

Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre

Ana I. Berrocal Lanzarot

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil. U.C.M.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. FUNDAMENTO DE LA LEY 42/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE.— II. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY 21 DE NOVIEMBRE DE 2003.— III. JUICIO CRÍTICO DE LA REFORMA.— IV. DERECHO A LAS RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS. 1. *Naturaleza, fundamento y finalidad.* 2. *Carácteres.* 3. *Elementos personales. Titulares del derecho a las relaciones personales.* 4. *Elemento real del derecho a las relaciones personales: contenido.* 5. *Elemento formal. Formas de ejercitarse el derecho de relación entre abuelos y nietos.* 6. *Denegación o no concesión del derecho de relaciones personales entre abuelos y nietos: la existencia de "justa causa".* 7. *La negativa al cumplimiento del derecho a las relaciones personales de los abuelos y los nietos.* 8. *Modificación, suspensión y extinción del derecho de relaciones personales de los abuelos y los nietos.*— V. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS NIETOS A LOS ABUELOS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 103 DEL CÓDIGO CIVIL.— VI. EL DERECHO DE LOS ABUELOS BIOLÓGICOS A RELACIONARSE CON SUS NIETOS EN SITUACIONES DE ACOGIMIENTO, ADOPCIÓN, O GUARDA DE HECHO; O QUE SEA FRUTO DE UNIONES MORE UXORIO.— VII. EL DERECHO A LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS EN EL DERECHO COMPARADO. 1. *Derecho francés.* 2. *Derecho alemán.* 3. *Derecho italiano.* 4. *Derecho inglés y norteamericano.*— VIII. EL DERECHO DE LOS ABUELOS A RELACIONARSE CON SUS NIETOS EN LOS ORDENAMIENTOS FORALES.— IX. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LOS ABUELOS A RELACIONARSE CON SUS NIETOS.— X. LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN EL DERECHO DE FAMILIA. SU INFLUENCIA EN LAS RELACIONES FAMILIARES ENTRE ABUELOS Y NIETOS.— XI. CONCLUSIONES.— XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

FUNDAMENTO DE LA LEY 42/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE

La Ley reconoce a quienes ejercen la patria potestad un poder general de tuición respecto de los hijos menores no emancipados o incapacitados (artículos 111, 154 y 171 del Código Civil). 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. 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 “solícitamente”¹, 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 aquél, 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 aquél, determinará que alcanzando una cierta edad, sólo 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, legítima-

¹ Según el Diccionario de la Lengua española de la Real Academia Española, ed. 21^a, *T.II*, Madrid 1992.

dora de la prohibición que veta los contactos entre el menor y sus abuelos y demás parientes o allegados².

Precisamente, estas relaciones entre los abuelos y nietos son el objeto sobre el que se va a centrar nuestro estudio, no sólo por la función primordial que desempeñan los abuelos en las relaciones familiares, 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 le ha dado a la figura 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 abuelos³.

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 vertebría 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 progenitores⁴. 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 fun-

² 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*, nº 25, Marzo 1992, pp. 147-148.

³ BOE, núm. 280, 22 de noviembre de 2003, pp. 41.421 a 41.422.

⁴ 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.

damental 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 maternos⁵; 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 niveles.

En esta línea, en un Estudio publicado el 28 de abril del 2005 por la Comisión europea titulado “*Investigación sobre la salud, el envejecimiento y la jubilación en Europa*”, pone de manifiesto que, habitualmente, los abuelos del sur de Europa mantienen relaciones más o menos asiduas y prolongadas con sus nietos. Alrededor de un tercio de las personas de 65 años o incluso mayores, se constata, igualmente, en este Estudio, acuden en innumerables ocasiones en ayuda de sus hijos, tanto cuando éstos los necesitan por imperativos de su vida profesional, como por satisfacción de compromisos sociales, o para poder simplemente divertirse y realizar viajes. Se han convertido en auténticos cuidadores de hecho de sus nietos, a los que atienden diariamente, en concreto, casi el 100% de los abuelos españoles ocupa su tiempo en esta actividad —un término medio de 4 a 6 horas al día—, frente a los abuelos daneses, suecos, holandeses y alemanes que menos del 50% cuidan diariamente de sus nietos; y, por este contacto diario, se han venido erigiendo para el menor en su referencia emocional y vital más directa, lo que ha originado un mayor afecto y cariño entre ellos, cobrando especial im-

⁵ En Francia MALAURIE-AYNÈS, *Droit civil. La famille*, 3^a ed., París, 1992-1993, p. 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.

portancia la referencia generacional del abuelo en su desarrollo. Es curioso y así se evidencia también en este Estudio, que al Norte de Europa, las personas más jóvenes reciben la ayuda de sus padres y, al sur de la misma, en cambio, son los padres (abuelos) lo que más frecuentemente dan ayuda a los nuevos padres (sus hijos) para los más jóvenes (sus nietos), dedicando una parte importante de su capacidad económica en ello, lo que pese al esfuerzo que esto les supone, sin embargo, les reporta una satisfacción completa.

Pero no sólo se desprende de las conclusiones de este Estudio, sino que, en general, estas relaciones entre generaciones —de abuelos y nietos—, han recibido siempre una valoración positiva, por entender que daban cobertura a necesidades afectivas de ambas partes y por considerarlas, sobre todo, beneficiosas para el desarrollo y educación de los nietos. Hoy en día pese a que, como hemos indicado, se ha limitado el concepto de familia, al de “familia nuclear”, es decir, a la existente entre padres e hijos; no obstante, los abuelos siguen jugando un papel importante —reforzado incluso tras el crecimiento de las familias monoparentales—, pues, razones como las necesidades laborales de los padres, u otras semejantes, determinan que se terminen confiando los hijos menores a la atención y cuidado de los abuelos⁶. 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 niño; de ahí que, parezca necesario mantener y proteger esta relación.

⁶ En este sentido, DÍAZ ALABART, S., “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados”, *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2003, p. 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.

Ahora bien, hemos de puntualizar y adelantar que estas relaciones entre abuelos y nietos que constituyen una realidad, son buenas y provechosas cuando en la familia todo funciona con normalidad, no necesitando de ninguna norma para el desarrollo de las mismas. Pero es cierto y constituye una realidad constatable que los problemas pueden comenzar cuando se producen situaciones de crisis matrimonial, bien por separación, tanto judicial como de hecho, divorcio y nulidad, o bien cuando uno de los cónyuges fallece. Y pueden empezar las fricciones, porque comiencen tensiones entre los progenitores con sus suegros o con sus propios padres, al impedir o dificultar el derecho a relacionarse con sus nietos, relación que hasta ese momento, por lo general, había sido óptima, y no planteaba dificultades.

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 ejerce la guarda y custodia en los supuestos de crisis matrimonial.

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, continúan siendo de gran ayuda a la hora de interpretar el actual artículo 160.

No obstante, esta falta de concreción en algunos de los términos necesariamente exigibles, no ha impedido el importante avance que supone la actual regulación al contemplarse ya una mención expresa del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos en el citado artículo 160; así, como también se ha logrado 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 103.1º 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 sólo 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. Una de las justificaciones del legislativo a la hora de proyectar esta nueva regulación se basa en los datos que tienen respecto a los procesos de separación y divorcio. De las 115.049 separaciones y divorcios registrados durante el año 2002, según datos del CGPJ, 41.504 (un 36%) tuvieron lugar sin acuerdo entre los cónyuges. Dicho desacuerdo, según el criterio del Gobierno, se traslada en la mayoría de los casos a la relación familiar de los nietos con los abuelos.

Lo cierto es que, como señala claramente la Exposición de Motivos de la Ley

“los abuelos disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que pueden ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en sus entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis”⁷.

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 sólo 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, viene, desde la posición que ocupan, a resultar necesaria la inestimable ayuda que los abuelos pueden prestar a sus nietos. De ahí que el fundamento de esta reforma se ha de entender aplicable a todas las situaciones mencionadas, por lo beneficioso que puede resultar para el menor (nieto) la experiencia de sus abuelos, la ayuda y los consejos que, con base en ella, le pueden reportar, favoreciendo de este modo su desarrollo personal, afectivo y social; y sobre todo, en el cariño que los ascendientes *por natura* profesan hacia sus descendientes y que deriva esencialmente de la relación de parentesco que une a un nieto con sus abuelos. Supone, en esencia, la constatación expresa de una presunción de afecto, una presunción *iuris tantum* de conveniencia de la relación entre abuelos y nietos, fundada en esos principios afectivos, de cariño mencionados.

⁷ Apartado VI de la Ley.

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, 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 tutela de los nietos con preferencia a cualquier otro pariente. Nadie duda y es una realidad existente en la práctica diaria, que muchas veces los abuelos asumen el papel correspondiente a los padres, cuando éstos 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, una 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 éste 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 1^a, 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.

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 sólo 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.

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 sometidos a acogimiento.

Por último, se modifica la LEC 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.

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; asimismo, ante una falta de concreción legal expresa, trataremos de discernir algunas de las cuestiones planteadas con anterioridad sobre tal derecho a las relaciones personales de abuelos y nietos,

como son la determinación de su contenido, la forma de su ejercicio, su extensión con respecto al correspondiente derecho de visitas del progenitor no custodio en las situaciones de crisis matrimonial; los modos de sustanciarse, bien de forma voluntaria o judicialmente. Igualmente, trataremos de determinar quienes son los sujetos activo y pasivo del derecho y, más concretamente, trataremos de dilucidar la posibilidad de fijar un régimen de relaciones personales de los abuelos con nietos mayores de edad, nietos dados en acogimiento o adopción, o nietos fruto de una relación de hecho entre progenitores; finalmente, fijaremos la consecuencia de la negativa de los progenitores o de los propios abuelos al establecimiento o a la efectividad del régimen de relaciones personales; como la que en su caso puede manifestar el nieto mayor de doce años, en la audiencia que se puede dar al mismo y resulta exigible en todo este proceso; y, en fin, discerniremos cómo podrá modificarse, suspenderse o extinguirse este derecho una vez establecido.

No obstante, antes de proceder al desarrollo de la materia expuesta, resulta esencial dedicar unas líneas a exponer la tramitación parlamentaria de la actual Ley, que si por algo se ha caracterizado es por su brevedad —apenas un trimestre de actividad parlamentaria, si bien, durante la VII Legislatura—, para conocer la voluntad del legislador expresada en la redacción definitiva de la ley, y sobre la que, adelantamos, se presentaron hasta llegar a su concreción final, un total de 42 enmiendas en el Congreso y de 16 en el Senado, que modificaron en una parte sustancial, su diseño inicial; e, igualmente, a poner de manifiesto la posición de protesta un tanto airada adoptada no sólo por determinados diputados/as y senadores/as durante su debate en el Parlamento, que, contrasta con quienes se muestran firmemente defensores de la misma —si bien, tales críticas se transformaron en apoyos, tras la aceptación de algunas enmiendas—, sino también a la canalizada por determinadas organizaciones fuera del ámbito estrictamente político en torno a la innecesidad de esta reforma; y, en fin, a la expresada por ciertos sectores de la

doctrina, donde, o bien se postula desde sus filas, precisamente la innecesariedad de la misma y su carácter jurídicamente inadecuado; o bien, por el contrario, se destaca su indiscutible valor para consolidar una relaciones beneficiosas para el nieto menor de edad no emancipado o incapacitado. De indudable importancia viene a ser, pues, la mención de todos estos extremos reseñados, si se quiere tener una visión global de la actual reforma, que abarque a todos los sectores implicados, y conocer el estado de la cuestión precisamente en cada uno de ellos, lo que resulta enriquecedor para cualquier investigación.

II. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY 21 DE NOVIEMBRE DE 2003

En la VI Legislatura, se debatió en el Pleno del Congreso de los Diputados, en concreto, el día 7 de diciembre de 1999, una Proposición no de Ley núm. 162/000439, presentada por la diputada del Grupo Parlamentario Popular, Dª. María José Mora Devís, el día 29 de noviembre de 1999, relativa al régimen de visitas de los abuelos para con los nietos en los casos de ruptura matrimonial, en la que se instaban al Gobierno para que en el plazo de seis meses elaborase un Proyecto de Ley de reforma del Código Civil que regulase, en los procesos en los que se resuelven crisis matrimoniales, la posibilidad de que los hijos continuasen la comunicación y relación de afectividad con sus abuelos, recabando necesariamente al efecto el dictamen de especialistas⁸. Esta Proposición fue aprobada en la sesión del día 14 de diciembre de 1999 por el Pleno del Congreso⁹. Sin embargo, el Proyecto de Ley no llegó a elaborarse como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales en virtud de Decreto de 17 de enero de 2000, ante la convocatoria de elecciones generales.

⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, 7 de diciembre de 1999, serie D. general, núm. 516, pp. 6 y 7.

⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, 21 de diciembre de 1999, serie D. general, núm. 522, pp. 4 y 5.

Constituidas de nuevo las Cortes Generales, sobre la base de la Proposición de Ley aprobada, en la nueva Legislatura (VII Legislatura), la senadora del Grupo Parlamentario Popular por Valencia, Dña. María José Mora Devís, presentó una moción ante el Pleno del Senado el 22 de mayo de 2000, en base a la cual se instaba de nuevo al Gobierno para que elaborase, en el plazo de seis meses, un Proyecto de ley de reforma del Código Civil que regulase, en los procesos que resuelven crisis de parejas, la posibilidad de que los hijos continuasen su comunicación y relación de afectividad con sus abuelos, recabando al efecto el dictamen de especialistas. El Pleno del Senado aprobó la moción señalada el día 30 de mayo de 2000¹⁰, con la presentación de una enmienda transaccional auspiciada por los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista, de Senadores Nacionalistas Vascos, Convergencia y Unió, Entesa Catalana Progrés, Coalición Canaria y Grupo Mixto, con el siguiente texto:

“El Senado insta al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, que los hijos mantengan relaciones personales, singularmente y de forma especial con sus abuelos. Asimismo, el Senado insta al Gobierno a que en el ámbito de la anterior reforma aborde el tratamiento más adecuado de las relaciones de los hijos, en caso de ruptura familiar, con los demás parientes y allegados”.

Hasta febrero de 2003, no se aborda de nuevo la cuestión de la necesaria elaboración del Proyecto. A instancia de la senadora del Grupo Socialista de la Comunidad Autónoma de Murcia, Dña. María Antonio Martínez García, se formula una pregunta en el Senado frente a la que se exige contestación por escrito, acerca del cumplimiento por el Gobierno de la moción tantas veces solicitada, al haber transcurrido con creces los seis meses previstos en la misma¹¹. La respuesta tiene lugar el día 14 de julio de

¹⁰ BOCG, Senado, de 29 de mayo de 2000, serie I. general, núm. 19, pp. 3 y 4.

¹¹ BOCG, Senado, de 25 de febrero de 2003, serie I. general, núm. 602, p. 52.

2003¹², en la que se indica que se han iniciado los trabajos de un Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de relaciones personales que conciernen a los niños¹³. La Presidencia del Congreso el día 24 de julio de 2003 acuerda encomendar la tramitación como Proyecto de Ley 121/000168, de modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, remitido por el Gobierno, con competencia legislativa plena, por el procedimiento de urgencia, a la Comisión de Justicia e Interior. Dicho Proyecto es publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 30 de julio de 2003¹⁴, bajo el título “Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos”, y con un artículo único en el que se dispone:

*“Se modifican los siguientes artículos del Código Civil:
Uno, Se introduce un nuevo párrafo b) en el artículo 90 con la siguiente redacción, pasando los actuales párrafos b), c), d) y e) a ser, respectivamente c) d), e) y f):*

‘b) El régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre el interés de aquéllos’.

