenio presentado a la aprobación e, incluso ratificado en presencia judicial no puede ejecutarse por vía de apremio en tanto no haya sido aprobado por la correspondiente sentencia.

En todo caso, como expusimos en líneas precedentes, el Convenio podrá ser aprobado en su integridad, o rechazado en cuestiones concretas que, a juicio del órgano judicial no resulten apropiadas o convenientes, en cuyo caso los interesados serán requeridos para que en el plazo de diez días, sometan a aprobación nuevo Convenio en aquellas concretas cuestiones que no hubieran merecido la aprobación judicial. Aportado el nuevo Convenio, o expirado el aludido término, el Juzgado dictará auto resolviendo lo que proceda (art. 777.7 de la LEC). Aunque la Ley no hace mención concreta sobre este extremo, cualquier nueva propuesta de Convenio Regulador deberá ir seguida de la correspondiente ratificación judicial, previa al pronunciamiento judicial sobre su procedencia o improcedencia, y no solamente de los integrantes de la pareja en trance de ruptura, sino de los abuelos que deberán prestar consentimiento al régimen de visitas que se hubiera estipulado respecto de sus nietos (61). De todas formas, la sentencia que deniegue la separación o el divorcio como el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del Convenio propuesto por los cónyuges podrá ser recurrido en apelación (art. 777.8 LEC) (62).

reitera que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión implica, entre otras cosas, la necesidad de ser oído; y, más específicamente, en relación con la protección de menores, la sentencia del mismo Tribunal 221/2002, Sala Segunda, de 25 de noviembre. Ponente: don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, ante el caso de una menor de más de doce años que no fue oída por la Audiencia Provincial en un procedimiento de oposición de la madre a la declaración de desamparo.

(61) En esta línea, ACEVEDO BERMEJO, A., «Las relaciones abuelos-nietos», *op. cit.*, pág. 48.

(62) Lo que resulta sorprendente, pues, la propia naturaleza del Convenio Regulador exige la concurrencia de voluntades de las partes que lo suscriben. Quizá esta posibilidad derive del hecho que el Juzgado puede aprobar alguna medida diferente de las que el Convenio contiene, como por ejemplo, en relación con el derecho de visita de los abuelos-nietos. Si bien, este recurso de apelación no suspende la eficacia de las medidas acordadas ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o el divorcio, cuando la apelación al Tribunal Superior se refiera exclusivamente a las medidas complementarias a la separación o divorcio, y no al pronunciamiento principal.

Ahora bien, si los progenitores no han previsto en el convenio regulador el derecho de visita de los abuelos, o previsto no haya sido aprobado, o si el proceso entablado era de nulidad matrimonial o de separación o divorcio sin mutuo acuerdo, y, no se ha presentado convenio regulador, acudiendo al proceso contencioso correspondiente, porque el consenso mutuo haya resultado imposible; en estos supuestos el Juez, tal como dispone el artículo 94 párrafo segundo del Código Civil, «podrá» adoptar como medida, si lo considera beneficioso para los intereses del menor, el régimen de relaciones personales con sus abuelos, determinando las condiciones en que se desarrollará el mismo (63). Al igual que el artículo 90, también en este precepto se exige la preceptiva audiencia y consentimiento de los abuelos a los efectos de conocer la opinión de los mismos. Si bien, a diferencia de aquel, para este supuesto, se va a exigir, asimismo, la audiencia a los progenitores del menor (64). En este supuesto, deberá ser el Juez quien establezca, atendiendo a las circunstancias y especialmente al grado de vinculación que los abuelos hasta entonces hayan mantenido con los nietos, un sistema de visitas que asegure la pervivencia de los lazos afectivos entre ambos grupos familiares. Se deberá dar audiencia a los padres y a los abuelos, quienes deberán, además de prestar su consentimiento (65). Se introduce así un nuevo contenido en la sentencia que, pone fin al procedimiento matrimonial. Tanto si

(63) A diferencia de las relaciones de los progenitores, donde la propia norma viene a ser de obligado cumplimiento para el Juez, en este caso resulta claramente el carácter voluntario o facultativo de la decisión, si se cumplen los requisitos del artículo 90 y lo que dispone expresamente el artículo 160, ambos del Código Civil.

En esta línea, el artículo 79.1 del Código de Derecho Foral de Aragón dispone que: «1. A falta de pacto entre los padres, el juez determinará las medidas que deberán regir las relaciones familiares, tras la ruptura de su convivencia, teniendo en cuenta los criterios que se establecen en los artículos siguientes».

(64) TOMÉ TAMAME, J. C., «El régimen de visita de los abuelos en los procesos de separación, divorcio y nulidad: artículos 90 y 94 del Código Civil», en *Al Día, Información Jurídica*, núm. 47, abril de 2004, pág. 5, muestra su disconformidad con esta audiencia, pues, afirma, no hace sino perturbar aún más los procesos matrimoniales contenciosos. Además, añade que: «la ley no ha previsto cuál es el momento procesal oportuno para realizar la audiencia de los padres y de los abuelos, ni si la misma debe efectuarse individual o conjuntamente, ni tampoco si el hecho de no efectuar esta audiencia llevaría aparejada la sanción de nulidad de las actuaciones ex artículo 238.3 LOPJ».

(65) Para CARBALLO FIDALGO, M., «El “derecho de visita” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos...», *op. cit.*, págs. 54-57, cuando por cualquiera de los progenitores se solicita un derecho de visitas a los abuelos como pretensión accesoria al proceso matrimonial, considera erróneo que se niegue cualquier legitimación a los abuelos en el seno de tal proceso matrimonial, reservado en exclusiva a los cónyuges, pues, «se parte de desconocer el fenómeno de la acumulación de objetos procesales o pretensiones y no comprende una es la pretensión principal, la matrimonial, para la que solo están legitimados los cónyuges (con alguna excepción en la nulidad), y otra cada una de las pretensiones accesorias, que han de regirse por las normas propias de la legitimación». De forma que, de acuerdo con lo dicho hasta ahora, continúa la autora, se abren diversas posibilidades. «En primer término, es posible que la pretensión sea ejercitada conjuntamente por el cónyuge demandante (en representación de sus hijos), y los abuelos, supuesto en que, como accesoria, se acumulará al procedimiento principal. En segundo lugar, podrá ejercer la pretensión el cónyuge demandante, asumiendo la representación de menores y abuelos, la primera legal, la segunda necesariamente voluntaria. El cónyuge demandante puede en tercer término, actuar individualmente, en exclusiva representación del hijo. En tal caso, los abuelos habrán de aparecer junto al otro cónyuge, como demandados».

el sistema de visitas se determina por acuerdo mutuo en el Convenio Regulador, como en caso que sea el Juez quien fije la extensión de este derecho, en los términos apuntados, el mismo será exigible por vía de apremio. En el supuesto que continúe existiendo problemas o dificultades en el ejercicio del derecho reconocido, a través de la oportuna ejecución de títulos judiciales podrá el juez compeler al cumplimiento de lo dispuesto en relación con este derecho, a quién se está impidiendo injustamente su ejercicio.

