

1.2. Derecho de Familia

El derecho de relación de los abuelos: una relectura

Grandparents' contact rights: a critical assessment

por

JORDI RIBOT IGUALADA

Catedrático de Derecho civil

Instituto de Derecho privado europeo y comparado
Universitat de Girona

RESUMEN: Este trabajo analiza la aplicación jurisprudencial del régimen jurídico de las relaciones personales entre abuelos y nietos, y qué alcance tiene el derecho de los abuelos a comunicarse y relacionarse con sus nietos ante la oposición de los progenitores. El marco legal se examina teniendo en cuenta los intereses de todas las partes involucradas (progenitores, abuelos y nietos). La experiencia de más de veinte años de aplicación de las normas sobre derecho de relación de los abuelos aporta luz sobre el impacto que ha tenido el reforzamiento de los intereses de los abuelos. Pero también plantea la cuestión de si esa elección legislativa acaso podría haber dado pie a muchos litigios inútiles y potencialmente dañinos.

ABSTRACT: *This article examines how case law deals with claims of grandparents who seek contact with their grandchildren against the will of one or both parents, and the scope given to their rights. The resulting state of the law is assessed taking into account the interests of all the parties involved (parents, grandparents, and grandchildren). The experience of more than twenty years of application of the specific provisions concerning grandparents' contact rights sheds light on the impact of giving grandparents stronger legal rights. It also prompts the question of whether this legislative choice might have brought about useless and potentially harmful litigation.*

PALABRAS CLAVE: Abuelos y nietos. Derecho de relación. Interés superior del menor. Patria potestad.

KEY WORDS: *Grandparenthood. Contact. Best interest of the child. Parental responsibilities.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS RELACIONES DE LOS ABUELOS CON SUS NIETOS: 1. CONDICIÓN DE ABUELO, PARENTESCO E INTERÉS DEL MENOR. 2. ¿EVITAR UN DAÑO, HACER UN BIEN O SIMPLEMENTE ESPERAR QUE NO PASE NADA MALO? 3. UNA REGULACIÓN DEMASIADO ABIERTA E INDETERMINADA: A) *Ruptura de la pareja formada por los progenitores.* B) *Muerte de un progenitor.* C)

Familia intacta. 4. FICCIÓN Y REALIDAD: EL ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS ABUELOS.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el régimen jurídico de las relaciones personales entre abuelos y nietos a la luz de la experiencia de la aplicación de la 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 abuelos¹, así como de las variantes autonómicas basadas en planteamientos idénticos².

Con todo, no se pretende abarcar con exhaustividad el material jurisprudencial o doctrinal. Este material puede hallarse sin dificultad en los trabajos monográficos dedicados al tema³ y en estudios publicados muy recientemente en esta misma sección de la Revista Crítica⁴.

Por lo tanto, estas líneas tienen un propósito mucho más analítico que descriptivo, y persiguen plantear cuestiones de fondo acerca de la razonabilidad de la situación actual en atención a los intereses de las partes involucradas (progenitores, abuelos y nietos). La reforma de 2003 persiguió el reforzamiento de los intereses de los abuelos. Pero de un tiempo a esta parte resulta patente que esta decisión podría haber dado pie a litigios inútiles y potencialmente dañinos, y pasa a un primer plano la necesidad de enjuiciar cada caso con base en un análisis contextual y pormenorizado de qué es lo que responde mejor al interés de los menores involucrados en estos conflictos⁵.

El repaso del marco legal del derecho de relación entre abuelos y nietos, así como de su aplicación por los tribunales, permite aflorar algunos elementos que, desde mi punto de vista, merecen una reflexión crítica. Esta reflexión pasa por destacar que el examen de los casos desde la óptica del interés superior de los menores implicados hace inviable seguir dispensando a los abuelos un trato especial o privilegiado, ya que ello desvirtúa la imparcialidad del sistema legal a la hora de dilucidar si y con qué alcance debe imponerse coactivamente un derecho de relación de los abuelos. Efectivamente: más allá de las ambiguas referencias al interés del menor contenidas en algunos textos legales autonómicos⁶ y repetidas por la propia doctrina jurisprudencial, en algunas de las más recientes resoluciones del Tribunal Supremo parece abrirse paso una tendencia a poner un mayor énfasis en la necesidad de someter las pretensiones de los abuelos al examen de qué beneficio real tendrá el contacto solicitado desde la óptica del interés superior del menor.

II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS RELACIONES DE LOS ABUELOS CON SUS NIETOS

1. CONDICIÓN DE ABUELO, PARENTESCO E INTERÉS DEL MENOR

La jurisprudencia nunca ha exigido a los abuelos que reclaman poder tener relaciones personales con sus nietos que, con anterioridad a la demanda, hubiesen mantenido con ellos una relación de afecto o familiar⁷. Los tribunales también han considerado que existe una presunción legal en virtud de la cual esas relaciones deben acordarse a menos que los progenitores demandados puedan alegar y demostrar que las impiden por una justa causa. Parafraseando el

preámbulo de la Ley 42/2003, los tribunales suelen dedicar una parte importante de sus sentencias y autos a repetir que hay que preservar y alentar las relaciones entre abuelos y nietos. Las sentencias aluden repetidamente al «carácter siempre enriquecedor de las relaciones abuelos y nietos», así como a que el contacto con la familia extensa es un factor esencial de estabilidad para los niños y una experiencia enriquecedora.

Dado que se considera que las relaciones de los abuelos son beneficiosas *per se*, la carga de la prueba termina recayendo sobre los progenitores que se oponen al contacto con los abuelos⁸. La doctrina lo considera coherente con la regla general de distribución de la carga de la prueba recogida en el artículo 217.3 LEC⁹.

La prueba de la justa causa se requiere en todos los grupos de casos. No solo cuando antes de la reclamación existía o había existido una relación con los abuelos. Desde luego no únicamente cuando esta relación hubiese tenido un cierto nivel de intensidad (frecuencia, duración, afectividad). En consecuencia, puede concluirse que en nuestro Derecho las pretensiones que la ley confiere a los abuelos existen automáticamente en función de los lazos de sangre, y también que la mera relación de parentesco en este grado conlleva notables consecuencias de carácter sustantivo y procesal. A saber: por el hecho de ser abuelo se puede presumir tanto la existencia de afecto (real, o que se puede desarrollar *de forma natural*) como que las relaciones personales solicitadas serán apropiadas.

Este criterio contrasta con las reglas aplicadas a otros familiares o a los allegados. En el caso de una tía paterna que demandó a su hermano para relacionarse con una sobrina a quien no conocía y que nunca había tratado, el Tribunal Supremo rechazó la acción porque «no buscaba restablecer una relación interrumpida, sino crear una nueva»¹⁰. El padre de la niña y su hermana habían roto relaciones muchos años antes, con ocasión del matrimonio del primero contra de la opinión de su familia. Tras ese enfrentamiento, el hermano había abandonado Almería, su lugar de origen, para comenzar una nueva vida con su pareja en el País Vasco, donde nació su hija¹¹.

La doctrina subraya que cualquier decisión que afecte a un menor debe basarse en su interés superior, lo que incluye la decisión sobre las relaciones personales que desean entablar sus abuelos¹². Sin embargo, como escribió SALANOVA VILLANUEVA, «el parentesco directo que les une permite presumir que las relaciones personales con ellos van a beneficiar al menor, y ello les concede un “título” en razón del cual pueden aspirar legítimamente a las visitas»¹³. A mi juicio, en cambio, el marco legal actual, construido a partir de esta potente presunción de que el contacto con los abuelos siempre es bueno para los niños, hace que la cuestión esencial del interés del niño afectado por la medida se deje virtualmente de lado en el caso de los abuelos¹⁴.

La jurisprudencia también insiste en muchas ocasiones en relacionar la justa causa que menciona el artículo 160 II del Código civil con el interés del menor. Ahora bien: hasta hace bien poco la práctica judicial se ha caracterizado por el empleo de afirmaciones genéricas sobre el beneficio de las relaciones con los abuelos, aserciones que no obstante a menudo no tienen relación con el caso y mediante las cuales se hurta un análisis contextual del supuesto concreto. Existe la tendencia, que ya manifestó TORRES PEREA¹⁵, a encubrir tras un supuesto interés del menor «lo que no es sino la imposición de un determinado orden natural que basado en el dato biológico del parentesco vendría a ser una supuesta e ineludible exigencia de nuestra tradición cultural, y la imposición de ese orden natural a los únicos que favorecería realmente sería a los abuelos, ya fuera a costa del interés del menor o no».