Dos. Se introduce un segundo párrafo en el artículo 94, que tendrá la siguiente redacción:

‘Igualmente determinará, previa audiencia de los padres, y si el juez así lo estima oportuno, de los abuelos, el derecho de comunicación y visita de éstos, teniendo siempre presente el interés del menor’.

Tres. Se modifican los dos primeros párrafos de la medida 1^a del artículo 103, que quedan redactados de la siguiente manera:

¹² BOCG, Senado, de 28 de julio de 2003, serie I. general, núm. 707, p. 5.

¹³ Se tiene en cuenta en su elaboración que el Consejo de Europa había abierto a la firma de los Estados Miembros un Convenio sobre esta cuestión, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo el día 3 de mayo de 2002, en su 110^a sesión. En este Convenio se reconoce la necesidad de los menores de edad de mantener relaciones, no sólo con sus padres, sino también con otras personas con las que tenga lazos familiares. Igualmente, se señala la importancia para los padres y el resto de los familiares de permanecer en contacto con los menores, velando siempre por el interés superior de los mismos.

¹⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 168-I, pp. 1 a 3.

'1º Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, así como la forma en que podrán hacerlo los abuelos.

Excepcionalmente, los hijos podrá ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez'.

Cuatro. El párrafo segundo del artículo 160 quedará redactado de la siguiente forma:

'No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados'.

Cinco. El artículo 161 queda redactado como sigue:

'Artículo 161. Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres y abuelos corresponde para visitarle y relacionarse con él podrá ser regulado o suspendido por el juez atendidas las circunstancias y el interés del menor'".

La Mesa del Congreso el 16 de septiembre de 2003 acuerda encomendar la tramitación de dicho Proyecto por el procedimiento de urgencia a la Comisión de Política Social y Empleo. Asimismo, se comunica este acuerdo a la Comisión de Justicia e Interior y al Grupo Parlamentario solicitante¹⁵. Fue informado positivamente por el Consejo General del Poder Judicial y por la Fiscalía General del Estado, si bien con la advertencia de que quizás supusiese una fuente de conflictos mayor, al existir un riesgo cierto de que los nuevos actores de este proceso —los abuelos— introdujesen en el drama familiar, consecuencia normalmente de una crisis familiar, factores de tensión y complejidad añadida, implicando, además, este sistema, un ries-

¹⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, 19 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-4, p. 9.

go evidente para la propia libertad del menor, que se vería en cierta forma agravada por el establecimiento de una multitud de regímenes de visitas.

El Pleno del Congreso, el 18 de septiembre de 2003, acuerda la avocación del debate y votación final del Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (121/000168)¹⁶.

Se ordena el 25 de septiembre de 2003 la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de las enmiendas presentadas en relación con dicho Proyecto de Ley, así como el índice de enmiendas al articulado¹⁷.

De las enmiendas presentadas, hay que destacar la número 23 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)¹⁸ a efectos de modificar el párrafo b) del artículo 90 del Código Civil, contenido en el apartado uno del artículo único del texto anteriormente referido. Se introduce un nuevo párrafo b) con la siguiente redacción:

“b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos”.

La *justificación* a la enmienda reside en la mejora técnica. Esta enmienda coincide en parte con la número 38 del Grupo Parlamentario Popular¹⁹, en la que simplemente se añade al final del texto, la necesidad de consentimiento de los abuelos. La *justificación* a esta enmienda se centra en considerar que con esta propuesta se flexibiliza el sistema, de manera que permite a las partes proponer o no la medida, contando siempre con el consentimiento de los abuelos, y, además, deja margen al Juez para denegar motivadamente el convenio regulador que se presente, en el caso de

¹⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, 22 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-5, p. 11.

¹⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 13.

¹⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 21.

¹⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 25.

que éste no contemple la medida, y el Juez considere necesario incluirlo.

Con relación al antepenúltimo párrafo del citado artículo 90, la enmienda núm. 24 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) intercaló en el texto del Código Civil un párrafo nuevo entre el primero y el segundo, con la siguiente redacción:

“Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento, de los menores que tuvieren suficiente juicio y siempre de los mayores de doce años, a los que afecte dicha medida. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y, en este caso, los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio”²⁰.

La justificación aducida de nuevo se centró en la mejora técnica.

No faltan con relación a este precepto, enmiendas que optan por su supresión, como la núm. 33, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, sobre la base del Informe de la Fiscalía General, pues

“imponer obligatoriamente como contenido del convenio el régimen de visitas, no se cohonesta con la necesidad de respetar la autonomía familiar”²¹.

Al segundo párrafo del artículo 94, es de destacar la enmienda número 25 del Grupo Parlamentario Catalán

²⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 21.

²¹ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 24.

(Convergència i Uniò), que a los efectos de modificar el citado párrafo, fija como posible contenido del mismo:

“Igualmente, podrán determinar, si así lo solicita alguna de las partes, previa audiencia de los padres, de los abuelos que deberán prestar su consentimiento y de los menores si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años, el derecho de comunicación y visita de éstos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor”²²;

y, la número 39 del Grupo Parlamentario Popular, en la que en concordancia con lo establecido en la enmienda anterior, se propone como redacción del mismo la siguiente:

“Igualmente, se podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que en todo caso deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de éstos, teniendo siempre en cuenta el interés del menor”²³.

Al artículo 103, la enmienda número 26 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), a los efectos de modificar el primer párrafo de la 1^a medida del artículo 103 del Código Civil, contenido en el apartado tres del artículo único del texto mencionado en líneas precedentes, con la siguiente redacción:

“1^a. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cum-

²² BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, pp. 21 y 22. La justificación a la enmienda se residencia en la mejora técnica.

²³ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 25. Como justificación a la propuesta de modificación del texto del artículo 94, se señala que: “el motivo de la propuesta, en concordancia con la anterior, es que la medida nunca se adopte en contra de la voluntad de los abuelos, que son los que, en su caso, la van a desempeñar. Además, con esta redacción ya no es una obligación el fijar el régimen de visitas de los abuelos en las sentencias de nulidad, separación y divorcio, dejándose claramente abierta la posibilidad de omitir dicha medida cuando no sea necesaria”.

*plir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*²⁴;

la enmienda núm. 40 del Grupo Parlamentario Popular que se propone en la línea de todas las enmiendas anteriores, la exclusión del carácter obligatorio de inclusión de la medida de régimen de visita de los abuelos mediante la supresión de la expresión en el párrafo I (dejándolo simplemente con un carácter excepcional):

*“así como la forma en que podrán hacerlo los abuelos”*²⁵;

y, la enmienda núm. 35 del Grupo Parlamentario Socialista, que al contrario de las anteriormente mencionadas, opta por proponer la supresión del párrafo primero, basándose en lo inoportuno de

*“introducir en la Ley un elemento de más dilación en la adopción de medidas provisionales, si ya en el contenido de la sentencia creemos que en ningún caso debe ser obligatorio tal pronunciamiento, mucho menos en las medidas provisionales”*²⁶.

Al artículo 160, hay que destacar las enmiendas número 27 y número 28 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Uniò). La primera a los efectos de adicionar un apartado nuevo al artículo único del texto del Proyecto, modificando el párrafo tercer del artículo 160 que quedaría redactado como sigue:

“En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente, deberá asegurar el que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos no faculten la infracción de las reso-

²⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 22. *Justificación* a la misma, de nuevo, tiene su razón de ser en la mejora técnica que reporta.

²⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 26. *Justificación* a la misma, de nuevo, la mejora técnica.

²⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 24.

*luciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con algunos de sus progenitores*²⁷.

Y la segunda, relativa a los aspectos procesales del derecho de visitas, y, en consecuencia, de adición de un nuevo artículo 2, pasando el actual artículo único del Proyecto a ser artículo primero. Así este artículo segundo de tramitación supondría la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, de forma 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 Ley de Enjuiciamiento Civil”*²⁸.

A este precepto, es importante mencionar también, la enmienda número 12 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, de adición de un nuevo párrafo al apartado cuarto del artículo único que modifica el párrafo tercero del citado artículo 160:

*“en caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del abuelo, pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias”*²⁹;

²⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 22. Justificación: “Adecuarlo a las disposiciones normativas recientemente aprobadas en materia de violencia doméstica, para impedir el fraude de la ley que podría suponer que el progenitor a quien se le hubiera impedido por resolución judicial el contacto con sus hijos pudiera vulnerar lo dispuesto en la resolución a través de las visitas que se pudieran establecer a favor de los abuelos”.

²⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, pp. 22-23. Motivación: “Una de las insuficiencias de la regulación actual es la carencia de un proceso adecuado para reconocer la efectividad de los derechos de los abuelos. Este procedimiento supondría una equiparación procesal, y equiparación, por tanto, también social en los costos, de todas las solicitudes de relación entre los abuelos y los nietos, ya que las mismas se sustanciarían por el mismo procedimiento tanto si se solicitan autónomamente —al amparo de lo dispuesto en el artículo 160 del Código Civil— como si se solicitan en sede de proceso matrimonial, que se sustancia también a través de juicio verbal”.

²⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 18. La justificación: “En coherencia con el párrafo segundo del artículo 160, que modifica el Proyecto de Ley”.

y, la enmienda número 42 del Grupo Parlamentario Popular, también de adición de un nuevo punto cinco, entre el cuatro y el cinco, del Proyecto de Ley, que es un nuevo inciso al párrafo 3º del artículo 160, quedando el mismo redactado de la siguiente manera:

“En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, abuelos o del pariente o allegado resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurarse que las medidas que se pueden fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”³⁰.

Finalmente, la enmienda número 7 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) de modificación del número 5, que pasa a ser el número tres de este artículo único del Proyecto, por el que se da nueva redacción al artículo 161 del Código Civil que queda redactado como sigue:

“Tratándose de menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y abuelas y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él podrá ser regulado o suspendido por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor”³¹.

Las enmiendas número 21 y 22 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) a los efectos de modificar el párrafo noveno y décimo de la Exposición de Motivos del

³⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, p. 26. La justificación, en la misma línea, que la de la enmienda número 27, “evitar el posible fraude de burlar las prohibiciones impuestas en las resoluciones judiciales respecto de la patria potestad de los padres a través del régimen de visitas de los abuelos”.

³¹ BOCG, Congreso de los Diputados, 2 de octubre de 2003, núm. 168-7, p. 16. La justificación se centra en que: “La modificación propuesta introduce expresamente el derecho de los abuelos y abuelas de los menores acogidos a visitar a sus nietos y nietas, diferenciándolos de otros parientes, a los que ni siquiera menciona. Sin embargo, y en consonancia con el artículo 173.2.3º a) del Código Civil, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que dispone que en el documento de formalización del acogimiento familiar debe establecerse la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido, creemos conveniente que el precepto mencione también a los demás parientes”.

Proyecto³²; y la número 29 de este mismo Grupo Parlamentario a los efectos de modificar también la disposición transitoria única del texto de aquél sobre los procesos pendientes de resolución.

Tras la presentación de enmiendas, la Ponencia encargada de redactar el Informe del citado Proyecto de Ley acuerda aprobar algunas de las enmiendas a las que antes nos hemos referido y destacado en líneas precedentes, así:

*“se acepta la enmienda número 7 del GP Vasco (EAJ-PNV), la enmienda número 12 de GP Coalición Canaria, las enmiendas número 21 a 29 (ambas inclusive) del GP Catalán-CIU (si bien las enmiendas números 24, 25, 27 y 29, incluyen modificaciones), y las enmiendas número 38 a 42 (ambas inclusive) del GP Popular (si bien las enmiendas número 38 y 41 incluyen modificaciones)”*³³.

La Comisión de Política Social y Empleo, a la vista del informe emitido por la Ponencia, procede a elaborar el Dictamen sobre el Proyecto y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno, el 7 de octubre de 2003. Introduce al citado Proyecto una serie de modificaciones de interés: así, el enunciado de éste incluye ahora la mención a la Ley de Enjuiciamiento Civil, pasa a denominarse “*Proyecto de Ley de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos*”; lo que determina, asimismo, una adición de un párrafo final de la Exposición de Motivos alusivo a la modificación de la Ley adjetiva mencionada; se introduce al inicio del apartado b)

³² BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2003, serie A, núm. 168-6, pp. 20-21. Exposición de motivos párrafo noveno y décimo: “A estos fines, la modificación que se propugna 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 éste con sus abuelos.

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”. La justificación de ambas enmiendas está en mantenerse en consonancia con las enmiendas presentadas.

³³ BOCG, Congreso de los Diputados, 2 de octubre de 2003, serie A, núm. 168-7, pp. 29 a 31.

del artículo 90, el condicionamiento “*si se considera necesario*”; se redacta de nuevo el antepenúltimo párrafo del artículo 90; se introduce un segundo párrafo en el artículo 94 en el que “*se podrá determinar*” el derecho de visita y “*deberán prestar su consentimiento, los nietos con los abuelos*”; se modifican los dos párrafos de la medida 1^a del artículo 103; se da nueva redacción al párrafo tercero del artículo 160 y al artículo 161; se añade un segundo artículo sobre normas procesales; y se modifica la Disposición transitoria única con relación a los procesos de separación, nulidad y divorcio “*que se incoen con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*”³⁴.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 16 de octubre de 2003, aprueba el texto del Proyecto, pasando el mismo al Senado para su debate³⁵. Se ordena en dicha sede la remisión de este Proyecto de Ley a la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, el 31 de octubre de 2003, en delegación de competencia legislativa³⁶.

Se procede al trámite de presentación de enmiendas, un total de 16, reiterando por lo general, lo propuesto en la Cámara, no siendo ninguna tomada en consideración.

Lo cierto es que la mayoría de las enmiendas propuestas por los distintos grupos parlamentarios se basaban en matices de tipo técnico en la práctica totalidad de los casos. Por destacar, algunas de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV): así, la número 1, en la que se propone modificar el título de la Ley de manera que donde dice “abuelos” y “nietos”, diga, respectivamente, “abuelos y abuelas” y “nietos y nietas”. La *justificación* es que se evite el lenguaje sexista³⁷; y la número 3 y 4, en la que se propone la supresión del nuevo párrafo b) del artículo 90; como del número tres

³⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, 7 de octubre de 2003, serie A, núm. 168-8, pp. 33 a 36.

³⁵ Se publica en el BOCG, Congreso de los Diputados, 21 de octubre de 2003, serie A, núm. 168-9, pp. 37 a 39.

³⁶ BOCG, Senado, 31 de octubre de 2003, serie II, núm. 163 (a) (Congreso de los Diputados, serie A, núm. 168, núm. exp. 121/000168), pp. 1 a 5.