Lo cierto es que, no faltan autores que, reconocen a los abuelos en los procesos consensuados o contenciosos de separación o divorcio o nulidad de los progenitores, la posibilidad de intervenir al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (intervención adhesiva simple), en apoyo de una de las partes procesales, presumiblemente, su propio hijo, al objeto de evitar los perjuicios que reflejamente, pueden derivarse de la derrota de una de las partes en relación a su pretensión. Como tales intervinientes adhesivos podrán realizar alegaciones, proponer y practicar prueba e interponer recursos, no así realizar actos de disposición material, limitados solo para los propios cónyuges (66).

En todo caso, en el supuesto que la reclamación del derecho a relacionarse los abuelos-nietos, se efectúe en sede de procedimiento de separación o divorcio de los padres, el artículo 103 del Código Civil posibilita la adopción de un sistema de visitas a favor de los abuelos en el auto de medidas provisionales que, el Juzgado deba dictar; aunque el citado precepto, prevé la posibilidad de adoptar como medida provisional y de manera excepcional, la atribución a los abuelos de la custodia ordinaria de los menores con carácter preferente a otros parientes o de una institución al efecto, confiriéndoles así las correspondientes funciones tutelares respecto de sus nietos que, ejercerán siempre bajo la autoridad judicial; parece obvio que pueda también incluirse en la redacción del mencionado artículo 103, también un derecho de menor alcance y dimensión como sería establecer un sistema de visitas a favor de los abuelos.

Ahora bien, en este contexto, si en el convenio regulador no se hace referencia a este derecho de relaciones personales de abuelos y nietos, o, como apuntamos, tras la modificación de aquel, se suprime la referencia a tal derecho, o sin existir crisis matrimoniales, nos encontramos con unas malas relaciones entre los abuelos con los progenitores del menor; o de ruptura de una pareja de hecho, o simplemente, de mera dejadez en el mantenimiento de tales relaciones, es posible que los abuelos o el propio nieto acudan al Juez para que se lleve a efecto el derecho que, les reconoce el artículo 160 del Código Civil.

Para ello, se prevé un nuevo proceso y se introduce un nuevo apartado, el número 12, en el artículo 250.1 de la LEC, donde se relacionan las pretensiones

(66) CARBALLO FIDALGO, M., «El “derecho de visita” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos...», *op. cit.*, pág. 59, alude a los casos en que el derecho de visitas de los abuelos no es objeto de la *litis*, pero la suerte futura de su relación con los menores se encuentra directamente condicionada por el resultado del pleito. Piénsese, precisa la autora, «en los supuestos en que los abuelos mantienen una relación tensa con uno de los padres, que previsiblemente dificultará los contactos de aquellos con el menor de serle atribuida su guarda. O en aquellos en que existe el riesgo de traslado de los niños al extranjero; u otros, comunes en la práctica, en que los abuelos conviven con el padre o madre que solicita para sí la guarda de los menores, frente a la pretensión opuesta del otro progenitor». En todos estos casos, concluye la autora, «la decisión sobre la guarda no es en absoluto irrelevante para los abuelos, pues, ejerce una innegable eficacia refleja sobre su posición jurídica». En este mismo sentido, ACEVEDO BERMEJO, A., «Las relaciones abuelos-nietos», *op. cit.*, pág. 55.

que deben ser tramitadas a través del juicio verbal (67). Tal juicio se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el Capítulo I, del Título I del Libro IV de la citada norma adjetiva, en concreto, serán de aplicación los artículos 748 a 753, sobre los procesos relativos a la persona y a la familia (68); tendrá carácter no dispositivo, lo que supone que no rige el principio dispositivo o su vigencia está matizada dada la influencia de «un indiscutible interés público inherente al objeto procesal»; y corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia o de Familia, en aquellos lugares en que existan órganos especializados la competencia objetiva (art. 769 LEC) (69); y será competente territorialmente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En caso de residir estos en distintos partidos judiciales, se establecen dos fueros electivos: el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor, a elección del demandante (art. 769.3 LEC) (70).

Tendrán legitimación activa, los abuelos, los nietos menores de edad, el Ministerio Fiscal, y cualquier pariente y allegado que se considere con derecho a que se establezca a su favor un sistema de visitas con los menores. Y, esta demanda en reclamación de visitas a favor de los abuelos habrá de dirigirse contra la persona o personas que, están de hecho impidiendo u obstaculizando sin causa justificada el contacto mutuo entre el menor y sus abuelos, parientes o allegados, que, de ordinario, serán los progenitores de los menores, con quienes estos normalmente conviven; o, asimismo, todos aquellos que ostenten la tutela, guarda o custodia del menor. En caso de que los hijos menores —nietos de los demandantes— residan con uno solo de los progenitores por encontrarse estos separados o divorciados la demanda deberá extenderse también al progenitor que, no conviva habitualmente con los menores, pues, tendrá establecido a su favor un régimen de visitas que se puede ver alterado, si se establece un derecho

(67) Precisa, COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de nietos con los abuelos...», *op. cit.*, pág. 164, que: «la Ley 42/2003 ha cometido aquí un error, ya que el ordinal añadido al apartado 1 del artículo 250 de la LEC debe ser el número 13, puesto que el número 12 fue introducido anteriormente por el artículo 1.7.º de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios». En el mismo sentido, GONZÁLEZ PILLADO, E., «El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre», en *Actualidad Civil*, núm. 4, febrero de 2005, págs. 403-404.

Por su parte, CARBALLO FIDALGO, M., «El “derecho de visitas” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos», *op. cit.*, pág. 58, señala la posibilidad de acumular este proceso al proceso matrimonial de acuerdo con los artículos 74 y siguientes de la LEC.

(68) Señala CARBALLO FIDALGO, M., «El “derecho de visita” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos...», *op. cit.*, pág. 49, que «la remisión a tal capítulo, regulador de las disposiciones generales de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, se comprende en la medida en que se ven implicados los derechos de estos últimos. Por tal razón, lo más correcto hubiera sido modificar el artículo 748 de la LEC, para incluir entre los procesos sujetos al Título I del Libro IV lo que versen sobre la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil.