Es un hecho que, al decidir sobre las relaciones con los abuelos, los tribunales españoles no se han visto compelidos a desarrollar un modelo basado en la evaluación crítica y la ponderación de los diferentes elementos necesarios para tomar una decisión ante una situación concreta y respecto a un determinado menor. En realidad, este análisis se delega en los servicios judiciales que proporcionan informes psicosociales sobre los casos litigados. Sin embargo, investigaciones recientes han demostrado que estos informes tienden a recomendar el contacto utilizando una postura optimista y centrada en lo que interesa a los abuelos demandantes, siempre que se ajusten a su rol estereotipado¹⁶. Las sentencias tienden por ello a dejar de lado el examen de sus características personales, tanto por lo que hace a su propia trayectoria personal o comportamiento en el pasado, como a su capacidad o a sus habilidades actuales para interactuar con los niños. En cuanto a la primera cuestión, por ejemplo, la doctrina especializada aplaude al criterio expuesto por alguna sentencia y según el cual revisar la conducta pasada de los reclamantes supondría «una especie de “condena” por hechos pasados que no justifica la sanción al menor» (COLÁS ESCANDÓN, 2005, 159). Por lo que hace al segundo punto, el relato fáctico de algunas resoluciones produce incluso cierta desazón cuando se constatan las condiciones de la vida familiar en el hogar de los abuelos y la gran confianza que los órganos judiciales muestran en la capacidad de los demandantes de garantizar el bienestar del menor¹⁷.

Lo más habitual es que al final del procedimiento se recurra a imágenes tópicas, que sustituyen a las pruebas directas y concretas con que respaldar la presunción de que el contacto es pertinente. Cuando los informes psicosociales corroboran que la relación con los demandantes podría resultar satisfactoria, o al menos que no representa ningún riesgo para los menores, las sentencias suelen referirse a esos informes. En caso contrario, se tiende a minimizar su importancia, o a recoger las contradicciones entre los diversos peritos intervenientes. Por lo común, las consideraciones recogidas en el preámbulo de la Ley 42/2003 y repetidas en muchas resoluciones no se evalúan en concreto según las circunstancias del caso. Quiero decir que el papel de estabilización, así como otras funciones que la ley predica de los abuelos, no se atribuyen a los demandantes tras examinar cuál es su edad, estado de salud, capacidad o posición económica, por poner un ejemplo. Los tribunales aplican el marco legal asumiendo que en principio los demandantes poseen las cualidades típicamente asignadas a los abuelos, esto es, que son personas dedicadas y afectuosas, o que sin duda lo serán. También se presume que pueden desempeñar los roles asignados legal y socialmente a los abuelos y hacerlo pasando cierto tiempo con sus nietos, sin esperar ninguna o muy poca cooperación de los progenitores.

Un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Asturias ilustra este enfoque¹⁸. A pesar de que el tribunal reconoce que el origen del problema es «la actitud de los abuelos, claramente intervencionista, que niegan la existencia de problemática familiar, no asumiendo su parte de responsabilidad en el conflicto», concluye que:

«la desavenencia entre los progenitores y los apelantes... por si sola no ha determinar la desestimación de la demanda, no constando otros datos que interfieran en la relación entre abuelos y nieto, que siempre lo han acogido y tratado como mejor entendían,... por lo que considera esta Sala que el interés superior del menor determina, pese a la evidente ausencia de relaciones entre las partes, que es bueno para el menor dicha relación con sus abuelos, en la presunción de que el

contacto con los miembros de su familia extensa beneficia el desarrollo del mismo y, se intente una normalización o, al menos, un intento de acercamiento y reanudación de las visitas».

Este modo de proceder, sin embargo, no respeta lo que requiere el interés superior del menor. De ello se ha hecho eco el Tribunal Constitucional, que ya ha anulado una sentencia que establecía un régimen de relaciones personales de los niños con sus abuelos sin proporcionar una motivación suficiente del alcance concreto que se había dado a los derechos de los abuelos¹⁹. En efecto: la STC 136/2014, de 8 de septiembre, concluyó que:

«La decisión judicial sobre la conformación del régimen de visitas de los abuelos con los nietos se fundamenta en una genérica traslación del régimen de visitas para progenitores no custodios, sin ningún elemento de individualización y sin ninguna referencia al interés de los menores. Tanto en la resolución de instancia como en las resoluciones posteriores, y una vez razonada la inexistencia de elemento impeditivo para la comunicación entre abuelos y nietos, se menciona genéricamente la adecuación o conveniencia de este amplio régimen de visitas, sin concretar los elementos del acervo probatorio que determinarían la idoneidad desde la perspectiva del interés de los menores. En consecuencia, existe una absoluta falta de ponderación del principio del interés superior del menor en este ámbito decisional, que torna a la resolución dictada en infundada, desde el canon constitucional exigido por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE en relación con el art. 39 CE), por lo que debe estimarse la demanda de amparo y restablecer al recurrente en la integridad del derecho fundamental vulnerado, anulando las resoluciones judiciales impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de primera instancia para que se dicte nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental lesionado».

Una adecuada motivación debe proporcionarse siempre, y es desde luego imprescindible para justificar el hecho mismo de acordar esas relaciones. En muchos casos las sentencias se limitan a concluir que lo acordado es lo mejor para el niño, pero omiten razonar su decisión con relación a los elementos de hecho que dan sentido al caso. No es que falte prueba, sino que a menudo los informes psicosociales obrantes en autos, cuando son positivos, sirven de atajo para alcanzar una decisión cuya motivación no cumple los estándares que requiere la protección del interés superior del menor. Como observó el Tribunal Constitucional en el caso citado, no es común aflorar los elementos de individualización o qué elementos de prueba determinan la idoneidad del contacto desde la perspectiva del interés de los menores. Básicamente, porque en el caso de los abuelos esta idoneidad se presupone.

En cambio, la perspectiva cambia cuando los tribunales deben justificar por qué se refuta la presunción legal favorable a los abuelos. Así, la SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 231/2019, de 20 de marzo, concluyó que «la abuela no ha ofrecido ni puede ofrecer el espacio deseado de socialización favorecedor de estabilidad afectiva y personal de su nieto que ha vivido en el entorno familiar paterno situaciones de maltrato emocional. Todo lo contrario, la reanudación de la relación puede provocar como informa la terapeuta una regresión grave». En

el caso, la abuela demandante había ayudado a su hijo, acusado de actos de violencia de género, a sustraer ilegalmente al nieto. También resulta ilustrativo que los tribunales sean mucho más proactivos y aborden un examen más completo de toda la situación en los casos en que dos líneas de abuelos pleitean sobre la custodia de unos menores²⁰.

La experiencia traumática de los progenitores como hijos solo se ha tenido en cuenta de un modo muy excepcional²¹. No obstante, resulta evidente que esa experiencia habrá causado secuelas psíquicas graves, sin cuya superación resulta muy difícil que pueda conseguirse algo positivo por la vía de forzar unas relaciones entre los nietos y los abuelos, porque la ausencia previa de relación obedece a que había desaparecido en la generación anterior. Lo pone de relieve de un modo muy claro la SAP Barcelona, Sección 18.^a, 179/2019, de 27 de febrero, relativa a la reclamación de un derecho de relación de la abuela paterna, que al parecer se había desentendido de sus hijos durante su infancia, de modo que se vieron forzados a salir adelante por su cuenta y contando con el apoyo de una tercera persona, que fue quien ejerció el papel de madre. Tras un minucioso examen del contexto y de toda la prueba testifical y pericial, el tribunal concluyó que «de lo que se trata es de constatar si procede o no un régimen de visitas entre una abuela ausente y unas niñas de cinco años de edad... cuando la relación vital primaria con el hijo está gravemente dañada sin que se muestre voluntad de restauración». Y en esta tesisura, el tribunal reprochó a la reclamante que:

«las razones que alega... para desear ver a la menor no se basan en la expresión de un sentimiento afectuoso o una emoción instintiva y natural, sino puramente biologista, entendiendo que al ser las hijas de su hijo debe conocerlas».