³⁷ BOCG, Senado, 6 de noviembre de 2003, serie II, núm. 163 (c), p. 7.

por el que se introduce un segundo párrafo en el artículo 94 respectivamente, sobre la base argumental de entender que con esta reforma se fija como contenido obligatorio del convenio regulador el régimen de visitas de los nietos y nietas con sus abuelos y abuelas, que han de presentar los padres —los cónyuges—, junto a la demanda de separación y divorcio de mutuo acuerdo; e igualmente, como tal derecho de visitas forma parte del contenido sobre el que ha de pronunciarse la sentencia de separación, divorcio o nulidad de los padres, cuando no hay acuerdo de los cónyuges. En ambos supuestos, la regulación de las relaciones de los abuelos y las abuelas con sus nietos y nietas debe de estar al margen de los procesos de crisis matrimonial (nulidad, separación y divorcio), y regularse, exclusivamente, como hasta ahora, en las disposiciones del Código Civil referidas al Derecho de Familia, en concreto, en el capítulo primero, disposiciones generales, del título VII del Libro I, dedicado a las relaciones paterno-filiales; además, la inclusión de este especial régimen de visitas en los procesos de crisis matrimonial puede constituir un elemento distorsionador y perjudicial para el menor³⁸. Por su parte, el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrès (GPECP) propone como enmienda al artículo 103, la número 8, en la que se señala que los hijos puedan ser encomendados a los abuelos, y también a los hermanos emancipados³⁹. Y, en fin, la que presenta el Grupo Parlamentario Socialista de supresión al apartado b) del artículo 90, alegando que

“la introducción de un régimen de visitas singularizado para los abuelos no se corresponde con la realidad de que ese derecho se deriva de la tenencia de la patria potestad, cosa que no ocurre con los abuelos. No parece acertado correr el riesgo de aumentar las causas de conflicto y tensión en una situación de por sí traumática para los menores y que, por tanto, se actúe en contra de la obligación de velar por el mejor interés del menor”⁴⁰.

³⁸ BOCG, Senado, 6 de noviembre de 2003, serie II, núm. 163 (c), pp. 8 y 9.

³⁹ BOCG, Senado, 6 de noviembre de 2003, serie II, núm. 163 (c), p. 10.

⁴⁰ BOCG, Senado, 6 de noviembre de 2003, serie II, núm. 163 (c), p. 12.

Tras la presentación de las enmiendas, se emite el correspondiente Informe por la Ponencia del Senado, el 12 de noviembre de 2003, donde se insta a la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales a que se mantenga en sus propios términos el texto remitido por el Congreso⁴¹. De ahí que el Dictamen de la Comisión proponga no introducir modificaciones en dicho texto⁴², y se proceda por ésta en su sesión de 13 de noviembre de 2003, a la aprobación por el Senado del texto remitido por el Congreso⁴³. La Ley 42/2003 fue publicada en el BOE de 22 de noviembre de 2003, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

Esta Ley consta de dos únicos artículos, una Disposición Transitoria única y dos Disposiciones Finales. El artículo 1º contiene la materia sustantiva de la reforma y resulta más extenso, mientras que el artículo 2º regula exclusivamente los aspectos procesales. A la Disposición Transitoria única corresponde la previsión relativa a los procesos pendientes de resolución, mientras que la Disposición Final 1ª hace referencia al título competencial de esta ley estatal —cuestionado durante la tramitación parlamentaria de la misma—, y que viene representado por el artículo 149.1.6^a de la CE en cuanto a la legislación procesal, y el artículo 149.^º8º CE respecto de la legislación Civil⁴⁴; por último, la Disposición Final 2º establece la fecha

⁴¹ BOCG, Senado, 12 de noviembre de 2003, serie II, núm. 163 (d), p. 15.

⁴² BOCG, Senado, 13 de noviembre de 2003, serie II, núm. 163 (d), p. 16.

⁴³ BOCG, Senado, 17 de noviembre de 2003, serie II, núm. 163 (e), p. 17.

⁴⁴ El Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) formularon una enmienda de modificación, la núm. 7 a la Disposición Final Primera en los siguientes términos: “*Disposición Final Primera. Título competencial. La presente Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.6^a y 8^a de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en el orden procesal se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas, y de la aplicación preferente de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, y de su conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas respectivas*”. La justificación se basa en que “*Resulta más respetuoso con el orden de distribución competencial Estado-Comunidades Autónomas. Es necesario dejar a salvo las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil Foral o Especial propio. Los derechos civiles forales o especiales se aplican con preferencia a la ley común, de conformidad con el artículo 13.2 del Código Civil, y su aplicación se hará, además, sin perjuicio de la*

de entrada en vigor, que, como hemos indicado, tuvo lugar el día 23 de noviembre de 2003. Su contenido ha sido desarrollado en líneas precedentes, simplemente, añadir que la reforma sustantiva ha afectado a la regulación de la patria potestad, del matrimonio, del acogimiento, de la tutela, y lo que son esencialmente las relaciones familiares entre abuelos y nietos; y la reforma procesal ha supuesto una mínima ampliación del ámbito de aplicación del juicio verbal.

Ya adelantamos como el texto inicial del Proyecto, tras la aceptación de las enmiendas, supuso una importante modificación en sus términos fundamentalmente en una serie de aspectos sustanciales, puestos de manifiesto, de forma clara y sistemática, por Colás Escandón⁴⁵:

“1º. Se pasó del carácter imperativo de las relaciones entre abuelos y nietos, a un carácter dispositivo. Así, mientras el Proyecto obligaba a incluir en el convenio regulador esta cuestión, en la redacción definitiva se dispone que sólo se hará, si se considera necesario. Igualmente, si el proceso de divorcio, separación o nulidad no es de mutuo acuerdo, el Juez no está obligado ya a adoptar esta medida, sino que la Ley dispone que, ‘podrá’ hacerlo. Y por último, en sede de medidas provisionales, se suprime la obligatoriedad para el órgano judicial de determinar un derecho de visita y comunicación con los abuelos.

2º. Se plasmó la necesidad de exigir siempre la audiencia y consentimiento de los abuelos, tanto para establecer el régimen de relaciones personales, como para atribuirles la guarda y custodia de sus nietos como medida provisional en los procesos de separación, nulidad o

conservación, modificación y desarrollo de esas normas, de acuerdo con el 149.1.8º de la CE, lo cual significa que no sólo prevalecerá la aplicación de las normas actualmente existentes sobre las de esta Ley, sino que serán preferentes igualmente las de las disposiciones que las modifiquen y desarrollen, y las que se aprueban en un futuro, lo que debe quedar claramente expresado en la norma proyectada, sentada la preferencia del Derecho Civil Foral o especial propio”.

BOCG, Senado, 6 de noviembre de 2003, serie II, núm. 163 (c), p. 10.

⁴⁵ 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, 2005, pp. 32-33.

divorcio. Así la medida nunca debería adoptarse en contra de la voluntad de los abuelos.

3º. Para evitar el posible fraude de ley que podrán suponer el hecho de que uno de los progenitores burlase prohibiciones impuestas en las resoluciones judiciales respecto de la patria potestad que, v.gr., restrinjan o suspendan las relaciones de alguno de los progenitores con su hijo, utilizando el régimen de visitas con los abuelos, para relacionarse con él, se añadió al Proyecto la previsión de que el Juez, si lo estimase necesario, pudiese adoptar las medidas que considerara oportunas.

4º. Se incluyó en el proyecto el procedimiento por el cual se tramitarían las cuestiones atinentes al régimen de relaciones personales entre nietos y abuelos, señalando que sería el juicio verbal, con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I, título I, libro IV de la LEC 1/2000.

5º. Como consecuencia de lo anterior, se cambió igualmente el título del Proyecto que ya no sería sólo de modificación del Código Civil, sino también de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

III. JUICIO CRÍTICO DE LA REFORMA

Duras fueron las intervenciones en contra del Proyecto por parte de algunos Diputados/as y Senadores/as, que, como indicamos, se tornaron en algunos casos en apoyos, tras la aceptación de enmiendas y determinaron la configuración de la actual regulación final. Por citar alguna, destacar la llevada a cabo por la diputada, Sra. López González del Grupo Parlamentario Socialista quien considera oportuno mantener vivas todas las enmiendas presentadas desde un principio por su Grupo, por entender

“en primer lugar que este es un proyecto claramente innecesario. Es un proyecto cuya regulación no responde a ninguna realidad social. La impronta que ha querido poner a este proyecto de ley, como novedad para responder a una situación social —según la exposición de motivos, respondería a una demanda imperiosa en la calle— no es cierta. No es verdad que el derecho de los abuelos a obtener un régimen de visitas de sus nietos no existiera, pues

ya estaba regulado en los artículos 160 y 161 del Código Civil. Para el Grupo Socialista, este proyecto de ley responde más bien a un impulso interesado del ministro por algún motivo que todavía no entendemos o en el que no queremos profundizar excesivamente, porque la realidad social es que el porcentaje de este tipo de procedimientos que se producen en los juzgados no hace necesaria esta regulación (...). Hay otras situaciones mucho más importantes, sobre las que sí existe demanda social y sobre las que asociaciones de mujeres han llevado a cabo movilizaciones de mucho calado (...). Las cinco enmiendas que presenta el Grupo Socialista son fundamentalmente de supresión. Tal como está actualmente la regulación en el Código Civil para los procesos de separación y divorcio, no entendemos que se incluya en los procedimientos un elemento como es el régimen de visitas de los abuelos, pues esto supone introducir un conflicto más a resolver. Sin embargo, el Gobierno ha descafeinado su proyecto, pues quería que tanto en los convenios reguladores como en las medidas provisionales, como en las sentencias de separación y divorcio reguláramos a machamartillo la relación de los menores con los abuelos (...). La experiencia ha demostrado que el Código Civil español no debería ser un obstáculo insuperable para que, puntualmente y de forma innovadora, introdujésemos la correspondiente estructura jurídica para que la relación con los abuelos fuera posible. Lógicamente, hace falta una estructura jurídica que soporte esa decisión y actualmente nuestro ordenamiento civil carece de estructura jurídica sencillamente porque la patria potestad es una competencia de los cónyuges, que son responsables para todas las obligaciones que conlleva la patria potestad. Por tanto, ese elemento del régimen de visitas de los abuelos, ese soporte jurídico, no puede introducirse porque no existe, porque el régimen de visitas deviene como consecuencia de que el cónyuge custodio, el que se queda con la guardia y custodia de ese menor de edad, es el que tiene la responsabilidad de custodiar y guardar a ese menor; como consecuencia de la deriva de la patria potestad, el cónyuge no custodio es el que tiene el régimen de visitas y al que lógicamente hemos de favorecer para que su relación con su hijo menor sea lo más fluida posible. Al establecer ese

régimen de visitas de los abuelos y los hijos menores habidos en ese matrimonio, supone que estamos dando una pequeña deriva a los abuelos de un derecho que no tienen, un derecho que deriva de esa patria potestad y que los abuelos no tienen”⁴⁶.

Ahora bien, se ha de señalar que las diferencias —críticas— más importantes con la nueva Ley no vinieron sólo de círculos políticos, sino también de las diversas organizaciones de distinta índole, aunque con similitudes ideológicas. Se publicó un manifiesto suscrito por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, la Comisión para la Investigación de los Malos tratos, la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, la Federación de Mujeres progresistas, la Red de Organizaciones Feministas contra la Violencia de Género y la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF), en el que se pone en tela de juicio la necesidad de modificar el Código Civil en el sentido propuesto. Además, dicho manifiesto, que está redactado con un estilo esencialmente jurídico, plantea aspectos que quizás afecten —como los firmantes sospechan— a la aplicación de la Ley en el futuro. Se fijan, por ejemplo, en que

“introducir en el Código Civil el novedoso derecho de comunicación de los abuelos con los nietos que propone la Reforma, requiera ante todo pasar a fundarlo en términos jurídicos-legales, visto que el Código Civil español no se ha cuidado hasta ahora de definir tal derecho”. O este otro aspecto: “Hay que contar pues, por adelantado, con que esta, para los hijos/as no apetecible mecánica de visitas (las que se deducen de un proceso de separación y divorcio) se verá multiplicada con la introducción de la nueva normativa, al tener que someterse los niños, no a un régimen singular sino plural de visitas, esto es, el ré-

⁴⁶ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Política Social y Empleo, sesión núm. 43, núm. 831, celebrada el miércoles 1 de octubre de 2003, pp. 26119-26120.

Tales críticas se reiteran por la citada Diputada en la sesión Plenaria núm. 274 celebrada el jueves 16 de octubre de 2003 sobre el Dictamen de la Comisión al mencionado Proyecto. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 287, pp. 15130-15131.

gimen hasta ahora previsto de las visitas de los menores para con el progenitor no custodio, y los regímenes adicionales que en la reforma se proponen a favor de los abuelos; que serán tantos en número cuantos sean los abuelos supervivientes de menores bajo custodia. Teniendo en cuenta que los propios abuelos pueden estar a su vez separados conyugalmente —una circunstancia en modo alguna insólita en la actual dinámica social— y aún contando con que alguno de los cuatro abuelos (dos de cada lado) puede haber fallecido, el cálculo estadístico arroja de entre 3 y 5 regímenes de visitas diferentes acordadas por el juez a quien el caso le toque en suerte. Y no digamos si el matrimonio que se disuelve, es de personas con distinta nacionalidad cuyos padres, abuelos para sus hijos, viven en estado diferentes y distantes”.

En definitiva, termina el manifiesto que,

“mientras que para el legislador no se puede considerar que la mención residual del actual artículo 160 del Código Civil ponga suficientemente en claro la importancia de las relaciones de los abuelos con sus nietos”, la conclusión del manifiesto comentado es “que aquellos abuelos que quieran ejercer el derecho de visitas con sus nietos, en los casos de ruptura e, incluso, convivencia de sus progenitores, puede reclamarlo judicialmente utilizando la normativa vigente del citado artículo 160”.

Recientemente, la posición adoptada por algún autor, igualmente, se ha orientado a cuestionar la necesidad de la reforma, y sobre la pretensión del legislador de convencernos de la importancia de los abuelos en las relaciones familiares y que este dato tenga necesariamente traducción jurídica. Así la profesora Arias Díaz, al respecto, enumera diversos motivos sobre los que basar tal orientación⁴⁷:

“1. El primero que, en una sociedad como la actual, el modelo que pueden proporcionar los abuelos seguramente

⁴⁷ ARIAS DÍAZ, M.^a. D., “Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos”, *La Ley*, año XXVI, núm. 6184, 7 de febrero de 2005, p. 1.

dista mucho del que la sociedad y los medios de comunicación ofrecen a la juventud, por lo que es altamente improbable que ésa sea la respuesta a los problemas; 2. En segundo lugar, el legislador parte también del perjuicio de la objetividad y moderación de los abuelos en las posibles disputas paternas, lo cual está por demostrar; de hecho, es muy habitual que los ascendientes se decanten abiertamente en las disputas conyugales de sus descendientes, en apoyar a su consanguíneo, antes que por una posición conciliadora; 3. Junto a ello, el legislador olvida que esos abuelos son los padres de hoy, y por tanto ya es posible encontrar —y lo hará cada vez más— grupos familiares donde tanto los padres como los demás ascendientes carecen de la disponibilidad horaria que la ley parece presumir, con lo que acabará tarde o temprano dándose la situación de que tampoco los abuelos podrán cumplir la función que ahora se pretende que cumplan; y 4. Finalmente, el modelo que nos ofrece esta nueva normativa, dejando de lado la fuerte carga ideológica que lleva en su interior, en cuanto apuesta por alternativas políticamente conservadoras, supone la rendición incondicional y de antemano a la búsqueda de respuestas, en donde habría que haberlas buscado, esto es, en los propios padres, que son los directamente responsables de sus hijos...”⁴⁸.