(69) Para un estudio más profundo de este proceso, vid., GONZÁLEZ PILLADO, E., «El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre», *op. cit.*, págs. 403-413.

(70) La competencia territorial en caso de plantear la reivindicación a través de la homologación de un convenio en sede de proceso de separación o divorcio de los padres, el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio conyugal.

de visitas a favor de los abuelos (71). En cuanto a la postulación procesal, la demanda deberá ser redactada por Letrado y presentada con la firma de este y del correspondiente Procurador (art. 750.1 LEC). Resulta preceptiva la intervención en este proceso del Ministerio Fiscal, en cuanto es siempre parte interesada un menor de edad (art. 749.2 LEC). El procedimiento se inicia con la demanda en la que deberán relatarse los hechos en la forma que previene el artículo 437 de la LEC, de forma sucinta, y en la que se identificarán los datos personales del actor o actores y del demandado o demandados, así como el domicilio en que se deberá efectuar el emplazamiento de estos. En el escrito de contestación a la demanda, el demandado deberá exponer las razones por las que se opone a la pretensión de la parte actora, debiendo negar o admitir los hechos que se consignan en la demanda inicial. No podrá formular reconvencción, pues, resulta difícil pensar que puedan tener esos pretensiones deducibles contra los demandantes en el mismo procedimiento (art. 406 LEC). La vista deberá celebrarse en la forma prevista para el juicio verbal, y, dentro del plazo de cinco días desde la contestación de la demanda se dictará auto en el que se «citará a las partes para la celebración de la vista, con indicación del día y la hora, debiendo mediar diez días, al menos desde el siguiente a la citación sin que pueda exceder de veinte» (art. 440.1 de la LEC). En la citación también se indicará a las partes que, deberán acudir a la vista con los medios de prueba que intenten hacer valer; y, además, el órgano jurisdiccional habrá de advertir a las partes de lo dispuesto en el artículo 442 de la LEC para el caso de que no comparecieran a la vista. En el desarrollo de la vista, se practicarán las pruebas aportadas, no admitiéndose aquellas que pudieran ser solicitadas junto con la demanda. Todos los medios de prueba que no puedan practicarse en el acto de vista, se practicarán dentro del plazo que señale el Tribunal, que no podrá exceder de treinta días. Dentro de este plazo se practicará, por ejemplo, la audiencia a los nietos mayores de doce años, o menores de dicha edad que tengan suficiente juicio, en apreciación y estimación del juez. En cuanto a los medios de prueba que pueden utilizarse, será a todos aquellos a los que hace referencia el artículo 299 de la LEC y el orden de práctica que establece el artículo 300 de la LEC. Entre estas pruebas habría que destacar el dictamen de especialistas (prueba pericial), en concreto del equipo psicosocial adscrito al Juzgado, en la que podrán valorar la situación de todo el núcleo familiar; determinar con la mayor garantía la conveniencia o no de tales relaciones, y las medidas más convenientes para el cuidado, desarrollo personal y educación del menor (72). Contra la inadmisión de cualquier medio de prueba

(71) Señala ACEVEDO BERMEJO, A., «Las relaciones abuelos-nietos», *op. cit.*, pág. 59, que ante la existencia de un posible perjuicio, entiende que una demanda de esta naturaleza deberá incluso ampliarse a los abuelos de la otra rama familiar; a quienes igualmente podría afectar en su contacto habitual con los nietos, la fijación de un régimen de visitas a favor de los abuelos de la otra rama familiar. No obstante, el artículo 753 de la LEC prevé que se dará traslado de la demanda a «las demás personas que, conforme a la Ley, deben ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados». Y añade, asimismo, que «si las dificultades en el contacto con los nietos no se limita exclusivamente a los abuelos, sino que la relación se hubiera interrumpido con toda una rama familiar (abuelos, tíos, primos, etc.), nada impediría que la demanda solicitando régimen de visitas se formulara en nombre de cuantas personas se encuentren afectadas por la injusta situación que los progenitores de los menores vengan creando».

(72) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 9 de enero de 2003 (*JUR* 2003/92861); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 8 de julio de 2010 (*JUR* 2010/296780).

podrá formularse oralmente recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y caso de desestimarse, cabrá protesta a los efectos de proponer de nuevo prueba en la segunda instancia (art. 285 LEC). Practicadas las pruebas, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de diez días, denegando o estimando la pretensión planteada por el propio menor o por sus abuelos o allegados. La sentencia que se dicte al amparo del artículo 160 del Código Civil otorgará a las medidas adoptadas fuerza ejecutiva, de manera que, podrá compelerse al cumplimiento de tales medidas (73). De forma que, ante cualquier incumplimiento la parte perjudicada deberá acudir a un procedimiento de ejecución de títulos judiciales, contemplado en los artículos 517 y siguientes de la LEC. En la demanda de ejecución, además de solicitar las medidas ejecutivas concretas que interesen y los medios necesarios para que el Juez pueda llevar a cabo tales medidas, cabe la posibilidad de solicitar el establecimiento de multas coercitivas conforme lo establecido en los artículos 709 y 711 de la LEC, si el ejecutado persiste en su incumplimiento, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar los derechos correspondientes por la vía penal, por presunto delito de desobediencia a la autoridad judicial (74). No obstante, de existir un acuerdo de los llamados de Derecho Privado, nada impide que, por la naturaleza del mismo, se derive la imposición de una sanción en forma de indemnización por los daños y perjuicios causados *ex* artículo 1101 del Código Civil.

Contra la sentencia que se dicte en este proceso procederá recurso de apelación que se tramitará de forma ordinaria (arts. 455 a 467 de la LEC); y, el recurso de casación se limitará a que la resolución dictada presente interés casacional, entendiendo por el mismo cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelvan puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o que la sentencia aplique una norma que no lleve más de cinco en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, o en fin cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros, o esta se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente también interés casacional (art. 477.2.3.º y 3 de la LEC).

En todo caso, se pueden solicitar la adopción de medidas cautelares que restablezcan de forma inmediata la relación de los abuelos con los nietos, si la interrupción de las mismas puede causar un daño o perjuicios a los menores conforme previene el artículo 158.3 del Código Civil (75). Para ello, la Ley de

(73) Señala, asimismo, el artículo 79.3 y 4 del Código de Derecho Foral de Aragón que: «3. El juez podrá disponer las medidas cautelares necesarias para asegurar el cumplimiento de las medidas adoptadas. 4. El incumplimiento grave o reiterado de las medidas aprobadas judicialmente podrá dar lugar a su modificación o a la exigencia de su cumplimiento de acuerdo con lo previsto en las normas de ejecución judicial».