A lo que no cabía sino responder que:

«Antes de tratar de imponer una relación personal entre la abuela y las nietas debe restaurarse la relación materno-filial, como recomienda la sentencia impugnada, instando en esta alzada nuevamente a las partes a que intenten comprender la posición del otro, asumir una realidad que ya no puede modificarse y tratar de superar otros recuerdos más dolorosos para conseguir un cierto acercamiento que siempre resultará beneficioso no solo para las niñas sino especialmente para la madre y el hijo. Una vez conseguido este acercamiento, la relación con las nietas surgirá de forma natural»²².

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²³, que también reconvino a la reclamante por basarse «en una razón puramente biológica y porque «...son hijas de su hijo...», como si ello le otorgara un derecho incondicionado a poder mantener, en la actualidad, una relación que debería serlo con otros pilares de tipo afectivo y de ayuda a su desarrollo que no constan»²⁴.

2. ¿EVITAR UN DAÑO, HACER UN BIEN O SIMPLEMENTE ESPERAR QUE NO PASE NADA MALO?

La protección privilegiada conferida por la ley a los abuelos también dificulta aclarar cuál es el estándar que se tiene que aplicar para determinar lo que conviene al interés del menor.

De hecho, durante mucho tiempo los casos se han centrado únicamente en analizar cuál es la probabilidad de que los niños sufran daños graves a causa de la imposición forzosa del régimen de comunicación y relaciones personales solicitado por sus abuelos. En la práctica se ha partido con naturalidad de la idea que corresponde a los progenitores levantar la presunción de que la relación con los abuelos responde al interés de los menores, aportando pruebas que revelen que el tiempo que sus hijos pasen con ellos *les causará un daño*. Además, las alegaciones de un potencial impacto psicológico negativo o de otros efectos secundarios de inestabilidad emocional generalmente se descartan como especulativas. Incluso cuando los temores de los progenitores se consideran razonables los tribunales siguen acordando visitas, en este caso bajo supervisión²⁵. Solo una alta probabilidad de daños graves ha justificado, excepcionalmente, la desestimación total de las demandas²⁶.

Incluso cuando es probable que la relación pueda causar perjuicios a los menores, pero el daño sea de escasa entidad, la demanda debe ser estimada. EGEA FERNÁNDEZ sostiene por ejemplo que, en tanto que se dé la previa valoración de que es mejor para el interés del niño mantener las relaciones que suprimirlas, deben asumirse unos «efectos nocivos no traumáticos»²⁷. También deberá estimarse la demanda aunque no se demuestre que la relación producirá algún beneficio concreto, y ello porque, en abstracto, las relaciones con los abuelos, como se viene repitiendo, son siempre positivas y enriquecedoras²⁸.

Este planteamiento merece ser revisado, y de hecho ya lo está siendo en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este tipo de conflictos, el análisis del interés del menor debe centrarse siempre en (a) *evitar el daño que sufren los niños por estar separados de sus abuelos*, lo que presupone que antes ha existido una relación personal significativa para los menores, o (b) *demostrar el beneficio real que obtendrán del contacto con sus abuelos*, si todavía no los han podido conocer y tratar²⁹.

Dos casos resueltos en 2019 dan buena cuenta del necesario cambio de perspectiva, así como de las consecuencias que tiene sujetar de verdad el análisis de las reclamaciones de los abuelos al parámetro del interés superior del menor.

En el primer caso, la abuela demandante sufría trastorno depresivo recurrente, había tenido varios intentos de autolisis y necesitaba constante medicación y terapia. No conocía a su nieto, no mantenía relación con los progenitores del menor ni con su otra hija desde hacía más de 12 años; tampoco con su exmarido, ni con el resto de la familia. En primera instancia, se concluyó que carecía de sentido obligar al niño a acudir a un punto de encuentro familiar, dado que el nivel de enfrentamiento entre el padre y la abuela hacía probable que el contacto con esta generase sufrimiento al menor, al verse involucrado en un conflicto que le era totalmente ajeno. Pese a ello, la Audiencia Provincial de Sevilla resolvió estimando el recurso de apelación de la abuela. A juicio del tribunal, el carácter supervisado de las visitas permitía respetar, por un lado, «la valoración en principio positiva de la relación de los abuelos con sus nietos» y, por otro lado, «la estabilidad y seguridad del menor». En casación, el Tribunal Supremo estima el recurso de los progenitores³⁰. La Sala reitera la doctrina de las Sentencias 18/2018, de 15 de enero, y 532/2018, de 27 de septiembre, pero la importancia de esta sentencia radica en que da un paso más, siquiera sea indirectamente o sin la debida claridad: sitúa el eje del razonamiento en el carácter prevalente del interés del menor, que proyecta sobre la improcedencia de imponerle riesgos en interés de terceros. En palabras de la propia sentencia:

«[la menor] se encuentra en un periodo de inicio y desarrollo de afectividades, y no consta que pueda o no perjudicarle la situación psíquica de la abuela; por lo que, tratándose de una menor, toda cautela es poca».

La supuesta síntesis entre el interés de la abuela y la seguridad de su nieta, situada por la audiencia sevillana en la imposición forzosa de visitas supervisadas, cae por su propio peso porque no consta si semejante solución puede perjudicar o no al menor. El Tribunal Supremo se aleja en esta sentencia, veladamente, de la exigencia probatoria exhibida en numerosas sentencias anteriores, reseñadas en la primera parte de este trabajo.

La segunda de las sentencias recientes del Tribunal Supremo en la materia³¹ sigue esta misma línea. En ese caso tanto en primera instancia como en apelación se concedió al abuelo una hora mensual con sus dos nietos de corta edad en un punto de encuentro familiar. La Audiencia Provincial de Valencia no vio riesgo alguno para los menores habida cuenta de que, a la menor incidencia, la supervisión de los profesionales del punto de encuentro familiar provocaría la suspensión de las visitas. Pues bien, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación diciendo que:

«no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así —por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores— para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor».

Repárese en que, además de contraponer el interés superior del menor a la demostración por los progenitores de una alta probabilidad de ciertos riesgos, la Sala también consideró oportuno reproducir los razonamientos de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal. Ambos textos permiten circunscribir muy bien el sentido de la decisión final del Supremo. La parte recurrente había señalado que «la sentencia recurrida no ha valorado correctamente el interés de los menores en el caso de autos porque les impone cumplir un régimen de visitas sin justificar en qué medida les va a reportar beneficio, en el seno de un ambiente de discordia familiar generada por el propio demandante, cuando —además— este no tiene relación con los menores desde hace varios años, por lo que ni siquiera conoce a su nieta». Y el Ministerio Fiscal había remachado este mismo análisis reprochando a la sentencia recurrida que «no valora, partiendo de los hechos probados, el interés del menor de forma razonable, al hacerlo de forma genérica, sin valorar las circunstancias concurrentes, ni el beneficio que para estos puede suponer el establecimiento del régimen de visitas con el abuelo materno»³².

Por lo tanto, parece que se abre camino una versión mucho más circunstanciada y adecuada del análisis del interés superior del menor en casos en que está en juego el derecho de relación solicitado por sus abuelos, superando las consecuencias indeseables del juego de presunciones legales vinculadas a la proximidad del parentesco y a los estereotipos que prefiguran el rol de los abuelos en nuestra sociedad.