Si bien, no faltan posturas de apoyo a la actual reforma confirmando su necesidad. Destacar la manifestada por el

⁴⁸ Tampoco encuentra justificada la reforma del Código Civil en este punto, si bien, al analizar la primera propuesta de reforma, Carbajo González, que declara “no lograr entender el afán del legislador por incorporar al escenario de las crisis matrimoniales a los padres de los esposos, abuelos de los menores, que con su presencia añadida van a venir a introducir un factor más de complicación al delicado y enrevesado mundo de los conflictos de familia. Si ya resulta difícil lograr soluciones satisfactorias a los conflictos de intereses que mantienen los esposos entre sí y en relación a sus hijos, mayor dificultad se presentará cuando haya que dar satisfacción también a los intereses de los abuelos. La experiencia demuestra que cuando existe verdadero interés por mantener la relación familiar, el artículo 160 se revela como plenamente eficaz (...). La Proposición —concluye— “nada nuevo añade esencialmente a lo que ahora hay y lo nuevo que incorpora no me parece de recibo”. Vid., CARBAJO GONZÁLEZ J., “El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil”, *La Ley*, 2000-4, p. 1508.

profesor Carrasco Perera⁴⁹, quien, a la par critica que la misma no haya sido más amplia, pues, prácticamente reduce su empeño al reconocimiento legal del derecho de visita de los abuelos. Sostiene, asimismo, que

“Desde 1981, la jurisprudencia civil ha asentado sobre tres pilares la recuperación del protagonismo familiar y generacional de los abuelos. Primero, negando (pero no siempre) que pudiera darse una situación de desamparo paterno cuando los niños estaban de hecho cuidados por sus abuelos. Segundo, reconociendo a los abuelos sus pretensiones a relacionarse con sus nietos, cuando había separación o divorcio de los padres, con independencia del reparto judicial o convenido de la patria potestad y custodia. Tercero, y muy recientemente, permitiendo que se pueda reconocer la guarda y custodia en los abuelos, restringiendo los derechos y funciones de la madre a la mera titularidad de una ‘nuda’ patria potestad”.

O, igualmente, la expresada por García Cantero quien ha venido a destacar

“la nueva función que con esta Ley están llamados a cumplir los ascendientes de segundo grado en la sociedad española del siglo XXI, recogiendo la evolución que está sufriendo ese determinado sector social, al tiempo que la nueva norma ha delimitado con mayor precisión la sedes materiae (artículo 160, párrafos segundo y tercero), prestando igualmente atención a lo importante, aunque nada fácil, ayuda que aquéllos pueden prestar en las situaciones matrimoniales conflictivas en que pueden encontrarse los progenitores y sus hijos (artículos 90, 94 y 103)”. Añade, además, que “esta modificación meramente trasversal del Código Civil contribuye a perfilar mejor el concepto mismo del derecho de visita, a una regulación más adecuada de las situaciones de crisis matrimonial (nulidad, separación, divorcio) permitiendo en ellas cierta intervención de los ascendientes de segundo grado, así como del acogimiento y de la tutela, y, genéricamente, y por derivación, contribuyendo a fijar mejor la posición

⁴⁹ CARRASCO PERERA, A., “Benditos abuelos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2003, p. 3.

jurídica de la llamada Tercer Edad en el ordenamiento y en la sociedad española”⁵⁰.

Aunque es cierto que la posibilidad de relaciones personales de los abuelos con los nietos tanto en situaciones de crisis matrimoniales —plasmadas bien en el convenio regulador, o bien fijadas por el Juez—, como en situaciones familiares no problemáticas, resultaba amparada o tutelada tácitamente por el artículo 160 del Código Civil; e, igualmente, por el artículo 103 del mismo cuerpo legal, al permitir encomendar la guarda de los menores a cualquier persona adecuada, en las situaciones de crisis matrimoniales que así lo requiriesen, lo que viene siendo también una práctica reconocida en nuestros Tribunales; la necesidad de una traslación de forma expresa de tales relaciones era una exigencia demandada y justificada, que ha quedado plasmada en la actual regulación. Si, como puso de manifiesto el Informe de la Fiscalía del Estado, la importancia del vínculo abuelo y nieto que queda ampliamente reconocida en los efectos jurídicos como la nacionalidad, en el artículo 22 del Código Civil, legítimas hereditarias, en el artículo 806, o la sucesión intestada en los artículos 933 y 1038 del mismo

⁵⁰ GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2005, pp. 40-41.

Igualmente, destacando la indudable importancia de la reforma, COLAS ESCADÓN, A. M^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita...*, op. cit., p. 35; HERNÁNDEZ-IBÁÑEZ, C., “La Ley 42/2003: relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados (1)”, *La ley 2004-2*, p. 1744.

Por su parte, la Oficina del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, en su Informe Anual del años 2001, había ya expresado su deseo de que la nueva Ley de Protección de la Familia recogiese la necesidad de tratar a los abuelos de una manera especial, más explícita y de un modo más reforzado, y que las Administraciones Públicas habilitasen programas y recurso para los “abuelos acogedores”, dado que son ellos el colectivo que con mayor frecuencia colabora en la protección de los menores, teniendo además en cuenta que deberían ser depositarios de un mayor caudal de ayuda y colaboración a la vista de los problemas que les afectan en relación con el “acogimiento” de sus nietos. *Vid.*, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid: Informe Anual 2001, Ediciones Oficina del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Madrid 2002, p. 119.

Código, por que no dotar, añadimos, de esa misma singularidad y reconocimiento a las relaciones personales de aquéllos, tanto en situaciones de crisis matrimonial, como cuando ésta no existe, pues, persiste ese mismo vínculo especial, que no se homologa de ninguna forma al de otros parientes. De hecho, como ha quedado constatado, las Cámaras del Congreso y del Senado aprobaron por unanimidad ambas mociones, en las que se solicitaba que el Gobierno elaborase un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regulase, en los procesos que resuelven crisis de parejas, la posibilidad de que los hijos continuasen su comunicación y relación de afectividad con sus abuelos. Un mandato de todos los grupos parlamentarios, algunos de los cuales han negado posteriormente la necesidad de la misma, en palabras de sus representantes en la Cámara.

La Ley, lo hemos puesto de manifiesto en líneas precedentes, parte de un principio rector en el Derecho de familia como es el interés del menor, representando un papel esencial en la consecución del mismo, y en lo que supone para su desarrollo personal y estabilidad emocional la relación con los abuelos en una sociedad como la que actualmente vivimos. Al inicio de nuestra exposición, hemos destacado el tiempo que dedican aquéllos a cuidar a sus nietos, que en cierta forma se ve favorecido por las prejubilaciones forzosas que la dinámica del mercado laboral exige, y que determina que, en muchos casos, los abuelos/as sean “jóvenes” aún, cuando dejan de ser laboralmente activos; e, igualmente, hemos puesto de manifiesto la importancia que en la transmisión de aquellos valores que, tradicionalmente han constituido la base de cualquier sociedad por parte de los abuelos/as, resulta esenciales para la formación y desarrollo personal de cualquier menor, y como la diferencia intergeneracional y lo que para cada uno constituye el modelo de sociedad, pueda —como se ha constatado por algún autor— suponer un freno en el fomento de la relación; lo sea menos en las generaciones futuras, pues, la mayor preparación y adaptabilidad a las nuevas exigencias sociales, en la

que se encuentran inmersas las actuales, va a estrechar dicha diferencia intergeneracional. No olvidemos que muchos de los padres de este siglo XXI, serán los abuelos/as del futuro.

Resulta, en fin, de indudable importancia que el texto de la Ley fije la voluntariedad de las relaciones personales de abuelos/as y nietos, tanto en su mención en el convenio regulador, como en la determinación de la medida por el juez, dando audiencia y prestando el consentimiento, los abuelos/as, en ambos casos; que igualmente, se determine un procedimiento específico para la fijación del régimen de visitas, como que se logre la armonización de esta normativa con la recientemente aprobada en materia de violencia doméstica, que impide el fraude de ley; y que se prevea también la decisión jurisdiccional de encomendar a los abuelos la tutela de forma excepcional; y, en el caso de acogimiento familiar de los menores, se regulen las relaciones y el régimen de visitas cuando los menores se encuentran en este régimen de protección. Si bien, aunque se ha prestado una mayor precisión en el tratamiento en *sede matrariae* al derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos, no se ha hecho con la profundidad que sería deseable y demandable.

IV. DERECHO A LAS RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS

Dos precisiones necesarias, antes de iniciar el estudio de este derecho. 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 si-

tuación de la pareja, cualquiera de los progenitores o ambos restringen o impiden totalmente la relación de cualquiera de sus padres con sus hijos (nietos); y, finalmente, cuando, como consecuencia del fallecimiento de uno de los progenitores, el cónyuge supérstite impide o pone trabas a la relación de sus hijos con los ascendientes del progenitor fallecido⁵¹.

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 2º y párrafo antepenúltimo y 94 párrafo 2º 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 derecho⁵², 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

⁵¹ COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., p. 81.

⁵² Vid., por todos TORRES PEREA, J. M., “El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos”, *La Ley 2001-4*, p. 1347, quien precisa que “en este sentido, el llamado ‘derecho de visita’ sería un género en el que se incardinarian 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 familiar, es decir, las diversas relaciones personales que puedan darse entre el menor y sus familiares”.

la terminología propuesta, lo que, asimismo, evita cualquier posible confusión sobre cómo debe entenderse este derecho⁵³.

Pues, bien, este derecho de relaciones personales entre abuelos y nietos se encuentra regulado en el artículo 160, que, tras la reforma por Ley 42/2003, sigue manteniendo en el Código Civil su encuadre en el Libro I “De las personas”, del Título VII “De las relaciones paterno-filiales”, Capítulo I “Disposiciones Generales”. Ubicación ésta que en el contexto de las relaciones paterno-filiales supone un límite legal a las potestades paternas, a la vez que un derecho de los hijos (nietos) dentro de esa misma relación⁵⁴, y no una prolongación, sustitución o suplencia de la patria potestad⁵⁵.

Lo que ha variado, sin embargo, es su contenido —al que tantas veces nos hemos referido a lo largo de nuestra exposición—, dotando de nueva redacción a los párrafos segundo y tercero de la siguiente forma:

⁵³ En este mismo sentido, COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., p. 39.

⁵⁴ 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”, *Anuario de Derecho Civil, 1996-I*, p. 948; GAYA SICILIA, R., “El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos”, *Anuario de Derecho Civil, 2002-I*, p. 94; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a., “Comentario al artículo 154 del Código Civil”, en *Comentarios al Ministerio de Justicia, T.I*, Madrid 1993, p. 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 concederse acción judicial a los posibles interesados en relacionarse con el niño “significa una intrusión más en la autonomía en el ejercicio de la patria potestad al conceder acción, y no sólo 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 una derecho que parece sorprendente”. *Vid.*, DE PRADA GONZÁLEZ, J. M^a., “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXV, 1982*, p. 389.

⁵⁵ Argumento en la doctrina francesa, así, SÉRIAUX, “Té père et mère honorées”. *Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1986, p. 267.

“No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente, deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

Ahora bien, aunque hasta la actual reforma —y lo hemos constatado— este derecho de relaciones entre abuelos y nietos no tenía constancia legal expresa, no obstante, ya al prepararse la reforma de la patria potestad, se pensó en los primeros trabajos prelegislativos de la Comisión General de Codificación en asegurar un derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, y más excepcionalmente, a otras personas, en línea similar a la del Código Civil francés⁵⁶. Así, Castán Vázquez presentó una Ponencia al Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación en febrero de 1978, en la que incluía una norma con el siguiente contenido:

“El padre y la madre no pueden impedir las relaciones personales entre su hijo y los abuelos de éste. Cuando los padres o alguno de ellos, alegara que tales relaciones son gravemente perjudiciales para el menor, el Juez decidirá lo procedente a la vista de las circunstancias, pudiendo reglar o suprimir el derecho de visita o de correspondencia de los abuelos. También podrá el Juez, en atención a las circunstancias que lo aconsejen, conceder tales derechos a otras personas”.

⁵⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, FCO., *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 116-117, alega que se puede encontrar justificación en esta propuesta de varias normas que permitieran un derecho de visita y comunicación con el menor *in potestate* a favor de los abuelos y/o parientes (sin concresión) en estos primeros trabajos preliminares a la reforma del Derecho de familia y material prelegislativo, en “razones jurídicas, unidas a otras metajurídicas (nueva sensibilidad social, debilitación progresiva del poder paterno y control sobre sus hijos, creciente protagonismo del menor y su esfera personal), más la repercusión aquí de la introducción del artículo 371.4 en el *Code* francés (Ley de 4 de julio de 1970)”.

Pero el Grupo, como el propio vocal explicó, al elaborar el primer borrador del Anteproyecto de Ley, aceptó lo esencial de esta norma, aunque sustituyó la alusión a los abuelos por otra, la de parientes, al entender que no sólo los abuelos, sino también otras personas de la familia, pueden tener interés en relacionarse con el menor, no como simple excepción posible, que es como se conoce en la Ponencia. En las propuestas que al Grupo presentó en abril siguiente el catedrático de Derecho Civil, Luis Díez-Picazo, mantenía la norma con el siguiente texto:

“El padre y la madre no podrán impedir las relaciones personales entre el hijo y los parientes de éste. Cuando los padres o alguno de ellos consideren que tales relaciones son gravemente perjudiciales para el menor, el Juez decidirá lo procedente a la vista de las circunstancias”⁵⁷.

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, con el siguiente contenido:

“El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad tiene el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otros de manera plena o conforme a lo dispuesto en 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”.

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

⁵⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Comentario al artículo 161 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. III, vol. 2º*, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, 1982, pp. 176-177.

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 adoptado 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*⁵⁸.

Pese a que inicialmente existiese un silencio legislativo, hasta la actual reforma, la jurisprudencia, sin embargo, 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 ésta y existir un cariño entre la abuela y sus nietas; el Tribunal declara que el hecho de la prohibición de comunicar-

⁵⁸ Precisa HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil”, *Actualidad Civil 2002-1*, p. 27, que “*ello se debe a que la Ley 21/1987 suprimió las dos clase 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 1º del Código Civil*”. Vid., HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La Ley 42/2003: relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados*, op. cit., p. 1740.

se 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 niñas⁵⁹. 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...”*⁶⁰.

A estas sentencias innovadoras en el tema, les han ido sucediendo otras, a las que nos referiremos a lo largo de nuestro estudio, donde se reconoce el derecho de relación de los menores con otros sujetos, en particular, con los abuelos. Un derecho de formación fundamentalmente jurisprudencial, lo que repercute en las amplias facultades discrecionales de que el juez dispone para concederlo o denegarlo.

⁵⁹ Colección completa publicada por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 220, vol. IV, julio-octubre de 1935, pp. 414 a 435. Ponente. José María Castán Tobeñas.

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, pp. 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, pp. 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, pp. 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.

⁶⁰ Una más amplia información sobre esta sentencia, en VIVES VILLAMAZARES, FCO., *El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*, Publicaciones del Tribunal Tutelar de menores de Valencia, 1950, pp. 77 a 82.

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 otros facultades, las 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”⁶¹.

1. *Naturaleza, fundamento y finalidad*

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 ello⁶².