(74) RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visitas», *op. cit.*, pág. 287. Por su parte, consideran que el incumplimiento del régimen de visitas establecido en un juicio verbal instado por los abuelos no es encuadrable en el artículo 618.2 del Código Penal de 1995, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2.ª, de 18 de febrero y 31 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/402752; *JUR* 2010/406964); y de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 9.ª, de 19 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/109738).

(75) Asimismo, dispone el artículo 79.2 del Código de Derecho Foral de Aragón que: «2. El juez de oficio, a instancia de los hijos menores de edad, o de cualquier pariente o persona interesada o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas necesarias, a fin de: a) Garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores

Enjuiciamiento Civil ofrece un cauce procedimental adecuado en su Título IV, Capítulos I y II, artículos 721 y siguientes y 730 y concordantes, debiendo presentarse la demanda de medidas cautelares junto con la demanda en que se ejercite la acción principal de reclamación de las relaciones abuelos-nietos (art. 730.1).

No obstante lo expuesto, siempre resulta conveniente, antes de iniciar el proceso contencioso sobre la base sustantiva del derecho reconocido en el artículo 160, intentar el abuelo/s como el nieto, llegar a un acuerdo con los progenitores de este, que les permita comenzar o reanudar, si ya existían, las relaciones afectivas entre ellos. Estos acuerdos o pactos a los que eventualmente las partes implicadas pueden llegar, serán válidos y no contravendrán el orden público ni precepto imperativo alguno siempre y cuando limitasen su objeto a la modalización de tales relaciones personales; pactos o acuerdos que, en cualquier caso, podrán quedar supeditados a la decisión del juez, siempre que se lleve el caso ante los Tribunales, pudiéndose alterar lo acordado por las partes en función del interés prevalente del menor (76). Pactos que las partes pueden suscribir también en el caso que la pareja no estuviera unida por vínculo matrimonial (77), y, por supuesto, para el caso que, no existiese crisis conyugal o de pareja. La actual LEC, como bien sabemos, contiene en su Libro IV la regulación de los procedimientos a los que otorga la denominación de «Procesos especiales», y viene a incorporar a ellos todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en los que se contempla la posibilidad de que dos partes que han alcanzado un acuerdo sobre una cuestión en la que mantienen controversia, puedan someter al conocimiento y aprobación judicial tal acuerdo, adquiriendo aquellos con ello, el valor y la fuerza ejecutiva que, le otorga la homologación judicial.

Este derecho al que se puede llegar, bien sea en virtud de pacto o por sentencia judicial, no puede, tal como dispone el párrafo tercero del citado artículo 160, dejar sin efecto o vaciar de contenido medidas, por ejemplo, de alejamiento que se hayan adoptado ante situaciones de violencia familiar. La contribución por parte de los padres del progenitor violento al incumplimiento de la medida impuesta a este puede integrar una justa causa prevista en el artículo 160, párrafo 2.º, y, así-

con cada uno de los progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas».

(76) Señala VIVES LLAMAZARES, F., «El derecho de los ascendientes al trato...», *op. cit.*, pág. 120, que la eficacia del pacto entre ascendientes y padres tiene nada más que un valor puramente provisional; mientras que, para RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita», *op. cit.*, pág. 241, tal pacto sobre régimen de visitas y relaciones personales «vincula y obliga a las partes si es, y en cuanto sea, válido y eficaz, y debe ser cumplido como tal, lo cual significa que, como cuestión resuelta convencionalmente, su vigencia impide a las partes (que lo suscribieron) el acudir directamente al juzgado para que organice un nuevo régimen de visitas como si aquel no existiera: existe, vincula y debe ser cumplido en sus propios términos. Su eficacia y exigibilidad es, pues, idéntica al de otro convenio de Derecho Privado válido y sobre materia disponible; ante el desconocimiento o incumplimiento de una parte, puede pedirse ante los tribunales que sea respetado y cumplido, mientras esté vigente y no se declare judicialmente su ineficacia o modificación por la razón que fuere».

Por su parte, nuestros Tribunales se muestran igualmente partidarios de estos acuerdos, previos a cualquier reclamación judicial; vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999/8278); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de junio de 1994 (*AC* 1994/1126).

(77) La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 2 de julio de 1994 (*AC* 1994/1230), precisa que este derecho de visita y convivencia entre abuelos y nietos también alcanza a las uniones extramatrimoniales (caso de autos), pues, está establecido a favor y al interés de los hijos, y, le son aplicables por analogía.

mismo, puede ser también causa de suspensión temporal de la visita ya otorgada o de la adopción de medidas cautelares que eviten que nuevos actos violentos se ocasionen por la concesión de un derecho de visitas (78).

Desde las bases expuestas, son dos los supuestos procedimentales sobre los que hacer efectivo el derecho de los abuelos y los nietos a relacionarse: 1. La tramitación a través de juicio verbal de las reclamaciones derivadas del artículo 160 del Código Civil; 2. El reconocimiento del derecho a relacionarse abuelos-nietos en el convenio regulador de una crisis de pareja, o por el juez en la sentencia que resuelva aquella crisis (arts. 90 y 94 del CC), que seguirán el proceso matrimonial que corresponda respecto del cual aquel derecho a relacionarse de abuelos y nietos representa una mera incidencia (79). En este caso, la mayoría de los procesos matrimoniales se tramitan también por el juicio verbal, distinguiéndose en palabras de COLÁS ESCANDÓN tres casos (80):

- a) Si el proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial se solicita de mutuo acuerdo, o por un cónyuge con el consentimiento del otro, se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 777 de la LEC.
- b) Si la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial implican un procedimiento contencioso, al no haber acuerdo entre las partes, se tramitará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 770, 774, y 775 de la LEC.
- c) La adopción de la medida provisional en virtud de la cual se decretan las relaciones personales entre abuelos y nietos *ex* artículo 103 del Código Civil, se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 771 y 772 de la LEC.

En fin, en cualquiera de los dos supuestos procedimentales descritos —el del art. 160 o el de los arts. 90, 94 y 103 del CC—, la resolución judicial que reconozca y configure tal derecho no podrá ser ejecutada provisionalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 525 de la LEC. Y, al igual que todas aquellas resoluciones en las que un menor se ve implicado, las decisiones judiciales en esta materia de relaciones personales de abuelos y nietos, carecen de efecto de cosa juzgada: cualquier hecho o circunstancia nueva que incida de modo relevante sobre la relación autoriza a conocer de nuevo el caso.