Resulta importante subrayar la conexión de las dos sentencias citadas con otra anterior, relativa al derecho de relación de un progenitor que se había alejado por completo de la vida de sus hijos de corta edad, y que años después

pretendía «querer recuperar a sus hijos»³³. A pesar de la abrumadora evidencia de sus carencias afectivas, del desconocimiento de los hijos, de sus trastornos de ludopatía, de residir muy lejos de los niños y de su escasa capacidad económica, en apelación se estableció una comunicación telefónica dos veces por semana durante un máximo de diez minutos. Al decir de la Audiencia Provincial, el régimen de visitas solicitado no resultaba desde luego beneficioso para los menores, pero en cambio «para poder iniciar la relación sí puede resultar eficaz establecer la comunicación telefónica». El Tribunal Supremo no aceptó semejante planteamiento: al contrario, consideró «especialmente relevante que no se aluda en la sentencia al beneficio que para los dos hijos van a suponer esas llamadas telefónicas de dos días a la semana del padre». Con ello, dice el Supremo, se desatiende el interés del menor. Porque aun cuando «debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque de ambas funciones precisa el niño para un correcto desarrollo emocional», «el interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad». En relación con el caso en cuestión, concluyó que:

«este interés, conforme resulta de la valoración de los datos de prueba, ponen sin duda en evidencia que lo mejor, o lo más conveniente para los menores es que no inicien las relaciones con su padre a través del teléfono sin tener en cuenta el efecto que origina esa reiterada falta de contacto en el tiempo con su padre ni el abandono por parte de este de las obligaciones derivadas de la patria potestad, o los posibles vínculos que se hayan creado con otra figura paterna. La reaparición repentina en sus vidas del padre biológico a través del teléfono en nada garantiza su interés y protección, y especialmente su estabilidad emocional. Primero tendrán que conocerse. Luego hablar y comunicarse y siempre, y en cualquier caso, valorando la oportunidad de establecer unos vínculos hasta ahora inexistentes, siempre que ello sea posible y positivo para los menores, teniendo en cuenta el efecto que ha producido el transcurso del tiempo en su desarrollo».

Como en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que examinamos con anterioridad, el Alto Tribunal percibe lo inoportuno que resulta tratar de forzar una relación significativa partiendo únicamente del dato biológico, y remite a las partes a explorar cómo es posible restaurar una relación interpersonal y que de modo natural pueda surgir una relación personal y familiar entre padre e hijos. Nada justifica que en este tipo de casos el tratamiento de las reclamaciones de los abuelos con base en el artículo 160 II del Código civil sea distinto al que el superior interés del menor impone para las entabladas por los progenitores biológicos.

3. UNA REGULACIÓN DEMASIADO ABIERTA E INDETERMINADA

Los conflictos entre abuelos y progenitores sobre la relación de los primeros con los nietos surgen en entornos muy diferentes. Pero ni las disposiciones legales vigentes, ni tampoco la práctica de los tribunales, acostumbran a hacer distingos según el tipo de escenario en el que se impiden las relaciones de los abuelos³⁴. Se aplican los mismos principios legales con independencia de si la familia de

los niños sufrió la muerte repentina de uno de los progenitores, el divorcio o la separación de la pareja formada por estos, o si se trata de lo que podemos calificar como una familia «intacta».

Esta diferencia de contextos parece no tener relevancia en la decisión judicial de los casos. Pero en realidad el distinto contexto debería marcar la diferencia, porque es de esencia del examen de cuál es el interés del menor tener en cuenta las circunstancias específicas del niño y de la familia en la que vive. La ponderación del peso relativo de los diferentes intereses enfrentados debe cambiar según el tipo de escenario. El hecho de que ambos progenitores sigan vivos, o no, o de que lleven una vida separada de sus hijos, o de que, por el contrario, mantengan con ellos fuertes vínculos, debería influir en el proceso de toma de decisiones dirigido a acordar las visitas de los abuelos y su alcance. Desde este punto de vista, tampoco puede ser indiferente que los progenitores sigan juntos y estén de acuerdo en no alentar o incluso en impedir el contacto de sus hijos con alguno de los abuelos.

A) Ruptura de la pareja formada por los progenitores

El escenario de ruptura de la pareja propicia que la demanda de los abuelos pueda ser un mero instrumento para mantener vivo el conflicto entre los progenitores separados. Por eso la propia Ley 42/2003 introdujo una advertencia específica para estos casos: el juez «especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faciliten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores»³⁵. Tampoco carece de relevancia si la ruptura ha sido la salida a una situación de violencia familiar o de género, que directa o indirectamente puede afectar al vínculo con los abuelos³⁶.

Más allá de estos mínimos³⁷, la práctica judicial ha tendido a reforzar la autonomía de la acción de los abuelos. Pero como que tras de la ruptura de la convivencia por los progenitores el tiempo de los niños no es infinito, los tribunales también se han visto compelidos a acomodar todas las posibles reclamaciones a los acuerdos aprobados durante los procedimientos vinculados a la ruptura. En este sentido, desde el principio la doctrina ha entendido que hay que procurar que el menor tenga contacto con sus parientes al mismo tiempo que con su progenitor de cada línea. Por eso se ha considerado que en circunstancias normales no debería establecerse un derecho específico para los parientes de una u otra línea, incluidos los abuelos³⁸. Como que no siempre se ve así por los tribunales, el Tribunal Supremo ha tenido que intervenir, anulando una sentencia que había otorgado derechos de comunicación y relaciones personales a unos abuelos paternos que habían presentado una demanda contra la madre y el padre, y frente a la cual este último se allanó³⁹. Con buen criterio, el Supremo estimó el recurso de la madre porque la sentencia recurrida no había justificado por qué los abuelos necesitaban un régimen de visitas propio, siendo así que el padre ya disfrutaba de amplios derechos de visita y nunca se había opuesto a que los abuelos estuvieran con los nietos.

Por lo demás, la doctrina también pone de relieve este carácter secundario que ha de asignarse a la pretensión de los abuelos cuando el origen de la controversia puede situarse en las consecuencias de la ruptura de los progenitores. En primer lugar, porque en muchas situaciones de crisis convivencial «la intensidad de los contactos con los descendientes disminuye, no por una actitud rebelde

en los titulares de la patria potestad, sino como consecuencia de la nueva organización familiar tras la ruptura»⁴⁰. Por lo tanto, la fijación de un régimen de comunicación y estancia en ese entorno requiere demostrar que se impiden las relaciones personales y afectivas, no solo que se han reducido o son más breves o esporádicas. Por otra parte, no carecen de razón quienes apuntan que «si bien es cierto que una separación o un divorcio no deben romper las relaciones que el menor mantenía con anterioridad con otras personas, esto no significa que la crisis matrimonial o de pareja sea el mejor momento para crearlas *ex novo*»⁴¹.

B) Muerte de un progenitor

Si el origen del extrañamiento de los abuelos es la muerte de un progenitor, podría resultar más razonable no requerir la existencia de una relación previa con los nietos antes de presentar la demanda. Es posible que se trate de nietos recién nacidos, cuya madre falleció en el parto o que la muerte repentina del progenitor afecte a niños de corta edad. Admitir un grado mayor de interferencia en la autonomía del progenitor superviviente se basaría en el hecho de que los abuelos han devenido en esos casos las únicas personas vivas en esa línea de parentesco. Aquí no existe nadie más para mantener esa conexión familiar, cuyo significado para la identidad de la persona sería más relevante que en las otras situaciones⁴².

Esta misma idea reforzaría la sugerencia, formulada por algunos autores, en el sentido de que los abuelos que habían podido desarrollar una relación familiar y de afecto con los menores hasta que estos quedaron huérfanos también deberían poder disfrutar de un régimen de comunicación y relaciones personales mucho más amplio que en cualquier otro tipo de casos⁴³.

C) Familia intacta

Muy pocos se preguntan si la intromisión en la autonomía familiar está suficientemente justificada y si los remedios legales guardan proporción con la afectación que la ley permite sobre los intereses de los progenitores y los niños que conviven en una familia intacta. La mayoría de la doctrina prefiere centrarse en subrayar que, pese a los términos legales del artículo 160 II del Código civil, lo determinante, en cualquier caso, debe ser examinar si lo solicitado por los abuelos resulta en interés del niño. Sin embargo, ya hemos podido ver lo complicado que puede ser este análisis si las evidencias y el examen del contexto brillan por su ausencia, reemplazadas por imágenes estereotipadas del rol de los abuelos.

En el caso de una familia intacta, por comparación con los demás casos en que sí existe un elemento disruptivo —sea la ruptura de la pareja, sea la muerte de algún progenitor— los intereses de los progenitores no deberían ser relegados sin más frente a los de los abuelos. Por consiguiente, contra el criterio que se deriva de la interpretación predominante de la normativa vigente, la mera existencia de la relación de parentesco no debería ser suficiente para justificar la imposición de algún tipo de relación con los abuelos por los tribunales⁴⁴. Lo contrario supone insistir en un biologismo que carece de fundamento en la sociedad actual y cuyas nefastas consecuencias se han puesto nítidamente de manifiesto en algunos de los casos examinados en este trabajo.