⁶¹ 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 *El Derecho de visita. Teoría y praxis*, AAVV, Eunsa, Pamplona, 1982, p. 247; del mismo autor, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...*, op. cit., p. 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, Sancho 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., SANCHO REBULLIDA, FCO., *Elementos de Derecho Civil. T.IV Derecho de Familia, vol. 2º*, DE LACRUZ BERDEJO, J. L., Bosch, Barcelona 1989, p. 247.

⁶² Vid., por todos, COLÁS ESCADÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., p. 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, p. 450, quien señala que “la norma (el artículo

El artículo 161 del Código Civil, tras la reforma por Ley 42/2003, lo califica de derecho de los abuelos respecto de los nietos. Y, asimismo, el artículo 250.1.12 de la LEC, habla de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil.

Ahora bien, sobre la actual constatación legal, la coincidencia doctrinal y jurisprudencial se orienta a su calificación, esencialmente, como derecho; sin embargo, no es tal, cuando se pretende concretar la *naturaleza jurídica* de ese derecho. Al respecto se sustancian diversas posiciones:

Hay quienes 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, sino los del menor visitado, respecto de quien sí puede hablarse en puridad de un derecho subjetivo⁶³.

160.2 del Código Civil) 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, p. 203.

⁶³ VERDERA IZQUIERDO, B., “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”, *La Ley*, 2002-7, p. 1571; GAYA SICILIA, R., “El derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos”, *op. cit.*, p. 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.*, p. 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”, *op. cit.*, p. 1502; PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a., “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *op. cit.*, p. 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”; y, FLORIT CANALS, C., “El régimen de visitas en la práctica Judicial española”, *La Ley* 1989-4, p. 1069.

En esta misma línea, 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*”.

Otros afirman que estamos ante un derecho natural, derivado de la propia naturaleza humana⁶⁴.

Y no faltan algunos otros reputados autores, y cierta jurisprudencia menor⁶⁵, 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 a la intimidad, es más amplio que éste en extensión y contenido”⁶⁶. 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”⁶⁷.

res”; la de la Audiencia Provincial de Toledo, (sección 1^a), de 1 de diciembre de 1998 (AC 1998/2487); la de la Audiencia Provincial de Almería (sección 1^a) de 27 de enero de 1999 (AC 1999/387); y la de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 6^a) de 7 de mayo de 2001 (JUR 2001/168197).

⁶⁴ Así lo manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, si bien para el derecho de visita de los progenitores, de 30 de abril de 1991 (RJ 1991, 3108).

⁶⁵ 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).

⁶⁶ GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...*, op. cit., pp. 39 y 103; del mismo autor, “En torno al derecho de visitas”, op. cit., p. 247.

⁶⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, FCO., “El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria”, en *El derecho de visita. Teoría y praxis*, AAVV, Eunsa, Pamplona, 1982, pp. 236-237; del mismo autor, El derecho de visita, op. cit., p. 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 incluyible 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” (p. 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.

Finalmente, 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 ‘pseudo familiar o *cuasi familiar*’”⁶⁸.

Postura esta última con la que coincidimos, pues, como además se señala por la citada profesora, entre la enumeración de los derechos de la personalidad que hace nuestra Constitución no se incluye éste, ni tampoco su contenido coincide con el correspondiente a algunos de ellos⁶⁹; y, asimismo, que a diferencia de lo que acontece con las relaciones entre padres e hijos, en este tipo de relaciones no existe, en tanto en cuanto no se haya adoptado una medida, obligación de mantener tales relaciones.

En cuanto al *fundamento* sobre el que descansan estas relaciones personales entre abuelos y nietos, son varias las teorías que se han desarrollado en torno al mismo. Siguiendo en este punto la exposición minuciosa de las mismas, llevadas a cabo por Rivero Hernández en su obra⁷⁰, podemos citar las siguientes:

- *La teoría del interés de la sociedad en las relaciones familiares.* Afirman los partidarios de esta tesis que

cit., p. 966; BOTANA GARCÍA, G., “Derecho de visita de los abuelos”, *Actualidad Civil*, nº 5, marzo 2004, p. 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”.

⁶⁸ DÍAZ-ALABART, S., “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (artículo 160.2 del Código Civil)”, *op. cit.*, p. 354.

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

⁶⁹ DÍAZ-ALABART S., *Últ. Lug. Cit.*

⁷⁰ RIVERO HERNÁNDEZ FCO., *El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria...*, *op. cit.*, pp. 213 a 224.

“hay, en efecto, un interés social evidente en que queden salvaguardados los lazos de afecto que, la propia naturaleza ha creado entre las personas unidas por la sangre. La familia es la célula fundamental de la sociedad y la sociedad tiene interés en que las familias permanezcan unidas”. La justificación principal del derecho de visita estaría, esencialmente, en ese interés social, así entendido.

- *La teoría del abuso de la patria potestad.* Para esta construcción doctrinal, la procedencia y justificación del derecho de visita operaba sobre la base de que la denegación al peticionario por el titular de la patria potestad sin motivos serios supondría un grave abuso de tal derecho, abuso que no podría triunfar, ni ser protegido. Esta tesis fue la mantenida por la primera sentencia de la Corte de Casación francesa de 8 de julio de 1857 y por nuestros Tribunales en sus orígenes para conceder a los abuelos el derecho de visita de sus nietos (Sentencia Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1935; y la sentencia del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939, ya mencionadas).
- *La teoría del parentesco.* Los vínculos de parentesco que unen a abuelos y nietos han generado una fuerte relación personal, íntima, y profunda a nivel espiritual y afectivo, “que exige una continuidad en la mejor forma posible en las situaciones excepcionales o de crisis familiar que están en la base de esas visitas, comunicación y relaciones personales que se conceden precisamente para salvar aquella relación personal y afectiva amenazada”⁷¹.

⁷¹ Partidario de la misma se muestra GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...*, op. cit., pp. 37, 39 y 40. Y en la doctrina francesa GARÉ, *Le grands parents dans le droit de la famille*, op. cit., pp. 209 a 212, quien después de analizar las teorías que fundamentan el derecho de visitas, residenciadas en el deber de honrar y respetar que recae sobre los hijos, la autoridad parental o alguna modalidad o resto de la patria potestad, o en un arma contra los abusos de esta última, o, en fin, en el interés de la sociedad, llega a la conclusión de que el fundamento del derecho reconocido a los abuelos reside en

- *La teoría de la relación afectiva.* Se pone el acento en la relación de afecto, cariño que *une a los abuelos con los nietos*.
- *La teoría de la “naturaleza de las cosas”*, el sentido de la realidad natural (en palabras de Larenz). Una especie de imperativo categórico a nivel jurídico que determina que no se puede negar al padre, como a los abuelos, seguir relacionándose con su hijo y nieto respectivamente tras la separación o nulidad matrimonial. “La existencia de lazos biológicos o jurídicos que aparecen como más notorios no desplazan la relación afectiva, sino que se yuxtaponen, la preceden por exigencia de la propia realidad humana y, sobre todo, parecen jugar el más importante papel ya que por su propia fuerza y naturaleza permiten presumir el afecto y son más fácilmente objetivables y de mayor entidad jurídica. Pero, en última instancia, las visitas se van a conceder al que las pide precisamente porque ama al menor, no por su parentesco: con parentesco y sin cariño no habrá lugar a visitas; con proximidad afectiva, probada e indudable, puede haber lugar a éstas.
- Y, *la teoría del interés del menor (nieto)*. Las relaciones personales entre abuelos y nietos se justificarían para los partidarios de esta teoría, en el beneficio, provecho y en el interés prevalente que puede suponer para el nieto y para su desarrollo personal la relación con aquéllos⁷².

el vínculo de parentesco próximo que vincula a los abuelos con los nietos, con carácter de derecho natural o de derecho independiente y autónomo arraigado en el parentesco mismo (p. 210).

Si bien, como matiza acertadamente COLÁS ESCADÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, *op. cit.*, p. 57: “ciertamente el parentesco es un dato importante a tener en cuenta pero la adopción de esta tesis deja fundamentalmente, dos preguntas sin respuesta. La primera de ellas es la razón por la cual, en ocasiones, aunque exista una relación de parentesco, se niega o se suspende el derecho a las relaciones personales. Y, la segunda, pero no menos importante, la causa que fundamenta el reconocimiento del derecho a personas que no guardan relación de parentesco alguno (esos ‘allegados’ a los que alude el Código Civil, que no tienen que ser necesariamente parientes del menor o incapacitado)”.

⁷² Partidaria de esta teoría, COLÁS ESCADÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, *op. cit.*, pp. 58 a 64.

Esta teoría es, en nuestra opinión, la que mejor fundamenta estas relaciones de los abuelos con los nietos. Es 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 (artículo 94 párrafo 2º *in fine* del Código Civil). 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—; 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 menor⁷³.

En el sentido de esta teoría, también, se expresan 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 11 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 4681); el Auto de este Tribunal de 3 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3573). E igualmente en la jurisprudencia menor, las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos de 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000, 141670); de Barcelona de 21 de mayo de 2001 (*JUR*, 2001, 245126); de Badajoz de 9 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 44534); de Valencia, sección 10ª, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003/93272); y de Barcelona de 4 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 91617), entre otras.

⁷³ 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 2º.

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 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

No obstante, hay quien considera que el interés del nieto no es el único interés a considerar y el que necesariamente ha de fundamentar estas relaciones. Así Díaz Alabart afirma que se trata de un derecho que tienen los abuelos para relacionarse con el menor (nieto), como de éste para relacionarse con ellos:

“se trata de un derecho concedido a determinados sujetos para la satisfacción de un interés propio legítimo. Tan legítimo es el interés propio de tales familiares de relacionarse con el menor, como el del menor de relacionarse con ellos, aunque habitualmente se ponga el acento en que esta relación beneficia al menor en su desarrollo y equilibrio personal”.

Continúa la autora manifestando que

“la esencia de este derecho es la protección del interés de los dos sujetos implicados. No es que se proteja el interés del menor a través de la concesión de esa defensa de la posibilidad de relacionarse, sino que se trata de un interés mutuo, en el que no puede hablarse de que el de uno de los sujetos sea de ‘mejor categoría’ que el del otro. Ambos sujetos dan y obtienen beneficios personales de esa relación, ambos desarrollan su personalidad”⁷⁴.

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 Sevilla, sección 6^a, de 8 de junio de 2004 (*AC 2004/1076*). Y, 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)”, *Actualidad Civil, 2001-3*, p. 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, p. 1273; LINACERO DE LA FUENTE, M., “La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, *Actualidad Civil, 1999-4*, pp. 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”, *Actualidad Civil, 1997-I*, pp. 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.

⁷⁴ DÍAZ ALABART, S., *El derecho de relación personal entre el menor y sus padres...*, *op. cit.*, p. 356.

En esta misma línea se expresa García Pastor al entender que, en un plano práctico, aceptar que el interés del menor es el único fundamento del derecho de visita supondría la negación de éste cuando no reportase ningún beneficio para el menor, y es por ello que, a su juicio, no está la configuración que tiene este derecho en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual el interés del niño actúa como límite al derecho de visita, sino que la justificación está en otro lugar, puesto que se puede conceder un derecho de visita en función únicamente del pretendido titular de ese derecho⁷⁵.

Resultan —frente a estos argumentos expresados por los autores citados— acertadas las palabras de la profesora Colás Escadón cuando pone de manifiesto que

*“el único interés que se debe proteger es el del nieto. Otra cosa es que, al tratar de satisfacer los intereses del nieto, resulten también beneficiados otros sujetos, en este caso los abuelos (...). El interés de estos ascendientes es algo secundario”*⁷⁶.

Con relación a la *finalidad* de estas relaciones personales, señalar, finalmente, que —enlazando con lo que representa el fundamento de las mismas—, es la de lograr un desarrollo integral del menor (nieto), resultando para ello esencial el mantenimiento de estas relaciones con sus abuelos basadas en el afecto y en el cariño, que tanto beneficio le reportan. No olvidemos que, como se ha constatado, en la sociedad actual, los abuelos representan un indudable apoyo para el menor, al poder acudir a ellos, y trasladar a los menores su propia experiencia vital, así,

⁷⁵ GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 231. Igualmente, DE PRADA GONZÁLEZ, J. M^a., “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *op. cit.*, p. 389, quien precisa que “el juez no parece en este precepto (artículo 161 del Código Civil) 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”.

⁷⁶ COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, *op. cit.*, pp. 64-65. En este mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., “Comentario al artículo 161 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid 1984, p. 1076; y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de febrero de 2001 (*RJ 2001, 8174*).

como ayudarles y aconsejarles. Vienen a ser una referencia esencial para su evolución como persona, que cada vez se muestra más cercana a lo que representa el modelo de vida del menor (nieto).

2. *Caracteres*

La doctrina coincide en otorgar a este derecho los caracteres propios de los derechos personales típicos del Derechos de familia⁷⁷. Así, se indica que se trata de un derecho de carácter *personalísimo e inalienable* por estar vinculado a la persona de sus titulares, de modo que sólo puede ser solicitado y ejercido por ellos. No cabe posibilidad de delegación, ni permanente ni temporal de su ejercicio, ni pretender que el uso del mismo tenga lugar por medio de representante. También se trata de un derecho *irrenunciable* de modo absoluto con carácter preventivo⁷⁸. Los titulares pueden o no ejercerlo, con las consecuencias que, de su no ejercicio se deriven a efectos de una eventual responsabilidad civil para el sujeto no colaborador, pero bajo ningún concepto pueden renunciar al mismo, y, aunque se formalice en documento notarial (por ejemplo, un convenio regulador formalizado notarialmente), la renuncia es nula de pleno derecho. En principio *no prescribe ni caduca*, a menos que el juez al concederlo haya fijado un plazo para su ejercicio⁷⁹. El que sus titulares no hagan uso del mismo no determina la pérdida de la facultad de poder ejercitarlo. Ahora bien, no se trata de un derecho de carácter perpetuo, sino temporal, susceptible de extinción de forma irremedia-

⁷⁷ Tomando como referencia la enumeración de COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, *op. cit.*, pp. 44-46.

Vid., también GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...*, *op. cit.*, pp. 133 a 136; RIVERO HERNÁNDEZ, FCO., *El derecho de visita*, *op. cit.*, pp. 399 a 404.

⁷⁸ Posición semejante (irrenunciabilidad) en la doctrina francesa, VINEY, G., “Du droit de visite”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1965, p. 250.

⁷⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 13 de junio de 1992 (AC 1992/877) lo califica de naturaleza extrapatrimonial, innegociable e im-prescriptible.

ble, si concurren determinadas circunstancias, como la mayoría de edad del nieto, el fallecimiento del nieto o del abuelo. Es un derecho de *carácter variable*, no sólo en la configuración de su contenido inicial, sino también en su ulterior modificación, una vez concedido; *relativo*, por ser, en cada caso, distintas las personas a quienes relaciona y las circunstancias concurrentes⁸⁰; y, asimismo, se encuentra sustraído en lo sustancial al ámbito de autonomía de la voluntad de los intervenientes, en cuanto no pueden tomar decisiones con relación a la concesión o no del derecho, lo que no prejuzga la posibilidad de que lleguen a acuerdos acerca del modo de ejercerlo; y es independiente de su origen causal, pues, en el momento de otorgarse, el juez prescindirá de los posibles aspectos de culpabilidad que eventualmente hubieran provocado la falta o ruptura de relaciones entre los abuelos y el menor (nieto)⁸¹. Y, finalmente, se trata de un derecho eminentemente relativo en función de las personas a quienes relaciona y de las circunstancias⁸²; está claramente subordinado al interés del menor; sigue siendo por su origen un derecho de constitución judicial, en la mayoría de las ocasiones, y como derecho autónomo respecto del derecho correspondiente al del progenitor no custodio, no es subsidiario del mismo, ni es, ni ha sido, un derecho absoluto e incondicionado, pues debe atender el juez al interés del menor, para determinar, conforme a las circunstancias concurrentes, su concesión o no.