V. DENEGACIÓN O NO CONCESIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS: LA EXISTENCIA DE «JUSTA CAUSA»

El artículo 160.2 del Código Civil no define expresamente qué debe entenderse como «justa causa», y cuáles pueden ser las mismas, sino simplemente manifiesta

(78) Este párrafo no figuraba en el Proyecto de Reforma; fue incorporado, como ya expusimos, vía enmienda (núm. 42) del Grupo Popular en el Congreso.

(79) GARCÍA CANTERO, G., «Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...», *op. cit.*, pág. 126, nota 77, 128 y 154, quien añade, además, con respecto al juicio verbal especial del artículo 250.1.12.º LEC, que en este procedimiento se restringe el acceso al recurso de casación contra la resolución del recurso de apelación de la Audiencia Provincial, dado que solo se autoriza aquel cuando presente interés casacional (art. 477.2.3.º de la LEC).

(80) COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con los abuelos...», *op. cit.*, págs. 166 a 169.

que de concurrir la misma, conlleva la denegación del derecho de los abuelos a relacionarse personalmente con sus nietos (81).

Lo cierto es que pueden encuadrarse, en un sentido amplio, en dicho concepto jurídico indeterminado, todas aquellas situaciones que perturben al menor, es decir, aquellas que en definitiva vayan en contra de su interés o beneficio. Allí donde la relación del menor con los abuelos perjudique al niño, porque ponga en peligro su salud, seguridad, moralidad o educación, debe operar aquella y no conceder o simplemente suspender el derecho (82). Habrá, en consecuencia, que considerar y analizar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes para determinar si es o no conveniente la relación del menor con sus abuelos. RIVERO HERNÁNDEZ ha equiparado los «motivos graves» que justifican la suspensión del derecho de visita de los padres en caso de separación nulidad y divorcio (art. 94 del CC) a la justa causa del artículo 160.2. Estos motivos graves deberán ser además de serios, legítimos y actuales, más que potenciales y el juez tendrá que valorarlos «con toda la ponderación y rigor que la trascendencia de sus consecuencias aconsejan» (83). Opina, por su parte, BERCOVITZ (84) que, «en la justa causa debe predominar el interés del hijo, aunque este no debe ser incompatible en principio con la ponderación de los intereses de otros miembros de la familia (los llamados intereses familiares)». Para CARBAJO GONZÁLEZ por justa causa hay que entender una relación no conveniente para el menor y para su formación, por desarrollarse en unas circunstancias y en un entorno poco propicio o por la concurrencia de cualquier otro impedimento (85).

Por ello pueden variar de unos supuestos a otros y hasta puede ocurrir que lo que en unos casos pueda ser perjudicial para el menor; en otros, variadas las circunstancias, no sea así. En todo caso, la carga de la prueba de la existencia de «justa causa» corresponde a los padres que se oponen al ejercicio del derecho, pues, existe una presunción favorable al mantenimiento de las relaciones abuelos-nietos, como adecuadas desde la perspectiva del interés del menor (nieto).

La doctrina establece un elenco de motivos esgrimibles por quienes se oponen al derecho de visita de los abuelos, normalmente alguno de los progenitores. Se trata de una lista con carácter *numerus apertus*. A tales efectos, se considera por justas causas que, pueden determinar la denegación o suspensión del derecho (86):

1. Los malos tratos físicos o psíquicos infligidos al nieto por los abuelos, o a la inversa.

(81) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 31 de octubre de 2001 (*JUR* 2002/18460).

(82) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «El derecho de los abuelos a relacionarse...», *op. cit.*, pág. 20.

(83) RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita. Ensayo de una construcción...», *op. cit.*, pág. 177.

(84) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 161 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, coordinados por Manuel AMORÓS GUARDIOLA, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1076.

(85) CARBAJO GONZÁLEZ, J., «El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil», en *La Ley*, 2000-4, pág. 1502.

(86) Siguiendo aquí a COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con los abuelos...», *op. cit.*, págs. 141 a 155; SALANOVA VILLANUEVA, M., «Notas sobre el derecho de los abuelos a...», *op. cit.*, págs. 952 a 958.

2. Las malas relaciones existentes entre nieto y abuelos (87).
3. El deliberado ánimo permanente de los abuelos de influir en aspectos que forman parte del ámbito propio de la patria potestad, como la educación de los hijos menores.
4. El sufrimiento de una enfermedad mental de los abuelos, o de una enfermedad infecciosa padecida por los mismos o personas de su entorno más cercano, siempre que en ambos casos tengan carácter permanente, y puedan afectar al nieto, en cuanto van a impedir un adecuado desarrollo de la relación. De no tener tal carácter, estas enfermedades solo darán lugar a una suspensión temporal de la relación (88).
5. La drogodependencia o alcoholismo de los abuelos o de las personas de su entorno.
6. El peligro de que el contacto con los abuelos impida la recuperación psicológica de los nietos (89).
7. El incumplimiento por los abuelos de lo previsto en el artículo 160, párrafo 3.º, respecto a las medidas de alejamiento adoptadas en relación con su hijo ante supuestos de violencia familiar; y el riesgo de retención definitiva, especialmente cuando este derecho implica que el menor se traslade de un país a otro.
8. El padecimiento por el nieto de una enfermedad o deficiencia que requiera un cuidado especial, que no pueden los abuelos proporcionarle.

(87) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 20 de enero de 2003 (*JUR* 2003/114817), manifiesta el menor su indiferencia a la abuela materna, y una negativa por parte del mismo a relacionarse con esta; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 16 de septiembre de 2009 (*AC* 2009/2093), menor de 18 meses de edad sin relación con los abuelos desde que cumplió tres meses; enfrentamientos y conflictividad entre los padres y abuelos con una distancia considerable; y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, de 4 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010/45292), contactos escasos y ausencia de vínculos afectivos sólidos.

(88) Añadir que el riesgo de infección en la enfermedad contagiosa debe ser tal que no se elimine con unas sencillas medidas de profilaxis, vid., en este sentido, DÍAZ-ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor...», *op. cit.*, pág. 368, nota 127, afirma que el hecho de que los abuelos sufran el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) no es, por sí solo, causa bastante para denegar el derecho, puesto que con las debidas precauciones profilácticas no existe riesgo de contagio.

(89) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, de 11 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/299472), posible agresión sexual del tío que convive con la abuela; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 22 de abril de 2002 (*JUR* 2002/221592), atendiendo las especiales circunstancias concurrentes: padre de las menores asesinado por la madre, con un enfrentamiento de las familias y un fuerte rechazo y tensión emocional de las menores ante la presencia de la abuela paterna, hace aconsejable no señalar un régimen de visitas alguno a favor de aquella por el momento, y en tanto en cuanto las circunstancias actuales persistan, dado que resulta evidente que las mencionadas niñas se encuentran en la actualidad y en la convivencia que mantienen con el padre adoptivo, estabilizadas emocionalmente y una alteración de tal convivencia con la introducción de una forzada relación con distintos miembros de la familia paterna, les desestabilizaría profundamente»; de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 11 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/193717); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 3 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/180633); y de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 9 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/341418), el hecho de que los abuelos vean a su nieto puede ser perjudicial para este, debido a la tensión existente entre sus abuelos maternos y sus padres.