Desde este mismo punto de vista, debería ser evidente que no es lo mismo que el nieto hubiera mantenido una relación personal y de afecto con sus abuelos, que tal vez los progenitores han interrumpido sin una razón atendible, con daño para sus hijos, o que, por el contrario, nunca hubiese existido una relación de ese tipo, o que los niños ni siquiera les conozcan⁴⁵. Por otra parte, cuando hubiese existido esa relación y se produce una discontinuidad por decisión de los progenitores, determinar que és lo mejor para los niños sigue requiriendo un examen exhaustivo del porqué de la interrupción de la relación y sobre todo qué beneficio va a aportar a los niños hacer rectificar a sus progenitores a la fuerza. La conclusión es clara: en este grupo de casos los tribunales deberían imponer la comunicación y las relaciones personales con los abuelos únicamente cuando puedan concluir, de la prueba obtenida en el procedimiento, incluidos por supuesto los informes psicosociales, que semejante decisión evitará daños a los niños y les proporcionará beneficios reales que contrarrestarán los perjuicios e inconvenientes del procedimiento judicial⁴⁶.

Lo ideal sería que en su mayor parte este análisis se realizara *a limine litis*, estableciéndose criterios sustantivos con que los tribunales pudieran evaluar la oportunidad del procedimiento judicial en caso de oposición de los progenitores, con el efecto de inadmitir la demanda cuando los abuelos no hubieran mantenido ningún tipo de relación familiar significativa con los menores.

4. FICCIÓN Y REALIDAD: EL ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS ABUELOS

La distancia existente entre la fundamentación con la que la ley justifica las pretensiones de los abuelos y la realidad de lo que puede ofrecer el Derecho se pone de manifiesto en el resultado de la mayoría de los casos.

En los casos en que el contacto previo era inexistente y los nietos no habían tenido trato alguno con sus abuelos, las medidas acordadas presuponen que estos últimos deben desempeñar su función crucial para el desarrollo de la personalidad de los niños interactuando con nietos reacios a tratar con ellos, durante un tiempo muy limitado, y a menudo bajo la supervisión de psicólogos y trabajadores sociales en lugares poco acogedores.

Los tribunales acuerdan regímenes de comunicación y relaciones personales amplios solo excepcionalmente, sobre todo en casos de muerte de uno de los progenitores. Si existía una relación personal previa basada en el cuidado y el afecto entre abuelos y nietos, las demandas que tienen éxito suelen obtener unas horas de visita una vez por semana y encuentros durante algunas fechas especiales. No está nada mal, pero las dilaciones indebidas de los procedimientos judiciales y los incumplimientos perjudican en gran medida su efectividad⁴⁷.

La ejecución de las medidas ordenadas por los jueces contra los progenitores renuentes resulta —como sucede en general en estos temas⁴⁸— extremadamente difícil. La doctrina más especializada concluye que nunca se deben hacer cumplir las órdenes judiciales mediante el uso de la fuerza para conducir a los nietos a sus abuelos:

«si el nieto se niega a mantener relaciones personales con sus abuelos, manifestando así una clara muestra de la falta de afecto hacia ellos —sean dichos abuelos los culpables o no—, nunca debe coactivamente obligársele, porque estaríamos atentando precisamente contra el fin que se trata de proteger con esta institución: el interés del menor, al cual

podría psicológicamente afectarle, de modo grave, el hecho de tener que relacionarse por la fuerza, en una situación de clara tensión, con personas con las que no desea hacerlo»⁴⁹.

En cambio, los progenitores se enfrentan al riesgo de ser multados⁵⁰, de tener que pagar indemnizaciones⁵¹ e incluso de ser condenados penalmente si no cumplen las órdenes judiciales⁵². Pero como que este resultado es totalmente indeseable para los menores involucrados en estos casos, la falta de ejecución genera para los abuelos frustración y desconfianza en la justicia.

Por lo demás, los derechos de los abuelos existen porque se supone que estos juegan un papel estabilizador en la familia. Sin embargo, el uso del proceso judicial y la aplicación efectiva de los remedios que la ley proporciona desencadenan inevitablemente más rencor en las familias de los niños, y directa o indirectamente inestabilidad emocional en estos⁵³. Esto es aun más preocupante cuando, como ocurre cada vez con mayor frecuencia, las acciones de los abuelos se emplean en relación con familias intactas. Resulta paradójico que los derechos de los demandantes se funden en que las relaciones con ellos son un factor de estabilidad para los menores y que al mismo tiempo en estos procesos se aluda constantemente a la posible desestabilización de los menores.

Algunas de las sentencias que hemos glosado en este trabajo ponen el acento en la necesidad de que las personas involucradas en estas acciones traten de rehacer la relación de un modo natural y no forzado, acudiendo a procedimientos de mediación familiar o terapias específicamente pensadas para superar este tipo de conflictos. Si en el marco general del Derecho de familia esta vía es aconsejable, en el tema que es objeto de estas páginas parece francamente la única que tiene alguna posibilidad de proporcionar un resultado mínimamente satisfactorio a las partes⁵⁴.

III. CONCLUSIONES

I. Los textos legales sobre relaciones personales de los abuelos con sus nietos, y la jurisprudencia que los interpreta y aplica, parten de un enfoque único para todos los escenarios en que surge un conflicto entre progenitores y abuelos sobre la relación de estos con sus nietos.

II. Este enfoque, además, se ha basado tradicionalmente en presunciones conectadas a la mera relación biológica y se ha reforzado mediante el recurso a premisas abstractas sobre el bienestar de los niños que tienen la suerte de relacionarse con abuelos, hermanos y allegados, en familias que no han sufrido ningún tipo de disrupción. Los efectos positivos de mantener relaciones con la familia extensa son evidentes. Sin embargo, esto no significa que el contacto obligado de un niño con sus abuelos u otros parientes, cuando los progenitores se oponen, resulte necesariamente en su interés.

III. Paradójicamente, la aparente robustez del modelo legal vigente a la hora de declarar los derechos de relación de los abuelos no ha servido para evitar que —por la falta de medios de la administración de justicia, pero sobre todo por las dificultades inherentes a la ejecución del tipo de medidas acordadas por los órganos jurisdiccionales— muchas sentencias totalmente fundadas y que hacen referencia a abuelos que mantenían una relación de afecto y cuidado con los menores hayan quedado en papel mojado.

IV. La experiencia judicial también muestra que paulatinamente han ido ocupando la escena los casos de abuelos que no han tenido la oportunidad de mantener una relación familiar significativa con sus nietos. En este tipo de casos, la elección legislativa de una presunción fuerte de que el contacto con los abuelos es bueno y necesario, y el desapego judicial a revisar el contexto fáctico relevante de cada caso, podrían haber alentado una litigación innecesaria y potencialmente perjudicial.

V. Tras casi veinte años desde las reformas en esta materia, repensar el régimen jurídico de las relaciones de los abuelos con los nietos menores de edad implica poner en primer plano que el interés superior del menor es la única guía para la toma de decisiones. En resoluciones muy recientes, la jurisprudencia ha puesto énfasis en la necesidad de someter la pretensión de los abuelos al examen de qué beneficio real tendrá el contacto solicitado desde la óptica del interés superior del niño. Partiendo de esta premisa, no es indiferente en qué escenario tiene lugar el extrañamiento de los abuelos, y si la familia en que viven los niños ha sufrido o no alguna circunstancia disruptiva (divorcio o separación de los progenitores, muerte de alguno de ellos).