3. *Elementos personales.*

Titulares del derecho a las relaciones personales

La doctrina mantiene dos posturas en torno a esta cuestión. La de quienes entienden que nos encontramos ante

⁸⁰ BOTANA GARCÍA, A., *Derecho de visita de los abuelos*, op. cit., p. 551.

⁸¹ BOTANA GARCÍA, A., *Derecho de visita de los abuelos*, op. cit., p. 552.

⁸² RIVERO HERNÁNDEZ, FCO., *El derecho de visita*, op. cit., p. 403 precisa que “una misma situación objetiva puede dar lugar, entre distintos interesados, a la concesión o a la denegación de tal derecho, o a un régimen de visitas muy distinto en unos casos y otros. La mera modificación del régimen, y aún la suspensión o supresión de las visitas en términos y con el alcance que conocemos”.

una relación que se sustenta sobre un derecho establecido tanto en beneficio de los abuelos como del nieto, sobre la base de que cualquiera de ellos pueden solicitarlo⁸³.

Y la de quienes, sin embargo, sostienen que los únicos titulares son los abuelos, de tal modo que la solicitud del mismo sólo podría provenir de una de las partes de la relación. En este caso el sujeto activo del derecho serían los abuelos, y el pasivo los nietos, a diferencia de la primera opción, donde el nieto sería sujeto tanto activo como pasivo, dependiendo sólo de quien plantease la solicitud.

Sobre la base legal que proporciona el artículo 160.3º del Código Civil, y más cercana a su contenido, se encuentra la primera de las posturas mencionadas. El Juez resolverá, no sólo a petición de los abuelos, sino del menor, si posee la madurez suficiente, en caso de oposición de los progenitores, a los efectos de reconocer y concretar este derecho a relacionarse con sus abuelos, establecido en el párrafo 2º del citado precepto. De no poseer el menor la madurez suficiente y de persistir la negativa de los progenitores podrán nombrarse un defensor judicial (artículo 163.1º del Código Civil) ante el conflicto de intereses existentes, siendo, en último término, factible el recurso al Ministerio Fiscal. No obstante, de no existir esta oposición de los padres a tales relaciones, y no teniendo el menor suficiente madurez para solicitarlas, como representantes legales corresponde a los mismos en nombre del hijo acudir al Juez y solicitar su aprobación.

Siendo, por tanto, ambos los titulares activos de este derecho, conviene hacer una serie de precisiones en torno a tales sujetos. Con relación a los *nietos*, que, además, son

⁸³ DÍAZ ALABART, S., *El derecho de relación personal entre el menor...*, op. cit., pp. 355 y 356; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 15; COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., pp. 68-69; CARBAJO GONZÁLEZ, J., *El derecho de relación con parientes y allegados...*, op. cit., p. 1505. Y 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*).

sujetos pasivos del derecho, cuando la solicitud provenga de los abuelos, adquiere plena operatividad la titularidad de este derecho a relacionarse con éstos, reconocido expresamente en el artículo 160.3º, cuando se trata de nietos menores de edad no emancipados; pues, alcanzada la mayoría de edad por éstos, nada les impide, ni se les puede imponer bajo ningún concepto que se sustente en su beneficio o interés ese derecho a relacionarse con sus abuelos, ya que sólo a ellos les corresponde con plena libertad la elección de con quien desean relacionarse. Ahora bien, si alcanzada la mayoría de edad se encuentran incapacitados, aunque no se menciona a tales sujetos en el artículo 160.2º y 3º, sí se emplea en su párrafo 2º el término genérico de “hijo” frente al de “menor” de su párrafo 3º, 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 ejercitártalo por sí mismos, siempre que lo permita la sentencia de incapacitación (artículo 210 del Código Civil); y de no ser así, por sus representantes legales; y ante una negativa de los mismos, podría solicitarse el nombramiento de un defensor judicial⁸⁴.

Ahora bien, si se trata de menores emancipados resulta trasladable lo indicado para los mayores de edad, pues, tal como dispone el artículo 323 del Código Civil, el menor emancipado rige su persona y sus bienes como si fuera mayor de edad, salvo para la realización de determinados

⁸⁴ 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., p. 363; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria*, op. cit., p. 200; COLAS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., p. 71; RIVERA ÁLVAREZ, J. M., “El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad: artículo 160.2º y 3º párrafos del Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, septiembre 2000, p. 650; GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...*, op. cit., p. 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”.

actos que exigirá el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos de su curador⁸⁵.

En cuanto a los *abuelos*, como titulares también de este derecho, no tienen límite máximo de edad debe entenderse que se incluye bajo tal expresión, tanto a los abuelos maternos como paternos, con independencia de que la filiación sea matrimonial o extramatrimonial, adoptiva, o incluso simplemente exista una relación biológica derivada de la adopción por terceros de su nieto. Lo importante es que exista un lazo de parentesco entre ambos. Asimismo, es indiferente el estado civil de los abuelos: pueden ser divorciados, viudos, separados.

Como ascendientes del menor, a los abuelos se les atribuye expresamente este derecho, pero es posible trasladar dicha atribución a otros ascendientes como los bisabuelos, incluso, los tatarabuelos. Resulta lógico plantearlo, si recordamos lo que expusimos en líneas precedentes, sobre el aumento en la esperanza de vida, y como hoy es posible que en el seno de una familia exista más de una generación viva. Nada parece impedir dotar a lo dispuesto en el artículo 160.2º de una interpretación amplia, 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 éstas⁸⁶.

En la doctrina francesa se habla también de los *abuelos en sentido sociológico*, concepto muy amplio, en el que pueden incluirse al nuevo cónyuge del abuelo o

⁸⁵ De la misma opinión, COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., p. 73.

Sin embargo, GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...*, op. cit., p. 138, señala que cuando el Código Civil habla de menor y menor de edad, incluye en los mismos a los menores emancipados, dándoles el mismo tratamiento que a los menores de edad no emancipados.

⁸⁶ En este mismo sentido, COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., pp. 70-71; TORRES PEREA, J. M., *El artículo 160.2 y 3 del Código Civil...*, op. cit., p. 1347; y la sentencia del Tribunal Supremo 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”.

abuela que puede haber tenido una relación estrecha y un trato familiar y afectuoso con el menor (nieto). En nuestro ordenamiento encajaría la posibilidad de relación de éste con estos abuelos en sentido sociológico, en su consideración como “*allegados*” (artículo 160.2 del Código Civil)⁸⁷.

En cuanto a las *personas gravadas con este derecho*, hay que señalar, en primer lugar, a los padres, que ejercen la patria potestad o son titulares de la misma con derecho de visita y comunicación. Y, en segundo lugar, al tutor o tutores, los acogedores; y los guardadores de hecho del menor de edad.

4. Elemento real del derecho a las relaciones personales: Contenido

Sobre el contenido de este derecho de visita de los abuelos, nuevamente, el artículo 160.2 se manifiesta con 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”⁸⁸.

⁸⁷ Vid., GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre abuelos y nietos...*, op. cit., pp. 52-53 y 138, quien, asimismo, se refiere a la sentencia de la Sala de lo Civil de la Cour de Cassation de 17 de mayo de 1972 que otorga derecho de visita a la abuela y a su segundo marido, el cual había educado al padre del menor como a un hijo, con quien había mantenido trato familiar, lo que justificaba el trato excepcional invocado.

⁸⁸ LETE DEL RÍO, J. M., *El derecho de visita de los abuelos*, op. cit., p. 149.

En la doctrina es, asimismo, opinión común que las “relaciones personales” del artículo 160.2 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. Se opta por un sentido amplio, frente al estricto de un “derecho de visitas” equivalente a un puntual contacto entre el abuelo y el menor con ocasión del desplazamiento del propio abuelo al domicilio donde reside el menor (nieto)⁸⁹.

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 y que abarca un amplio abanico de situaciones⁹⁰. 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 menor⁹¹.

Con respecto al derecho de visita *strictu sensu* habrá de determinarse si ha de tener lugar en el domicilio del nieto o de los abuelos, 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 recientemente creados puntos de encuentro familiar⁹²; igualmente,

⁸⁹ TORRES PEREA, J. M., “El artículo 160.2 y 3 del Código Civil”..., *op. cit.*, pp. 1347, 1352 y 1353.

⁹⁰ 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*).

⁹¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (*RJ 2004, 4321*).

⁹² 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

se fijará el tiempo que durarán las mismas; y si en su desarrollo debe estar necesariamente presente uno de los progenitores, 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 aquélla, 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 domicilio⁹³. Esta opción deberá ser acordada por las partes implicadas, 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,

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”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, núm. 565, 13 de febrero de 2003, pp. 1 a 5. Asimismo, 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*); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24^a), de 30 de septiembre de 2004 (*JUR 2005/8841*).

⁹³ *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 JOAN EGEA FERNÁNDEZ, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, mayo-agosto 2005, pp. 747 a 764.

podrá establecerse tal facultad. 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 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 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, tomando en cuenta en todo caso las circunstancias especiales que en cada supuesto concurren. La razón de este distinto tratamiento es doble: “la intensa vinculación del hijo menor con los padres (más necesitados de éstos que de sus abuelos) y el deber del progenitor con derecho de visita y titular de la patria potestad de ejercitar ésta, precisamente con ocasión de sus contactos con el menor”⁹⁴. En este contexto, no puede descartarse que el juez

⁹⁴ En este mismo sentido, GAYA SICILIA, R., *El derecho de los abuelos a relacionarse...*, *op. cit.*, p. 98; VERDERA IZQUIERDO, B., *Anotaciones sobre el...*, *op. cit.*, p. 8; LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de visita...*, *op. cit.*, p. 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).

suprime 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.

5. *Elemento Formal. Formas de ejercitar el derecho de relación 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.

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. 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 sólo puede ser apreciada por los cónyuges, quienes tendrán únicamente como límite, cuando opten libremente por esta posibilidad, el del interés del menor⁹⁵. De forma que el juez en

⁹⁵ ARIAS DÍAZ, M.^a. D., *Reflexiones acerca de la Ley 42/2003..., op. cit.*, p. 2.

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 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, tal como expusimos, 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. Y añade de la necesidad de previa audiencia a los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. 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 10 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. 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 nietos⁹⁶.

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, éstos 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

⁹⁶ ARIAS DÍAZ, M^a. D., *Últ. Lug. Cit.* 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 improcedente, ya que podrán constituir una vía de fácil chantaje institucionalizado a los padres que se separan o divorcian”.

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 con suficientes condiciones de madurez, la obligación a las autoridades administrativas y judiciales a dar audiencia a estos menores en todos los procedimientos que les afecten, entre los que se encuentra éste que estamos analizando. Una audiencia que 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.). En todo caso, 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 considerando 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 concesión⁹⁷.

⁹⁷ 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*).

De modificarse el convenio y suprimir la mención de derecho de visitas de los abuelos, a éstos 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 (artículo 160 antepenúltimo apartado *in fine*).

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, por tanto, no se presentó convenio regulador, en estos supuestos el Juez, tal como dispone el artículo 94 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 mismo⁹⁸. 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 aquél, para este supuesto, se va a exigir, asimismo, la audiencia a los progenitores del menor⁹⁹.

Igualmente, *vid.*, con carácter general la Sentencia del Tribunal Constitucional 178/2003, (Sala Primera), de 13 de octubre. *Ponente*. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en la que se 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*. D. Guillermo Jiménez Sánchez, ante el caso de una menor de más de 12 años que no fue oída por la Audiencia Provincial en un procedimiento de oposición de la madre a la declaración de desamparo.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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”, *Al Día, In-*

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 aquél, 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 que deben ser tramitadas a través del juicio verbal¹⁰⁰. 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; 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 (artículo 769 LEC)¹⁰¹.

formación Jurídica, núm. 47, abril 2004, p. 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 cual 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”.

¹⁰⁰ Señala COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de nietos con los abuelos...*, *op. cit.*, p. 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 núm. 13, puesto que el número 12 fue introducido anteriormente por el artículo 1.7º 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”.

¹⁰¹ 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

No obstante, en estos casos, es conveniente, antes de iniciar el proceso, sobre la base sustantiva del derecho reconocido en el artículo 160, que tanto el abuelo como el nieto intenten llegar a un acuerdo con los progenitores de éste, que les permita comenzar o reanudar, si ya existían, las relaciones. Estos acuerdos a los que eventualmente se llegue 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 que, en cualquier caso, siempre estarán 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 menor¹⁰².

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 éste puede integrar una justa causa prevista en el artículo 160, párrafo 2º, y, asimismo, puede ser también

abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre”, *Actualidad Civil*, núm. 4, Febrero de 2005, pp. 403-413.

¹⁰² Señala VIVES LLAMAZARES, Fco., *El derecho de los ascendientes al trato...*, *op. cit.*, p. 120, que la eficacia del pacto entre ascendientes y padres tiene nada más que un valor puramente provisional; mientras que, para RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., *El derecho de visita*, *op. cit.*, p. 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 aquél 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 ineeficacia 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).

causa de suspensión temporal de la visita ya otorgada o de la adopción de medidas cautelares que eviten que nuevos actos violentos se occasionen por la concesión de un derecho de visitas¹⁰³.

Desde las bases expuestas, son dos los supuestos procedimentales sobre los que hacer efectivo el derecho de los abuelos y los nietos a relacionarse: 1º La tramitación a través de juicio verbal de las reclamaciones derivadas del artículo 160 del Código Civil; 2º 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 (artículos 90 y 94 del Código Civil), que seguirán el proceso matrimonial que corresponda respecto del cual aquel derecho a relacionarse de abuelos y nietos representa una mera incidencia¹⁰⁴. En este caso, la mayoría de los procesos matrimoniales se traman también por el juicio verbal, distinguiéndose en palabras de Colás Escandón tres casos¹⁰⁵:

- 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

¹⁰³ Este párrafo no figuraba en el Proyecto de Reforma; fue incorporado, como ya expusimos, vía enmienda (núm. 42) del Grupo Popular en el Congreso.

¹⁰⁴ GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos..., op. cit.*, pp. 126 nota 77, 128 y 154, quien añade, además, con respecto al juicio verbal especial del artículo 250.1.12º 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 sólo se autoriza aquél cuando presente interés casacional (artículo 477.2.3º de la LEC).

¹⁰⁵ COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con los abuelos..., op. cit.*, pp. 166 a 169.

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 artículo 160 o el de los artículos 90, 94 y 103 del Código Civil—, 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.