9. La adopción del nieto, cuando no nos encontremos ante ninguno de los supuestos en que no se produce la ruptura de los vínculos con la familia de origen, *ex* artículo 178 del Código Civil, y en el momento de producirse tal adopción el nieto no tiene edad y, por tanto, capacidad para discernir lo que está sucediendo (se trata de un menor de corta edad).
10. El abuelo/a haya sido condenado por delito contra la persona de su hijo o su nieto, el haberle negado alimentos, o haber sido privado de la patria potestad por incumplimiento grave de los deberes paternos.
11. La intromisión negativa en la vida familiar (90).
12. La utilización como vía para que el hijo pueda seguir amenazando o acosando a sus propios hijos y al otro progenitor (91).

En este contexto, no puede considerarse justas causas para denegar o suspender aquel derecho a las relaciones personales de abuelos y nietos:

1. La sola opinión del guardador respecto de la influencia negativa sobre el menor de las visitas de los abuelos (92).
2. Las malas relaciones o las desavenencias entre el progenitor (guardador) y los abuelos —presupuestas en el mismo hecho del litigio— que solo en el caso extremo, de que llegaran a desestabilizar al menor, serían relevantes (93). En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de

(90) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003/93272), peligro que la comunicación menor-abuela paterna afecte a la relación de las menores con sus padres, pues la crisis matrimonial fue consecuencia de la intromisión de la abuela paterna en el matrimonio.

(91) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 28 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/152717).

(92) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 11 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/164944), falta de acreditación que la abuela genere en la menor animadversión contra su madre; obligación de esta de evitar cualquier alusión a la menor contra su madre.

(93) No prosperó esta causa de alegación, ya que primó el beneficio del menor, en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994 (*RJ* 1994/2728); de 11 de junio de 1996 (*RJ* 1996/4756); de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/6722); de 30 de marzo de 1999 (*RJ* 1999/1870); y 20 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002/8462). En la jurisprudencia menor, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 15 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/8483) en su *Fundamento de Derecho Primero* indica que: «(...) de existir malas relaciones mencionadas —entre el padre del menor Francisco Javier y la abuela materna—, estas se deben única y exclusivamente a la actuación de los mayores y, por lo tanto, dentro de su esfera personal deben permanecer, y no deben hacer partícipe al menor de las diferencias que entre ellos pudiera existir y ello porque en todo caso han de procurar el interés del menor»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 28 de febrero de 2000 (*AC* 2000/767), en cuyo *Fundamento de Derecho Cuarto* se señala que: «(...) no es posible afirmar que las difíciles y tensas relaciones entre abuela y madre puedan ser motivo suficiente para anular aquel derecho, pues ni resulta proporcionado ni aparece justificado que la privación de aquella relación humana y afectiva entre el menor y sus más directos allegados pueda procurarle una adecuada formación y desarrollo que necesita para conformar su personalidad»; las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.ª, de 28 de febrero de 2000 (*AC* 2000/767); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 19 de enero de 2001 (*AC* 2001/507); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 4 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/112501), donde se insiste, igualmente, en que «los problemas entre los adultos no puede constreñir los derechos de la menor a relacionarse con su familia biológica, máxime cuando esa relación ya ha existido con anterioridad y ha sido estrecha y beneficiosa para la niña»

octubre de 2011, objeto de examen, se pone de manifiesto precisamente que: «(...) atendiendo a la jurisprudencia más reciente como la sentencia del Tribunal Supremo 576/2009, en la que se señalaba «que las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas; la sentencia de este mismo Tribunal 858/2003, de 20 de septiembre consideró que no constituía justa causa para la denegación de las visitas de los abuelos a los nietos la animadversión del padre hacia la familia de la madre ya fallecida, ni la influencia hipotética que los abuelos pudieran tener sobre sus nietos. *Por todo lo anterior, hay que concluir que en la sentencia recurrida no se ha tenido en cuenta lo que constituye el verdadero núcleo de la cuestión, es decir, el interés del menor, porque la causa alegada solo de manera indirecta e hipotética puede afectar a los menores. Procede, en consecuencia, reconocer el derecho del nieto a relacionarse con su abuela, ahora recurrente*» (94).

3. La supuesta incompatibilidad de la patria potestad del progenitor con el derecho de visita de los abuelos, que *a priori* son perfectamente conciliables.
Únicamente en el caso de que los abuelos pretendieran deliberadamente influir sobre la educación o formación del menor con planteamientos contradictorios a los del progenitor o descalificaciones personales de este, su derecho de visita entraría en conflicto con lo que el artículo 154 Código Civil reconoce única y exclusivamente a los padres.
4. La voluntad del menor contraria —sin otra justificación— a la relación con los abuelos. No siempre los deseos del menor coinciden con su interés. Y tampoco debe descartarse la influencia que sobre este pueda haber ejercido el progenitor reacio al contacto con los abuelos. Desde luego, en esta cuestión es determinante la edad del menor, pues no puede valorarse del mismo modo la negativa de un niño de siete años que la de un adolescente de quince.
5. La falta de relación entre abuelo y nieto.

(Fundamento de Derecho Segundo); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 9 de abril de 2010 (*JUR* 2010/357810); y de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 12 de julio de 2010 (*JUR* 2010/296569).

Por el contrario, en algunas sentencias —ciertamente las menos— se ha considerado que las tensiones entre abuelos y progenitores constituyen una justa causa para negar el derecho a las relaciones personales: así, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003/93272); y de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 24 de junio de 2004 (*JUR* 2004/207884).

(94) En este mismo *Fundamento de Derecho Cuarto* señala que «el artículo 160.2 del Código Civil, *a contrario sensu*, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deben enjuiciar. Y la sentencia recurrida ha considerado justa causa el enfrentamiento entre el padre de los menores cuya visita se demanda, con la abuela, su madre, lo que podría «repercutir en la integridad psicológica del menor»; es decir que, la hostilidad entre los litigantes es tal que el contacto entre el nieto y la abuela recurrente podría hipotéticamente, ser contraria al interés del menor debido al alto grado de enfrentamiento entre los ascendientes y el posible perjuicio que podría producir. Esta Sala no puede entrar a determinar si la prueba ha sido o no bien valorada, ya que solo se ha formulado recurso de casación; sin embargo, si puede valorar si la causa justificadora de la negativa al reconocimiento del derecho de visitas a la abuela es constitutiva o no de justa causa para eliminar este derecho».