VI. Si bien podría resultar útil una reforma de los textos legales que permitiera inadmitir demandas carentes de los elementos de hecho que justifican el interés del menor en la relación con los demandantes, acaso lo más urgente es mejorar el *modus operandi* siguiendo el modelo de las resoluciones judiciales más recientes, que efectúan un exhaustivo análisis de los elementos de hecho del caso y del contexto en que se pretende imponer algún tipo de relación contra la voluntad de los progenitores. Procede, como comienza a advertirse en la más reciente casuística judicial, examinar en profundidad qué ha llevado a la situación de conflicto, cuáles son las características de las partes y cuál es la situación de los menores, y sobre todo no dejarse llevar por la aplicación mecánica de presunciones que en el fondo solo vienen a absolver nuestros sesgos y prejuicios.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 138/2014, 8 de septiembre de 2014.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 477/1996, 11 de junio de 1996.
- STS de 17 de septiembre de 1996.
- STS 858/2002, 20 de septiembre de 2002.
- STS 632/2004, 28 de junio de 2004
- STS 576/2009, 27 de julio de 2009.
- STS 320/2011, 12 de mayo de 2011.
- STS 689/2011, 20 de octubre de 2011.
- STS 359/2013, 24 de mayo de 2013.
- STS 723/2013, 14 de noviembre de 2013.
- STS 47/2015, 13 de febrero de 2015.
- STS 167/2015, 18 de marzo de 2015.
- STS 516/2015, 16 de septiembre de 2015.

- STS 551/2016, 20 de septiembre de 2016.
- STS 18/2018, 15 de enero de 2018.
- STS 532/2018, 27 de septiembre de 2018.
- STS 666/2018, 21 de noviembre de 2018.
- STS 581/2019, 5 de noviembre de 2019.
- STS 638/2019, 25 de noviembre de 2019.
- ATS de 24 de abril de 2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SALA CIVIL Y PENAL)

- STSJC 9/2001, 19 de febrero de 2001.
- STSJC 24/2014, 7 de abril de 2014.
- STSJC 62/2016, 28 de julio de 2016.
- STSJC 1/2017, 12 de enero de 2017.
- STSJC 72/2018, 13 de septiembre de 2018.
- STSJC 63/2019, 23 de octubre de 2019.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Madrid, Sección 22.^a, de 13 de marzo de 1998.
- SAP Jaén, Sección 1.^a, núm. 595/2000, de 30 denoviembre.
- SAP Barcelona, Sección 12.^a, de 14 de septiembre de 2000.
- SAP Vizcaya, Sección 4.^a, núm. 328/2002, de 16 de mayo.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 39/2005, de 2 de febrero.
- SAP León, Sección 2.^a, núm. 262/2010 de 12 de julio.
- SAP Asturias, Sección 7.^a, núm. 392/2012 de 24 de julio.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 507/2012, de 19 de julio.
- SAP Cádiz, Sección 5.^a, núm. 503/2013, de 14 de octubre.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 503/2016, de 20 de junio.
- SAP Albacete, Sección 1.^a, núm. 14/2017, de 19 de enero.
- SAP La Rioja, Sección 1.^a, núm. 70/2018, 23 de febrero.
- SAP Almería, Sección 1.^a, núm. 144/2018, de 6 de marzo.
- SAP Cádiz, Sección 5.^a, núm. 182/2018, de 6 de abril.
- SAP Las Palmas, Sección 3.^a, núm. 323/2018, de 24 de mayo.
- SAP Madrid, Sección 22.^a, núm. 516/2018, de 12 de junio.
- SAP Illes Balears, Sección 4.^a, núm. 395/2018, 10 de diciembre.
- SAP Madrid, Sección 22.^a, núm. 80/2019 de 29 de enero.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 179/2019, de 27 de febrero.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 574/2019, de 18 de septiembre.
- SAP Jaén, Sección 1.^a, núm. 221/2019, de 5 de marzo.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 231/2019, de 20 de marzo.
- SAP Asturias, Sección 1.^a, núm. 215/2019, de 21 de marzo.
- SAP León, Sección 2.^a, núm. 117/2019 de 29 de marzo.
- Auto AP Barcelona (Sección 18.^a) núm. 549/2018 de 5 de octubre.
- Auto AP Valladolid, Sección 1.^a, núm. 17/2018 de 19 de enero.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO BERMEJO, A. (2006). *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, Madrid: Tecnos.
- ANDERSON, M. (2014). Comentari de l'article 236-4. En J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba (dirs.), E. Farnós Amorós (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona: Atelier (805-812).
- ARIAS DÍAZ, M.D. (2005). Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos. *Diario La Ley*, núm. 6184, 1-4.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2020). El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 1745-1800.
- CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2000). El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código civil. *Diario La Ley*, núm. 5066, 1-4.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2006). El «derecho de visita» de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietros tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre: aspectos sustantivos y procesales. *Revista de derecho de familia*, núm. 30, 45-80.
- CELDRÁN, M.; VILLAR, F.; BENITO, E. (2018). Grandparent Visitation Rights in Spain: Which Psychosocial Arguments are Taken into Account to Grant or Deny Visits?, *Psychiatry, Psychology and Law*, núm. 25(1), 59-71.
- COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, Aranzadi: Cizur menor.
- (2011). Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales. *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6(1), 111-142.
- (2015). El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (A propósito de la STC, Sala 2.ª, núm. 138/2014, de 8 de septiembre) *Derecho privado y Constitución*, núm. 29, 133-185.
- DÍAZ ALABART, S. (2003). El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados. *Revista de Derecho Privado*, núm. 87, 345-371.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (2005). Comentario a la Sentencia de 28 de junio de 2004. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, 747-764.
- (2006). El dret a les relacions personals entre avis i néts. Notes per a una nova regulació en el dret civil de Catalunya. En E. Amat i Llari, J.M. Abril Campoy (coords.), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. I, Tirant lo blanch: València (1213-1248).
- FERRER RIBA, J. (2000). Comentari a l'article 135 Codi de Família. En J. Ferrer Riba, J. Egea Fernández (dirs) A. Lamarca, C. Ruisánchez (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua*. Tecnos: Madrid (625-634).
- GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, *Anuario de derecho civil*, núm. 55, 91-114.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2012). El derecho de los nietos a mantener relaciones personales con sus abuelos (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011), *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56, 45-60.
- IGLESIAS MONJE, M.I. DE LA (2020). El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 1729-1744.

- MARTÍNEZ CALVO, J. (2019). El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores, *Diario La Ley*, núm. 9538, 1-6.
- MOLINER NAVARRO, R. (2011). Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente. En F. Blasco Gascó, M. Clemente Meoro, F.J. Orduña Moreno, L. Prats Albertosa, R. Verdera Server (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente Montés Penadés*, Tomo I, Tirant lo Blanch: València (1661-1681).
- NAVARRO CASTRO, M. (2003). Comentario a la Sentencia de 20 de septiembre de 2002, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 461-469.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2018). Las interferencias parentales en el cumplimiento del régimen de visitas y posibles soluciones, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 81, 25-34.
- RIVERA ÁLVAREZ, J.M. (2000). 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. *Revista de Derecho Privado*, núm. 84, 635-672.
- (2001). Reconocimiento judicial del derecho de visita de los abuelos a sus nietos y ejercicio de la patria potestad. Acceso casacional del problema de la extensión del régimen. La disposición transitoria 10.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981 (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 23 de noviembre de 1999). *Revista de Derecho Privado*, núm. 85, 75-87.
- SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996). 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), *Anuario de Derecho Civil*, núm. 49, 943-976.
- TORRES PEREA, J.M. DE, (2001). El artículo 160.2 y 3 del Código civil, norma reguladora de un conflicto de intereses entre progenitores y abuelos, *Diario La Ley*, núm. 5296, 1-4.

NOTAS

¹ BOE núm. 280, 22 de noviembre de 2003. Esta ley añadió la mención expresa a los abuelos en el artículo 160 II del Código civil, que pasó a decir que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo *con sus abuelos* y otros parientes y allegados. En 2015, el precepto se volvió a modificar para subsanar una omisión muy criticada: la de los hermanos de los menores (cf. art. 2.10 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia [BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015]).

² Artículos 236-4.2 del Código civil de Cataluña (en adelante, CCCat) y 60 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA). De este último texto merece también subrayarse que en el artículo 77.2 b) [pacto de relaciones familiares] y en el artículo 79.2 a) [medidas judiciales] se establece obligatoriamente la previsión de acuerdos o medidas sobre «régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas» y sobre «el mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas», respectivamente.

³ Básicamente, ACEVEDO BERMEJO (2006) y COLÁS ESCANDÓN (2015).