6. 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 se define expresamente que debe entenderse como “*justa causa*”, y cuáles pueden ser las mismas, sino simplemente manifiesta que de concurrir la misma, conlleva la denegación del derecho de los abuelos a relacionarse personalmente con sus nietos. 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 derecho¹⁰⁶. Habrá, en consecuencia, que considerar y analizar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes para determinar si es o no conveniente

¹⁰⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *El derecho de los abuelos a relacionarse...*, op. cit., p. 20.

te 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 (artículo 94 del Código Civil) 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”¹⁰⁷. Opina, por su parte, Bercovitz¹⁰⁸ que:

“en la justa causa debe predominar el interés del hijo, aunque éste no debe ser incompatible en principio con la ponderación de los intereses de otros miembros de la familia (los llamados intereses familiares)”.

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 otro, variadas las circunstancias, no sea así.

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 justifiquen la denegación o suspensión del derecho¹⁰⁹:

- 1º. Los malos tratos físicos o psíquicos infligidos al nieto por los abuelos, o a la inversa.
- 2º. Las malas relaciones existentes entre nieto y abuelos.
- 3º. 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.

¹⁰⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., *El derecho de visita. Ensayo de una construcción...*, op. cit., p. 177.

¹⁰⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 161 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, coord. AMORÓS GUARDIOLA, vol. II, ed. Tecnos, Madrid 1984, p. 1076.

¹⁰⁹ Siguiendo aquí a COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con los abuelos...*, op. cit., pp. 141 a 155; SALANOVA VILLANUEVA, M., *Notas sobre el derecho de los abuelos a...*, op. cit., pp. 952 a 958.

- 4º. 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 sólo darán lugar a una suspensión temporal de la relación¹¹⁰.
- 5º. La drogodependencia o alcoholismo de los abuelos o de las personas de su entorno.
- 6º. El peligro de que el contacto con los abuelos impida la recuperación psicológica de los nietos.
- 7º. El incumplimiento por los abuelos de lo previsto en el artículo 160 párrafo 3º 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.
- 8º. El padecimiento por el nieto de una enfermedad o deficiencia que requiera un cuidado especial, que no pueden los abuelos proporcionarle.
- 9º. 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).

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

¹¹⁰ Añadir que el riesgo de infección en la enfermedad contagiosa debe ser tal que no se elimine con una sencillas medidas de profilaxis, *vid.*, en este sentido, DÍAZ ALABART, S., *El derecho de relación personal entre el menor...*, *op. cit.*, p. 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.

- 1º. La sola opinión del guardador respecto de la influencia negativa sobre el menor de las visitas de los abuelos.
- 2º. Las malas relaciones o las desavenencias entre el progenitor (guardador) y los abuelos —presupuestadas en el mismo hecho del litigio— que sólo en el caso extremo, de que llegarán a desestabilizar al menor, serían relevantes¹¹¹.
- 3º. 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 éste, su derecho de visita entraría en con-

¹¹¹ 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—, éstas 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 parte 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”; y la sentencia 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” (*Fundamento de Derecho Segundo*).

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).

flicto con lo que el artículo 154 Código Civil reconoce única y exclusivamente a los padres.

- 4º. 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 éste 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.
- 5º. La falta de relación entre abuelo y nieto.
- 6º. El ingreso en prisión del abuelo/a¹¹².
- 7º. La tendencia sexual de los abuelos¹¹³.
- 8º. El divorcio o nuevo matrimonio —unión de hecho— de los abuelos¹¹⁴.

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 aquéllos 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 éste.

7. La negativa al cumplimiento del derecho a las relaciones personales de los abuelos y los nietos

Como pusimos de manifiesto en líneas precedentes, si bien el legislador de la Ley 42/2003 ha reconocido expresa-

¹¹² TORRES PEREA, J. M., *El artículo 160.2 y 3 del Código Civil...*, op. cit., p. 7.

¹¹³ COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos*, op. cit., p. 161; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, op. cit., pp. 250-252.

¹¹⁴ COLÁS ESCANDÓN, A., *Út. Lug. Cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nietos...*, op. cit., p. 152.

mente un derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, sin embargo, no lo ha desarrollado con la extensión que sería deseable, originando unas lagunas legales que exigirían un complemento de las mismas con las aportaciones de la doctrina y jurisprudencia. En concreto, y a los efectos que nos interesa en este apartado, el artículo 160.2 del Código Civil simplemente se limita a afirmar —con el alcance puesto de manifiesto en líneas precedentes— que “*no podrá impedirse sin justa causa*” las relaciones abuelos-nietos. No se especifica cuales serán las consecuencias que se pueden derivar de las acciones que impidan el normal desenvolvimiento del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos. Unas acciones que pueden provenir tanto de los progenitores, tutores o guardadores de hecho del menor (nieto), como del propio nieto o de los abuelos, o incluso de un tercero. Ni tampoco se señala nada acerca de los efectos que pueden derivarse de un eventual incumplimiento de ese derecho.

En este contexto, la negativa, sin justa causa probada, a facilitar el desarrollo del derecho reconocido judicialmente o fijado de forma convencional en un convenio o, eventualmente, en un acuerdo de las partes —en situaciones de no crisis matrimonial—, puede provenir, como hemos indicado, de *los progenitores, de los tutores o guardadores de hecho*. Ante tal actitud, una opción posible pasaría por imponer a éstos el cumplimiento del acuerdo judicial, como indica Rivero Hernández, mediante ejecución forzosa, *manu militari*¹¹⁵. Lo que, a nuestro entender, no casa bien, en principio, con lo esencial en este derecho, como es el lograr lo que resulta más beneficioso para el desarrollo integral del menor¹¹⁶. Parece mejor opción aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 776.3 de la LEC relativo a la modificación del régimen de visitas ante el in-

¹¹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., *El derecho de visitas*, op. cit., pp. 294-295.

¹¹⁶ De la misma opinión y en contra de lo propuesto por RIVERO HERNÁNDEZ, GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos*, op. cit., p. 169; COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., p. 125.

cumplimiento del mismo por el progenitor no custodio¹¹⁷. La sanción que se contiene en dicho precepto podría hacerse extensible al supuesto sobre el que estamos trabajando y determinar —si las visitas habitualmente se deben llevar a cabo en el domicilio del menor y a los abuelos se impide el acceso al mismo—, una modificación de las mismas, y proceder, en consecuencia, a su realización en otro lugar, por ejemplo, un Punto de encuentro familiar. Cuando la negativa es no trasladar al menor al lugar convenido para la visita, se podrá solicitar el nombramiento de un defensor judicial, al producirse un claro conflicto entre los intereses del menor y el de sus progenitores, correspondiendo a aquél, en sustitución de los representantes legales, el procurar el adecuado cumplimiento de este derecho de visitas. Se podrá, por tanto, modificar el ejercicio del derecho en la medida que permita su cumplido desarrollo en los términos fijados¹¹⁸. Resulta, quizás más accesible la ejecución de dichos planteamientos cuando la medida en que se reconoce el derecho ha sido acordada judicialmente. De hecho, es posible la imposición de una multa pecuniaria a los padres, tutores o guardadores de hecho, por incumplimiento de lo dispuesto en una resolución judicial, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 776.2 de la LEC. No obstante, de existir un acuerdo, de los llamados de Derecho privado, nada impide que por la propia natu-

¹¹⁷ COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos*, op. cit., pp. 125-126.

¹¹⁸ La sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, sección 4^a, de 20 de diciembre de 2002 (*JUR 2003, 424863*), donde se apunta con acierto que el principal conflicto que se observa no es entre las partes y la niña, sino entre los adultos entre sí, lo que, desde luego, deriva el problema hacia la menor y su bienestar, aunque sea de forma indirecta y mediata. A continuación, añade el tribunal que la conclusión que se adopta en el Informe pericial psicológico es que el mantenimiento de las visitas continuadas resulta conveniente si se atiende a las necesidades de la menor, aunque, a continuación, se condicione a determinadas circunstancias concurrentes. Llegados a este punto, la Sala concede un régimen de visitas consistente en dos horas quincenales en domingos alternos. Se añade la instauración de un seguimiento bimensual por los técnicos adscritos al Juzgado de Familia de procedencia o por los servicios sociales de la localidad de Esporles, a fin de valorar el grado de evolución y desarrollo de lo resuelto y el grado de eficaz colaboración en su cumplimiento.

raleza 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.

Lo que no resulta posible en estos casos —pese a la opinión de Rivero Hernández, el cual afirma que en estos supuestos puede ser útil y a veces inevitable la sanción penal por un delito de desobediencia a la autoridad¹¹⁹— es considerar punible la conducta de quien ostentando la guarda y custodia impide el ejercicio legítimo del régimen de visitas fijado en una resolución judicial al otro progenitor, o a otra persona con derecho para exigirlo, como tampoco aplicar la misma sanción penal al que incumple el régimen fijado¹²⁰; ni viene, en fin, a constituir causa por la que privar total o parcialmente a los padres de la patria potestad, pues la conducta negativa de éstos no es asimilable al *incumplimiento de un deber derivado de la patria potestad* (artículo 170.1 del Código Civil)¹²¹.

No obstante, esta negativa de los padres a permitir el trato de sus hijos con los abuelos, si ha habido una justa causa, probada en juicio, será una actitud lícita.

Ahora bien, como hemos indicado, aparte de las personas mencionadas, la negativa puede provenir de los titulares activos del derecho, tanto de los abuelos como del nieto. Con respecto a los primeros, 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 de nuevo analógicamente, lo previsto en el artículo 776.3º 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

¹¹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., *El derecho de visitas*, op. cit., p. 287.

¹²⁰ De la misma opinión, COLAS ESCADÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., pp. 136-137; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *El derecho de los abuelos a relacionarse...*, op. cit., p. 31.

¹²¹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *Últ. Lug. Cit.*

beneficio para el desarrollo integral del menor. Que si bien es cierto que existe una relación afectiva, natural, derivada del parentesco y de los vínculos de sangre, entre los sujetos implicados que es preciso fomentar, y que se sustenta sobre la, tantas veces reiterada, presunción *iuris tantum* de que dicha relación es conveniente, cuando la misma deja de existir, y, por ende, los principios afectivos sobre los que se fundamenta, no tiene sentido mantenerla. Lo que no impide su reclamación judicial en cualquier momento por quien está especialmente interesado, el nieto, como igualmente el hecho de que se considere justa causa para su no concesión precisamente esa negativa de los abuelos a relacionarse, acompañada de una falta de afecto e interés por parte de los mismos.

Resulta igualmente trasladable a este supuesto lo indicado ante la negativa de los progenitores, con relación a la multa por incumplimiento de una resolución judicial o la indemnización de daños y perjuicios derivados, igualmente, del incumplimiento de lo fijado en un acuerdo entre las partes.

En relación a que la negativa a mantener relaciones personales con sus abuelos provenga del *nieto*, exigirá —el fundamento básico de las mismas, tantas veces reiterado, como es el interés del menor— analizar la causa de tal negativa. Si la misma viene predeterminada por una influencia negativa de los progenitores, y ha habido previamente contacto entre abuelos y nietos, que ha quedado interrumpido como consecuencia de las malas relaciones de aquéllos con los padres, deberá intentarse su reanudación en los términos fijados inicialmente, si el tiempo transcurrido desde la interrupción de las relaciones no ha sido excesivamente amplio; pero si lo ha sido, el interés del menor impondrá una reanudación de las mismas de forma gradual, evitando en ambos casos que las mismas tengan lugar en presencia de los progenitores. En todo caso, de lo que no cabe duda es de que la relación ha de ser continuada, sobre la base de una relación afectiva previa, cuando la ruptura pueda suponer un daño real y actual al menor, contrario a su interés. Ahora bien, de existir influencia de

los progenitores, pero no contacto anterior entre abuelos y nietos, el inicio de las mismas deberá ser, desde un principio, igualmente, de forma gradual, unos primeros contactos telefónicos o epistolares, para luego intentar un contacto personal, en forma de visita, procurando no perjudicar al menor; y, también, en ausencia de los progenitores. Si bien, en todos los casos mencionados, en la configuración del derecho de visitas, tendrá influencia decisiva la edad del menor.

Pero, si la causa de la negativa es derivada de unas malas relaciones, no influenciadas, de los nietos con sus abuelos, sean o no éstos los culpables de esta situación, en aras de lograr el beneficio del menor, corresponderá a los progenitores o, en su defecto, al juez determinar si es o no posible fomentar el inicio de tales relaciones o, en su caso, la reanudación de las mismas, que, en cualquier caso, deberá ser igualmente gradual, y en la que también se deberá tener presente la edad del menor. Lo que está claro, es que si el rechazo del menor es de tal intensidad que haga peligrar su equilibrio psíquico, se debe impedir el establecimiento de tales relaciones.

8. 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 aquél. 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, siem-

pre que lo aconseje, y aun siendo reiterativos, el interés del menor. 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 suficiente 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 éstos de sus obligaciones establecidas en el régimen de relaciones personales, así, por ejemplo, porque no cumplan los horarios establecidos; retengan al menor; le telefoneen continuamente, etc., pueden aconsejar la adopción de esta medida.

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 anterior¹²².

Ahora bien, aún tratándose de un derecho de carácter imprescriptible e irrenunciable, tal como hemos destacado

¹²² En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., *El derecho de visita. Ensayo...*, op. cit., pp. 193 a 196; ROCA TRIAS, E., "Comentario al artículo 94 del Código Civil", *Comentario del Código Civil, T. I*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 395.

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:

- 1º. 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;
- 2º. 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,
- 3º. Haya transcurrido el plazo perentorio de ejercicio fijado por el juez al concederlo.

V. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS NIETOS A LOS ABUELOS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 103 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 103.1^a, párrafo segundo modificado por la actual reforma, pese a la expresión que emplea “*confiriéndoles las funciones tutelares*”, no se refiere necesariamente al nombramiento de los abuelos como tutores, aunque es posible, como veremos, que el juez opte por tal nombramiento, sino que principalmente atribuye la guarda y custodia del nieto a los abuelos como medida provisional, que puede adoptar el juez, una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio de un matrimonio¹²³.

¹²³ Artículo 103.1^a, párrafo 2º: “*Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez*”.

La adopción de esta medida tiene carácter excepcional, tal como se dispone en el citado precepto, ya que implica una limitación en el ejercicio de la patria potestad de los progenitores del menor (nieto). Asimismo, el fundamento de la misma reside, de nuevo, en la defensa del interés del menor, que debe prevalecer sobre el de sus progenitores, tutores u otros guardadores y abuelos.

Aunque se atribuye la guarda y custodia a los abuelos, los padres siguen ostentando y son titulares de la patria potestad¹²⁴, no compartiendo dicha titularidad con los abuelos, de suerte que nos encontramos ante un supuesto de custodia compartida, ni tengan que ser necesariamente privados de la misma¹²⁵.

Si bien esta medida resulta operativa en los procesos de nulidad, separación o divorcio de los progenitores, no impide que, fuera de estos supuestos, en casos de privación de la patria potestad, se atribuya a los abuelos la guarda y custodia del nieto, hasta que tenga lugar el nombramiento de tutor¹²⁶; o que, se puede adoptar, igualmente, al margen de tales procedimientos, siempre que el interés del menor así lo requiera.

Ahora bien, para que surta efecto es necesario que, por un lado, nos encontramos ante situaciones como: enfermedad o drogodependencia de los padres; la desatención o abandono del menor por los mismos, que genere una situación de desamparo; los malos tratos infringidos a los menores; la ausencia de los progenitores; el ingreso en pri-

¹²⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 1992 (*RJ 1992/1271*); del mismo Tribunal, la de 29 de marzo de 2001 (*RJ 2001, 9852*); las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares, (sección 4^a), de 23 de enero de 2001 (*JUR 2001/121932*); y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, (sección 1^a), de 14 de enero de 2002 (*AC 2002/204*); y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, (sección 18^a), de 14 de julio de 2004 (*JUR 2004/218241*).