6. El ingreso en prisión del abuelo/a (95).
7. La tendencia sexual de los abuelos (96).
8. El divorcio o nuevo matrimonio —unión de hecho— de los abuelos (97).

Finalizar este apartado, apuntando que la carga de la prueba de la existencia de «justa causa» para impedir el ejercicio del derecho de visita de los abuelos recae sobre quien pretenda hacerla valer; normalmente, sobre los progenitores que impiden la relación entre aquellos y el menor.

Una prueba alegable frente a la presunción *iuris tantum*, ya señalada, de la conveniencia para el interés del menor de mantener relaciones con sus abuelos; y, que, por ende, opera sobre la existencia de un auténtico derecho con sustantividad propia y autónomo a favor de este.

VI. MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS

Sobre la base del principio general del interés del menor, así como la dinamicidad de la propia relación afectiva que en cada caso fundamenta la existencia de este derecho y que puede decidir sobre su conveniencia y extensión, el juez o Tribunal debe inspirarse para determinar el contenido y modalizar el ejercicio de aquel. Es por ello que, en este contexto, si las circunstancias en las que inicialmente se basaron la constitución de tal derecho cambian, y, partiendo precisamente del hecho que uno de los caracteres de este derecho es su variabilidad, el órgano judicial puede modificar, en cualquier momento, el alcance de tal derecho, determinando, bien una ampliación, o bien una restricción del mismo, o incluso, su suspensión, siempre que lo aconseje —aun siendo reiterativos—, el interés del menor (98). Las causas por las que se puede solicitar su ampliación puede ser muy diversas, por citar algunas: sería una mejora en las relaciones de los nietos con los abuelos; una mayor edad en el menor que posibilita ahora un aumento, incluso porque el propio nieto lo demanda; porque han mejorado las situaciones conflictivas entre los abuelos y los progenitores del menor; etc. Pero también es posible una modificación restrictiva de tal derecho, que puede derivar de un empeoramiento de las relaciones entre abuelo o nieto, o porque, habiendo el nieto alcanzado una cierta edad, y teniendo suficientes condiciones de madurez, decide no seguir manteniendo unas relaciones asiduas con los abuelos, alegando que su mantenimiento le causa perjuicio. O finalmente, cabe la posibilidad de su suspensión temporal, pues, como hemos puesto de manifiesto en el anterior apartado, la negativa de los abuelos a mantener relaciones; o la existencia de un incumplimiento por parte de estos de sus obligaciones establecidas en el régimen de relaciones personales, así, por ejemplo, porque no cumplan los horarios establecidos; retengan al menor; le telefonen continuamente, etc., pueden aconsejar la adopción de esta medida.

(95) TORRES PEREA, J. M., «El artículo 160.2 y 3 del Código Civil...», *op. cit.*, pág. 7.

(96) COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos», *op. cit.*, pág. 161; RIVERA HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita», *op. cit.*, págs. 250-252.

(97) COLÁS ESCANDÓN, A., *Út. Lug. Cit.*; GARCÍA CANTERO, G., «Las relaciones familiares entre nietos...», *op. cit.*, pág. 152.

(98) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 3 de julio de 2002 (*JUR* 2003/27596); y el artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón.

Una suspensión temporal que, para algunos, puede ser definitiva, si la gravedad de los hechos y el temor a que la situación conflictiva sea irreversible se mantienen; siendo posible, si desaparecen las circunstancias que motivaron su supresión, el volver a reconsiderar la posibilidad de adopción de nuevos acuerdos o de pedir al juez un nuevo pronunciamiento sobre el nuevo ejercicio del derecho, surgiendo entonces un derecho nuevo, totalmente distinto del anterior (99).

En todo caso, si se ha fijado, judicial o convencionalmente, el derecho de aquellos a relacionarse con sus nietos, la negativa a cumplir lo previsto en la resolución o el acuerdo puede, siempre teniendo presente el interés del menor (nieto), aplicarse analógicamente lo previsto en el artículo 776.3.^a de la LEC, de modo que, podrá modificarse el régimen de visitas, e incluso, suspenderlo. Aspecto este último que tiene su razón de ser en la propia base sobre la que se sustentan las relaciones personales entre abuelos y nietos, como es el logro del máximo beneficio para el desarrollo integral del menor. Por otra parte, con objeto de evitar que, este derecho de relación de abuelos y nietos se convierta en un instrumento de fraude de posibles resoluciones judiciales, adoptadas en un proceso civil o penal, limitativas de la relación de los menores con alguno de sus progenitores, el artículo 160.2 prevé la adopción por el Juez de mecanismos de fiscalización de las relaciones entre nietos y abuelos, entre los que figuran la orden dirigida a los abuelos de impedir tales contactos, bajo apercibimiento de la suspensión de las relaciones con sus nietos (100).

Ahora bien, aún tratándose de un derecho de carácter imprescriptible e irrenunciable, tal como hemos destacado en líneas precedentes, que se puede modificar o suspender, según las circunstancias concurrentes, nos encontramos también ante un derecho que no tiene naturaleza perpetua, sino temporal, de ahí que, podamos hablar de causas que pueden originar su extinción, como son:

1. La mayoría de edad, la emancipación o recuperación de la plena capacidad, pues, dándose tales circunstancias corresponde al sujeto mayor de edad, emancipado o capaz de decidir, si quiere o no mantener relaciones con sus abuelos, sobre la base del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la privacidad de cada uno.
2. La declaración de fallecimiento, o de ausencia, o la muerte del nieto y los abuelos. En este último caso, si uno fallece, sigue disfrutando de ese derecho el sobreviviente; y,
3. Haya trascurrido el plazo perentorio de ejercicio fijado por el juez al concederlo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO BERMEJO, A.: *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, Tecnos, Madrid, 2006.

(99) En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita. Ensayo...», *op. cit.*, págs. 193-196; ROCA TRIAS, E., «Comentario al artículo 94 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 395.

(100) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.^a, de 30 de junio (*JUR* 2000/270707); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 19 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/33377).