⁴ IGLESIAS MONJE (2020, 1729) y BERROCAL LANZAROT (2020, 1745). Véase asimismo MARTÍNEZ CALVO, J. (2019).

⁵ También lo apunta IGLESIAS MONJE (2020, 1730).

⁶ En Derecho aragonés la referencia a la «justa causa» se ha reemplazado por lo que exija el interés del menor (art. 60 II CDFA). También el artículo 236-5.1 CCCat parte de que

el perjuicio al interés del menor justifica la suspensión o la denegación de las relaciones personales. En ninguno de los dos casos, no obstante, cabe concluir que la relación con los abuelos debe ser conveniente desde la óptica del interés del menor, sino solo que este interés puede servir para justificar la denegación.

⁷ En el caso decidido por la SAP Jaén, Sección 1.^a, núm. 221/2019, de 5 de marzo, la madre demandada había sido abandonada por la abuela a muy temprana edad y no había tenido ninguna relación con ella hasta que reclamó que le concedieran visitas con su nieto de 4 años. El tribunal desestimó la demanda de la abuela, pero no por falta de una relación previa con el niño. Sostuvo que hacer cumplir cualquier derecho de la abuela inevitablemente empeoraría la discapacidad psíquica que sufre el niño. Como excepción, en cambio, véase la SAP Madrid 316/2018, Sección 22.^a, núm. 516/2018, de 12 de junio, que desestimó la demanda argumentando que la falta de relación entre abuelos y nietos era absoluta («relación absolutamente abandonada por los abuelos desde hace 13 años»).

⁸ COLÁS ESCANDÓN (2005, 141); BERROCAL LANZAROT (2020, 1763).

⁹ EGEA FERNÁNDEZ (2005, 758).

¹⁰ STS 516/2015, 16 de septiembre de 2015. Énfasis añadido.

¹¹ En otro caso, resuelto esta vez por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se sostuvo la doctrina según la cual, a diferencia de los abuelos y los hermanos, los demás familiares y los allegados deben probar que, en el momento en que los progenitores se oponen a las relaciones personales de los niños con ellos, ya existía un vínculo previo con los niños. En el caso de autos este requisito se cumplía ya que la demandante había cuidado a su sobrino durante los primeros años de vida y hasta que fue separada de él por su madre en el momento en que la relación entre ambas hermanas se deterioró irremediablemente (STSJC 72/2018, de 13 de septiembre de 2018).

¹² GUILARTE MARTÍN-CALERO (2012, 49-50).

¹³ (1996, 960-961).

¹⁴ En sentido, véase también TORRES PEREA (2001, 3).

¹⁵ (2001, 2).

¹⁶ CELDRÁN/VILLAR/BENITO (2018, 68).

¹⁷ Al tratar del impacto que pueda tener la drogodependencia o alcoholismo de los propios abuelos, COLÁS (2005, 149) cita la SAP Barcelona, Sección 18.^a, de 18 de septiembre de 2001 en la que se describe un entorno de la familia paterna —con el que los niños habrían convivido al menos tres años— en el que estaban presentes malos tratos del abuelo a la abuela, problemas de drogodependencia en la familia (el propio padre de los menores padecía esta problemática, así como un hermano que se hallaba en paradero desconocido), y un historial clínico de depresión de larga evolución de la abuela. Como que la madre había reconocido que la relación fue absolutamente normal mientras tuvieron contacto con la familia paterna y no constaban en el procedimiento ni escenas de violencia entre los abuelos, ni un empeoramiento del alcoholismo del abuelo ni de la depresión de la abuela, el recurso de la madre fue desestimado.

¹⁸ SAP Asturias, Sección 7.^a, núm. 392/2012 de 24 de julio.

¹⁹ STC 138/2014, 8 de septiembre de 2014: el padre apeló la orden judicial que otorgaba un régimen de visitas muy amplio a los abuelos maternos tras la muerte de la madre. El TC estimó el recurso y devolvió la causa a la instancia por violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en relación con la motivación de la sentencia en lo relativo al alcance de los derechos de los abuelos. Como apunta COLÁS ESCANDÓN (2015, 165) el recurso fue estimado porque no se evaluó la situación a la luz del interés del menor, lo que requiere una individualización del caso y elementos concretos que permitan relacionar una solución determinada con ese interés.

²⁰ En el caso de la STS 47/2015, 13 de febrero de 2015 la madre fue condenada por el asesinato premeditado de su ex pareja y padre de su hijo. El niño permaneció después del crimen bajo la custodia de una tía paterna. A los abuelos maternos se les concedieron visitas con su nieto, pero la animosidad subyacente entre las familias provocó que fracasaran. Los abuelos maternos respondieron solicitando la modificación de la medida y en apelación la Audiencia Provincial les otorgó la custodia como reacción al fracaso de las medidas acordadas con anterioridad. El Tribunal Supremo estimó el recurso de los

abuelos paternos calificando la sentencia de apelación como «desproporcionada y carente de justificación».

²¹ Solo en ocasiones excepcionales los tribunales conceden un valor determinante a las reticencias de los progenitores acerca de la capacidad de los abuelos de cumplir con el modelo típico y estereotipado que suele invocarse en muchas sentencias. La SAP Cádiz, Sección 5.^a, núm. 503/2013, de 14 de octubre, resolvió un caso en el que la madre y sus hermanos habían sufrido malos tratos graves y abandono durante su infancia. Cuando alcanzó la mayoría de edad, la demandada decidió romper relaciones. Frente al criterio de la instancia, que había acordado visitas supervisadas, la audiencia gaditana confirmó la decisión que la demandada había tomado junto con su esposo de evitar exponer a sus propios hijos al carácter violento de la abuela, con quien jamás habían tenido relación alguna. Véase un caso similar en SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 39/2005, de 2 de febrero. Más recientemente, la SAP La Rioja, Sección 1.^a, núm. 70/2018, 23 de febrero argumentó que podría producirse un daño emocional grave para el hijo de los demandados en caso de que se otorgaran las visitas solicitadas por los abuelos paternos. La prueba sobre cómo se comportaron los demandantes como progenitores fue crucial.

²² Otro caso muy semejante, con parecido resultado, se ha resuelto por la SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 574/2019, de 18 de septiembre.

²³ STSJC 63/2019, de 23 de octubre de 2019.

²⁴ La deferencia por el dato biológico y su trascendencia sociocultural se pone de relieve en el hecho de que todas las instancias recomiendan a las partes a que se sometan a una mediación familiar «que favorezca, en el futuro, la relación entre la abuela biológica y sus nietas, así como que reflexionen sobre su actitud y a que acudan a terapia o a sesiones de mediación para lograr que se desarrolle en las niñas el ambiente más adecuado, cuando sea procedente, para que las menores puedan conocer a su abuela paterna biológica». Sobre la viabilidad de compelir a las partes a tomar parte en medidas para superar el conflicto, se ha puesto de relieve la necesidad de distinguir entre la intervención de profesionales auxiliares de la función judicial en trámite de ejecución de la sentencia (obligada) y el seguimiento de terapia psicológica (voluntaria). Véase STSJC 1/2017, 12 de enero de 2017.

²⁵ ATS de 29 de mayo de 2019 (considera irrelevante el riesgo inherente a la comunicación personal acordada mediante visitas supervisadas en un punto de encuentro muy pocas horas al mes).

²⁶ STS 90/2015, 20 de febrero de 2015. El Tribunal Supremo puso de relieve, primero, que la justa causa no viene definida en la ley y que debe concretarse caso por caso «sirviendo de guía para tal valoración el interés superior del menor». Tras esta afirmación genérica, no obstante, la verdadera *ratio decidendi* se encuentra en que se ha probado un riesgo actual, «que no es simplemente una falta de entendimiento de los abuelos con la progenitora», y que se habría acreditado suficientemente en los razonamientos de la sentencia recurrida que el Supremo confirma. La Audiencia Provincial consideró probado, en efecto, que los propios abuelos demandantes se encontraban inmersos en un conflicto de lealtades del que se derivaba una alta probabilidad de manipulación de sus nietos «haciendo que los niños revivan una situación dolorosa, que ha alterado su estado emocional y requerido el seguimiento de una terapia para superar la situación». Véase asimismo STS 532/2018, 27 de septiembre de 2018.

²⁷ (2006, 1239 nota 47). Véase también DÍAZ ALABART (2003, 367).

²⁸ DÍAZ ALABART (2003, 369); SALANOVA VILLANUEVA (1996, 960 y sigs.).

²⁹ Véase en cambio, COLÁS ESCANDÓN (2011, 121), quien muestra sorpresa ante la SAP León, Sección 2.^a, núm. 262/2010 de 12 julio. La autora tilda de «llamativo» el pronunciamiento que señala que desde la óptica del interés superior del menor la actora no solo tendría que acreditar que era la abuela sino también «que dicha relación es realmente beneficiosa para la menor». En el caso, el tribunal estima que para poderlo saber también debía «concretar si es factible en función de las circunstancias del lugar de su residencia, posibilidad de desplazamiento, deberes escolares, situación personal de la menor, lo cual es fundamental a los fines no solo de establecer el régimen de visitas, sino también de delimitar el mismo». La demandante había omitido cualquier dato acerca de las circunstancias de la nieta y requería que se dictara una sentencia declarando el derecho y dejando para ejecución la determinación concreta de cómo se ejercitaría.

³⁰ STS 581/2019, 5 de noviembre de 2019.

³¹ STS 638/2019, 25 de noviembre de 2019.

³² La STS 90/2015, 20 de febrero de 2015, confirmó los razonamientos de la instancia, en el sentido de que, ante el riesgo de manipulación de los nietos por los abuelos, no cabía siquiera acordar unas visitas supervisadas en punto de encuentro familiar, al desaconsejarse absolutamente que los menores mantuviesen relación alguna con el contexto paterno. Según la Audiencia Provincial «la laboriosa solución de la sentencia apelada para evitar el riesgo en nada beneficia a los menores y además genera una situación anómala que puede causar nuevas tensiones en lugar de favorecer el afecto y el vínculo emocional entre abuelos y nietos».

³³ STS 251/2018, 25 de abril de 2018.

³⁴ Sobre la distinción norteamericana entre las leyes basadas en «circunstancias especiales» que justifican la legitimidad de la interferencia no deseada de los abuelos, y las leyes genéricas («*open-ended statutes*»), y su relevancia en el análisis de proporcionalidad que se llevó a cabo por el Tribunal Supremo estadounidense en *Troxel v. Granville* (530 U.S. 57) véase EGEA FERNÁNDEZ (2006, 1229-1233).

³⁵ Artículo 160 III del Código civil. En este tipo de situaciones, los tribunales solo conceden las visitas de los abuelos bajo garantías estrictas destinadas a evitar que se facilite el contacto con un progenitor que lo tiene prohibido. Excepcionalmente, la SAP León, Sección 2.^a, núm. 117/2019 de 29 de marzo, desestimó la demanda de los abuelos paternos aduciendo que las visitas podrían incrementar el riesgo de daño psicológico, siendo así que los niños estaban siendo tratados para poder retomar el contacto con su propio padre tras episodios de violencia y malos tratos durante la convivencia familiar.

³⁶ Conforme al artículo 236-5.1 CCCat, «*hi ha causa justa si els fills pateixen abusos sexuals o maltractament físic o psíquic, o són víctimes directes o indirectes de violència familiar o masclista*».

³⁷ CARBALLO FIDALGO (2006, 52) llamó la atención que el artículo 160 III del Código civil no permitía la supresión de las relaciones en caso de que facilitase la infracción de las medidas, sino solo su modalización.

³⁸ NAVARRO CASTRO (2003, 462).

³⁹ STS 666/2018, 21 de noviembre de 2018. En el mismo sentido, véase Auto de 24 de abril de 2019.

⁴⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2012, 52).

⁴¹ ANDERSON (2014, 811).

⁴² COLÁS ESCANDÓN (2015, 169): «los abuelos podrán suplir, no el papel jurídico de «madre», pero sí hacer que pervivan en el nieto todos los recuerdos y vivencias de su hija fallecida, por lo que la extensión que tenga el régimen de relaciones personales en este supuesto, debe de ser, en principio, mayor que en otros». Véase también MOLINER NAVARRO, 2011, 1677.

⁴³ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2012, 59).

⁴⁴ ANDERSON, 2014, 811 considera necesario matizar que «no siempre los vínculos de sangre generan las relaciones más próximas».

⁴⁵ Cabe recordar que al examinar el interés superior del menor y la obligación del Estado de preservar el entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones de los menores (art. 9, 18 y 20 de la Convención), el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Niños —en la Observación general, núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/C/GC/14)— ha situado la cuestión en los titulares de la potestad así como en «cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los progenitores adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha» (núm. 60), y también que, en caso de que un niño tenga que ser separado de su familia, «las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas» (núm. 65). Las obligaciones internacionales, por lo tanto, ponen el acento en proteger relaciones interpersonales realmente existentes entre los miembros de una misma familia extensa.

⁴⁶ CELDRÁN/VILLAR/BENITO (2018, 69) concluyen su análisis en profundidad de una muestra de informes psicosociales recordando que se necesitan más datos para determinar

si el tipo de recomendaciones «abiertas y centradas en los intereses de los abuelos» que se formulan a los tribunales tienen efectos beneficiosos reales para las familias en conflicto y, en particular, para los nietos.

⁴⁷ Véase SAP Las Palmas, Sección 3.^a, núm. 323/2018, de 24 de mayo («el hecho de que ahora la negativa de la menor sea más rotunda se debe al tiempo transcurrido por los sucesivos retardos del procedimiento, que lleva ya más de cuatro años de tramitación»). Muy critica con la falta de medios de protección del derecho de relación, sobre todo de una tutela cautelar y de ejecución provisional de las sentencias de primera instancia, DÍAZ ALABART (2003, 366). BERROCAL LANZAROT (2020, 1800) se hace eco de la sentencia de la Audiencia Nacional condenando al Ministerio de Justicia por la inacción de un juzgado al no haber hecho ejecutar contra la madre las medidas acordadas a favor de sus suegros en relación con su derecho a comunicarse y relacionarse con sus nietas. En este caso cabe subrayar que la madre no solo impidió la relación con los abuelos paternos, sino que trató (y consiguió) por todos los medios de alejar a las niñas de su padre durante más de 8 años.

⁴⁸ PÉREZ MARTÍN (2018, 25-34).

⁴⁹ COLÁS ESCANDÓN (2005, 78).

⁵⁰ Posibilidad apuntada ya por DÍAZ ALABART (2003, 386), que incluso invita a la aplicación de cambios en el régimen de guarda de los menores. Para una aplicación de las multas coercitivas si no se acude a las citas en el punto de encuentro familiar véase Auto AP Barcelona (Sección 18.^a) núm. 549/2018 de 5 de octubre, que también impuso a las partes el seguimiento de la ejecución de la sentencia mediante la colaboración de un coordinador de parentalidad.

⁵¹ Favorable a estas indemnizaciones COLÁS ESCANDÓN, 2011, 111-142.

⁵² Apunta esta posibilidad, con la que no obstante se pronuncia en contra, COLÁS ESCANDÓN, 2005, 136-137.

⁵³ Apunta las dificultades inherentes a la judicialización del conflicto familiar, que todavía añade más leña al fuego, y la posible utilidad de la mediación MOLINER NAVARRO (2011, 1681). La regulación autonómica de la mediación suele hacer referencia a este tipo de conflictos como objeto de la misma: por ejemplo, artículo 2.1 f) Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado o artículo 1.2 e) Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁵⁴ Lo cual no significa que sea adecuado imponer a las partes el seguimiento de alguna terapia con el fin de conseguir desbloquear la situación y poder hacer viable algún tipo de comunicación o relación con los nietos. Véase en este sentido, STSJC 62/2016, 28 de julio de 2016. Habida cuenta de las diferencias entre el supuesto de conflicto entre los titulares de la patria potestad y el caso en el que están enfrentados estos y los abuelos, podría resultar dudoso que la autoridad judicial pudiese someter a los progenitores a la intervención de un coordinador de parentalidad. No obstante, ya se han dado casos así (Auto AP Barcelona (Sección 18.^a) núm. 549/2018 de 5 de octubre).