- ARIAS DÍAZ, M.^a D.: «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos», en *La Ley*, 2005-1.
- BOTANA GARCÍA, G. A.: «Derecho de visita de los abuelos», en *Actualidad Civil*, núm. 5, marzo de 2004.
- CARBALLO FIDALGO M.: «El “derecho de visita” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 30, enero-marzo de 2006.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Tecnos, Madrid, 2000.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Comentario a los artículos 160 y 161 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. III, vol. 2.º, Edersa, 1982.
- COLAS ESCANDÓN, A. M.^a: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia* (Ley 42/2003, de 21 de noviembre), Thomson-Aranzadi, 2005.
- DÍAZ-ALABART, S.: «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados», en *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio de 2003, pág. 353.
- GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2005.
- «En torno al derecho de visitas», en *El derecho de visitas. Teoría y praxis*, AA.VV., Eunsa, Pamplona, 1982.
- GAYA SICILIA, R.: «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos», en *Anuario de Derecho Civil*, 2002-I.
- GONZÁLEZ PILLADO, E.: «El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre», en *Actualidad Civil*, núm. 4, febrero de 2005.
- LETE DEL RÍO, J. M.: «Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de septiembre de 1991)», en *Poder Judicial*, núm. 25, marzo de 1992.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinador del volumen: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Colex, Madrid, 2011.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria», en *El derecho de visitas. Teoría y praxis*, AA.VV., Eunsa, Pamplona, 1982.
- SALANOVA VILLANUEVA, M.: «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1994», en *Anuario de Derecho Civil*, 1996-I.
- VALLÉS AMORES, M.^a L.: «A propósito de la reforma del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos», en *Actualidad Civil*, núm. 15, septiembre de 2005.
- VERDERA IZQUIERDO, B.: «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados», en *La Ley*, 2002-7.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3977).
- ATS, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3573).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321).

- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 27 de julio de 2009 (*RJ* 2009/4577).
STS, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de octubre de 2011 (La Ley 194731/2011).
SAP de Álava, de 27 de febrero de 1993 (*AC* 1993/299).
SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 14 de septiembre de 1995 (*AC* 1995/1574).
SAP de Toledo, Sección 2.^a, de 21 de mayo de 1997 (*AC* 1997/1197).
SAP de Sevilla, Sección 6.^a, de 15 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/8483).
SAP de Lleida, Sección 1.^a, de 28 de febrero de 2000 (*AC* 2000/767).
SAP de Jaén, Sección 1.^a, de 19 de enero de 2001 (*AC* 2001/507).
SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 9 de enero de 2002 (*JUR* 2002/86092).
SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 4 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/112501).
SAP de Badajoz, Sección 1.^a, de 9 de enero de 2003 (*JUR* 2003/44534).
SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003/93272).
SAP de Alicante, Sección 7.^a, de 28 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/152717).
SAP de León, Sección 2.^a, de 16 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/217614).
SAP de Sevilla, Sección 5.^a, de 3 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/180633).
SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 15 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009/41844).
SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 16 de septiembre de 2009 (*AC* 2009/2093).
SAP de las Islas Baleares, Sección 4.^a, de 11 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/164944).
SAP de Badajoz, Sección 3.^a, de 12 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/153862).
SAP de León, Sección 2.^a, de 12 de julio de 2010 (*JUR* 2010/296569).
SAP de Alicante, Sección 9.^a, de 14 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/23195).
SAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 28 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/71041).
SAP de Lugo, Sección 1.^a, de 18 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/47304).
SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 14 de abril de 2011 (*AC* 2011/1084).
SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 4 de julio de 2011 (*JUR* 2011/324854).

RESUMEN

DERECHO DE VISITAS ABUELOS, NIETOS CRISIS FAMILIAR

Con la reforma por Ley 42/2003, de 21 de noviembre se modifica el artículo 160 del Código Civil, estableciendo el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, bien se adopte tal medida en el convenio regulador que se acuerde ante una situación de crisis matrimonial o de pareja, en la sentencia que resuelva un proceso contencioso de separación y divorcio, o se decida en un procedimiento verbal regulado ad hoc para la adopción de tal medida. Con ello se pretende dar respuesta a una creciente demanda social digna de consideración, y sobre todo, plasmar legalmente el pa-

ABSTRACT

RIGHT OF VISITS GRANDPARENTS, GRANDSONS FAMILY CRISIS

With the reform for Law 42/2003, of November 21 there is modified the article 160 of the Civil Code establishing the right of the grandparents to relate to his grandsons, good adopts such a measure in the regulatory agreement that one agrees before a situation of matrimonial crisis or of pair, in the judgment that it solves a contentious process of separation and divorce, or one decides about a verbal regulated ad hoc procedure for the adoption of such a measure. On it response is tried to meet to an increasing social worthy demand of consideration, and especially, to form legally the

pel relevante que ejercen los abuelos en situaciones de crisis familiar, o ante el fallecimiento de un progenitor, para la estabilidad del menor y su propio desarrollo personal. No obstante, tal medida puede no acordarse o suspenderse si concurre justa causa para ello.

relevant paper that the grandparents exercise in situations of familiar crisis, or before the death of a progenitor, for the stability of the minor and his own personal development. Nevertheless, such a measure cannot remember or be suspended if just reason meets for it.

PACTOS CONYUGALES NO CONTENIDOS EN EL CONVENIO REGULADOR

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora.
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE CÓNYUGES CON PREVISIÓN DE POSIBLES RUPTURAS.—III. EFICACIA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE CÓNYUGES CON PREVISIÓN DE POSIBLES RUPTURAS.—IV. REQUISITOS DE VALIDEZ.—V. CUESTIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.—VI. CONTENIDO DEL CONTRATO: LA PENSIÓN Y LA PROMESA DE DONACIÓN.—VII. EFECTOS DEL PACTO.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (por orden cronológico).—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Vamos a centrar nuestra atención en el estudio de la validez del pacto por el que los cónyuges acuerdan que en caso de separación el marido abone a la esposa una renta mensual (1). Estamos en presencia de un pacto conyugal no contenido en el convenio regulador, y en el caso que nos ocupa está referido a la liquidación de las relaciones económicas en caso de separación o divorcio.

(1) Tomamos como referencia la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de marzo de 2011, recurso 807/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 217/2011. Número de recurso: 807/2007. *Diario La Ley*, núm. 7686, Sección Jurisprudencia, 2 de septiembre de 2011, año XXXII, Editorial LA LEY. LA LEY 29142/2011.

El 30 de noviembre de 1989, los cónyuges acordaron disolver la sociedad de gananciales. El mismo día elevaron a escritura pública un documento en el que constan los siguientes pactos: «Doña Angélica procederá a desistir del procedimiento de separación entablado contra su esposo... En el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, don Claudio vendrá obligado a lo siguiente: a) A entregar a su esposa, desde el momento en que se produzca la separación, la cantidad equivalente a 200.000 pesetas mensuales, más el importe de su actualización mediante la aplicación de las variaciones que haya experimentado el índice de precios al consumo...».