¹²⁵ En sentido contrario, GARCÍA PASTOR M., *La situación jurídica..., op. cit.*, pp. 105-106, quien señala que con la atribución a los abuelos de la guarda y custodia en sede de medidas provisionales, los padres quedarán suspendidos provisionalmente de su patria potestad.

¹²⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2003 (*RJ 2003, 6400*).

sión del progenitor, etc.; algunas de las cuales coinciden con aquellas que dan lugar a privación de la patria potestad, sin que tenga que darse la misma como premisa, para que se atribuya la guarda y custodia a los abuelos, como hemos precisado. Y, por otro, que los abuelos consientan expresamente tal medida.

De existir abuelos paternos y maternos, no es posible atribuir la guarda y custodia a los ascendientes de ambas líneas, en forma de custodia compartida, sino que la autoridad judicial será la que decida, siempre pensando en el interés del menor, a cuál de las dos líneas le corresponde el ejercicio de la guarda y custodia de su nieto. De optar por una, los dos abuelos de la misma línea deberán tomar las decisiones que afecten al menor, de la misma forma que si se tratase de un supuesto de tutela colectiva, y para ello, se aplicará analógicamente lo previsto en los artículos 237 y 237 bis del Código Civil.

Pese a no tener atribuida la guarda y custodia, los otros abuelos tendrán un derecho a relacionarse con sus descendientes en virtud del artículo 160.2 del Código Civil. Igualmente, los progenitores podrán visitar al menor.

Como guardador y custodio de su nieto/s, los abuelos tiene el deber de velar por ellos; tenerlos en su compañía; alimentarlos —si los padres no tienen medios para ello—, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 144 del Código Civil; participar en las decisiones relativas a las actividades diarias del menor (horario de sueño, horarios para realizar las tareas; horarios y tipos de comidas; horarios para ver la televisión y para la llegada al domicilio los fines de semana, etc.), incluso en materias relacionadas con la salud, como sobre aspectos de escasa importancia de la misma (como un simple resfriado, caídas, etc.). No les corresponderá, en cambio, la representación legal ni administración de los bienes de los menores¹²⁷, como tampoco las decisiones relativa a la educación del menor, como la elección de centro educativo (de educación religiosa o no),

¹²⁷ En este sentido, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 9852).

de los estudios escolares o extraescolares que debe llevar a cabo el menor, al ser atribuida a los padres como titulares de la patria potestad¹²⁸.

Tal guardia y custodia se extingue cuando cesa la causa que decretó la medida (por ejemplo, retornan los progenitores, se curan de su adicción, etc.); o cuando tiene lugar el fallecimiento del nieto o del/los abuelo/s; o porque hubiera transcurrido el plazo fijado en la sentencia, que se debe acompañar de un período transitorio de adaptación del niño a sus progenitores, titulares de la patria potestad y en quienes ha de revertir finalmente la custodia del menor. Si en la decisión judicial no se fija el período temporal de custodia, se podría presuponer su carácter permanente¹²⁹; no obstante, el mantenimiento de la misma depende de que la causa que lo determinó subsista, lo que de ser así, exigirá la continuación de tal custodia, sin perjuicio de, si las circunstancias lo aconsejan, adoptar otra medida, como la privación de la patria potestad.

Es posible, como hemos indicado, no sólo atribuir a los abuelos la guarda y custodia de su nieto, sino también pueden ser, excepcionalmente, nombrados tutores de éste¹³⁰, asumiendo las responsabilidades correspondientes a cualquier tutor; o, igualmente, ante situaciones de suspensión de la patria potestad de los progenitores por el desamparo en que se encuentra el menor, dar el mismo en acogimiento familiar, precisamente, a sus abuelos¹³¹; o en fin, que éstos se conviertan simplemente en guardadores de hecho de sus nietos.

¹²⁸ COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., pp. 186-191.

¹²⁹ MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los hijos (La aplicación del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 139, entiende que en este supuesto la atribución de la guarda y custodia de los nietos a los abuelos no debe superar nunca el plazo de dos años, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil.

¹³⁰ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, (sección 18^a), de 12 de julio de 2002 (*JUR* 2002/270774); y de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 84090).

¹³¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 27 de enero de 1999 (AC 1999, 43).

Tanto el abuelo custodiante, como el abuelo tutor serán responsables de los daños que sus nietos causen a terceros sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1903.2 y 3 del Código Civil. Dicha responsabilidad se fundamenta sobre la misma que correspondería, en su caso, a los padres o tutores: la culpa *in vigilando* y la culpa *in educando*¹³². No será responsable, en cambio, el abuelo que tiene un simple derecho de visita, ya que no se encuentra “*el menor bajo su guarda*”, como exige el citado artículo 1903.

VI. EL DERECHO DE LOS ABUELOS BIOLÓGICOS A RELACIONARSE CON SUS NIETOS EN SITUACIÓN DE ACOGIMIENTO, ADOPCIÓN, O GUARDA DE HECHO; O, QUE SEAN FRUTO DE UNIONES *MORE UXORIO*

El acogimiento, tras la reforma por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y por la Ley 1/1996, de 15 de enero, ya citada, de Protección Jurídica del Menor, es un negocio jurídico que pertenece al derecho de familia, en que las entidades que en el respectivo territorio tienen encomendadas la protección del menor, proponen a los acogedores y progenitores de los acogidos, para que aquellos, con o sin contraprestación, reciban en su casa al menor y lo cuiden. Así, dispone el artículo 173.1 del Código Civil que el acogimiento produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone al que lo recibe la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Se ejerce bajo la vigilancia de la entidad (artículo 172.3 del citado cuerpo legal), correspondiendo, en cualquier caso, la superior vigilancia al Fiscal (artículo 174.1).

El artículo 173 *bis* dispone que el acogimiento puede adoptar las siguientes modalidades:

¹³² En el mismo sentido, COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., p. 203; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *El derecho de los abuelos a...*, op. cit., p. 37.

- 1º. *Acogimiento familiar simple*, que tendrá carácter transitorio, bien porque se prevea la inserción de éste en su propia familia, o bien porque se adopte una medida de protección prevista de un carácter más estable;
- 2º. *Acogimiento familiar permanente*, cuando la edad u otras circunstancias del menor, y su familia así lo aconsejen, y así lo informen los servicios de atención al menor;
- 3º. El *acogimiento familiar preadoptivo*, que se formalizará por la entidad pública, cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor.

Se formalizará en cualquiera de sus modalidades por escrito, y se incluirá en él, entre otros extremos: “*a) la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido*”. Familia que ha de entenderse en sentido amplio, sobre todo tras la reforma por Ley 41/2003, tal como dispone expresamente el artículo 161 en su nueva redacción¹³³.

De forma que, salvo que medie justa causa probada por los progenitores (artículo 160.2), o que el interés del menor, atendidas las circunstancias, aconseje su no concesión, los abuelos tienen el derecho a relacionarse con sus nietos en situación de acogimiento¹³⁴.

¹³³ Artículo 161 del Código Civil: “*Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor*”.

¹³⁴ García Cantero, no obstante, para la concesión de este derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos, distingue según el tipo de acogimiento: si es acogimiento familiar simple debe, en principio, fomentarse; si es acogimiento permanente, el juez debe valorar las circunstancias que originaron la adopción de la medida; y, si es preadoptivo, considera prudente reducir o quizás suspender tales contactos, que desaparecerán con la adopción. *Vid.*, GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nieto..., op. cit.*, p. 119.

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 120285), que atribuye a los abuelos respecto de su nieta acogida el derecho a relacionarse con ella de forma gradual y progresiva; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 104801), que, por el contrario, no reconoce este derecho, pues, atendidas

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad también previsible de que sean precisamente los abuelos los que tengan al menor (nieto) en acogimiento¹³⁵.

Si el menor (nieto) es *adoptado*, el artículo 178.1 del Código Civil dispone que: “*La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior*”. De forma que el menor adoptado por terceros rompe los vínculos con su familia biológica y, en consecuencia, quienes hasta ahora han sido sus abuelos biológicos no tendrán, a partir de la sentencia de adopción, derecho a relacionarse con sus nietos. En todo caso, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 160.2 del Código Civil, que prescribe la relación del menor con otros parentes y allegados, además de con los abuelos, y partiendo de que jurídicamente una relación de parentesco ya no existe, nada parece impedir que, salvo que medie justa causa, puedan ser considerados como allegados y reconocerles un derecho a mantener relaciones con el que era su nieto. Para la concesión de dicho derecho, no sólo se va a tener presente el ya tantas veces reiterado y necesario interés del menor, sino también será conveniente que los abuelos antes de la adopción hayan mantenido una relación de afectividad y de comunicación fluida con su nieto, cuya ruptura puede causarle graves perjuicios¹³⁶. La existencia de esta relación corresponde probarla a los interesados, pues no opera la presunción *iuris tantum* de conveniencia por beneficiosas de las relaciones entre abuelos y nietos.

Ahora bien, excepcionalmente, el apartado 2 del citado artículo 178, considera subsistentes los vínculos jurídicos con la familia de origen, a pesar de que la adopción del

las circunstancias concurrentes, las relaciones personales del nieto en situación de acogimiento, con los abuelos maternos, le perjudican.

¹³⁵ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, (sección 4^a), de 17 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001/315372).

¹³⁶ Precisa, TORRES PEREA, J. M., *El artículo 160.2 y 3 del Código Civil..., op. cit.*, p. 3, que la relación debe continuar si la ruptura de la misma puede suponer un daño real y actual, sobre todo de índole psicológica y que podría, incluso, afectar al carácter del menor.

menor los extingue automáticamente: “*1º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido*”. De este modo, si la adopción se ha llevado a cabo sólo por un adoptante, que puede ser el cónyuge de uno de los progenitores, los vínculos con su familia anterior, materna o paterna biológica, no se extinguieren *opé legis*. Por ello, si el menor, habiendo fallecido, por ejemplo, su madre y contraído su padre nuevas nupcias, es adoptado por el actual consorte de su padre, tanto los abuelos maternos adoptivos, como los paternos y maternos de sangre, tienen derecho a relacionarse con el menor, pues, respecto a éstos últimos, los vínculos biológicos continúan aún vigentes.

Si el menor en situación de acogimiento, o en adopción, en determinados supuestos, puede relacionarse con sus abuelos biológicos, no cabe duda que el menor en *guarda de hecho* (artículos 303 y 304 del Código Civil), y siempre que sea beneficioso para el mismo, y no medie justa causa que impida su concesión, tiene derecho a relacionarse con sus abuelos, sin que el guardador de hecho se lo pueda impedir¹³⁷.

Finalmente, las relaciones interpersonales y los nuevos modelos de familia que están surgiendo en la sociedad actual, como son las familias monoparentales, las *parejas de hecho* o *uniones estables de pareja*, conducen a que, con independencia de la filiación matrimonial o no matrimonial de los nietos y, en consecuencia, de que los progenitores estén casados o no entre sí, determinada la filiación del menor respecto de ambos o de uno sólo, y sobre la base de la no discriminación por el nacimiento predictable en nuestra Constitución en su artículo 14, y, asimismo, en el artículo 108 del Código Civil, los abuelos maternos o paternos tienen derecho a relacionarse con sus nietos biológicos¹³⁸.

¹³⁷ En la misma línea, COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., p. 109.

¹³⁸ Este es el parecer mayoritario de la doctrina, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *El derecho de los abuelos a relacionarse...*, op. cit., p. 12; GARCÍA CANTERO, G., *Las*

Numerosas son las leyes autonómicas sobre parejas de hecho en las que se incluye “el respeto de los derechos de los menores con carácter prioritario y prevalente sobre cualquier pacto o situación”¹³⁹; como, asimismo, se señala “la posibilidad, al cesar la convivencia, de que los miembros de la pareja puedan pactar cual de los dos tiene la guarda y custodia, así como el régimen de visitas, comunicación y estancia del miembro de la pareja que no tenga la guarda. A falta de acuerdo el Juez decidirá en beneficio de los hijos, oídos los mismos, si tienen suficiente juicio”¹⁴⁰; o bien que “ese régimen de visitas, comunicación y estancia se determine en aplicación de la legitimación civil vigente en materia de relaciones paterno-filiales”¹⁴¹.

En estos pactos, aunque no se indique expresamente en las diferentes normas autonómicas, ello no impide que la pareja pueda acordar también como medida el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos paternos/maternos con sus nietos menores de edad no emancipados. De no establecerse tal medida, y sobre la base de la

relaciones familiares entre nietos..., op. cit., p. 137; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., La Ley 42/2003: relaciones de los hijos con sus padres, abuelos..., op. cit., p. 3; COLÁS ESCANDÓN, A., Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos..., op. cit., p. 123; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de marzo de 1998 (AC 1998, 5173).

¹³⁹ Artículo 8 de la Ley 5/2002 de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía (*BOE*, núm. 11, 13 de enero de 2003, pp. 1358 a 1361).

¹⁴⁰ Artículo 15 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (*BOE*, núm. 198, de 19 de agosto de 1998, pp. 28345 a 28350), modificada parcialmente por Ley 3/2005, de 8 de abril (*BOE*, núm. 111, de 10 de mayo de 2005, pp. 15793 a 15796); artículo 11 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables del Gobierno de las Illes Balears (*BOE*, núm. 14, de 16 de enero de 2002, pp. 1960 a 1962); artículo 10 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables del Gobierno de Navarra (*BOE*, núm. 214, de 6 de septiembre de 2000, pp. 31111 a 31115).

¹⁴¹ Artículo 10 de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOE*, núm. 135, de 7 de junio de 2005, pp. 19195 a 19199); artículo 6 de la Ley 4/2002 de 23 de mayo de Parejas Estables del Principado de Asturias (*BOE*, núm. 157, de 2 de julio de 2002, pp. 23974 a 23975); y el artículo 9 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (*BOE*, núm. 111, de 9 de mayo de 2003, pp. 17653 a 17655).

existencia de un derecho reconocido expresamente en el artículo 160.2 del Código Civil, se podrá solicitar judicialmente tal reconocimiento.

VII. EL DERECHO A LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS EN EL DERECHO COMPARADO

1. Derecho francés

El primer reconocimiento legal en un ordenamiento jurídico del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos tiene lugar en el artículo 371.4 del *Code francés*¹⁴², introducido por la reforma llevada a cabo por Ley de 4 de julio de 1970. Si bien este precepto viene precedido de una corriente jurisprudencial de la *Cour de Cassation* favorable a esta relación. La primera sentencia de esta Corte en admitir este derecho de visita de los abuelos, fue la de 8 de julio de 1857, al afirmar que el derecho del padre para prohibir que se visite a sus hijos no tiene carácter discrecional, sino que sólo puede negarlo cuando concurren motivos graves y legítimos¹⁴³. La doctrina francesa no vacila en afirmar que con esta resolución nació un nuevo derecho¹⁴⁴.

¹⁴² Artículo 371.4: “Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le Juge aux Affaires Familiales.

En considération de situations exceptionnelles, le Juge aux Affaires Familiales peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes parents ou non”.

¹⁴³ Con esta misma línea interpretativa, la sentencia de la *Cour de Cassation, Chambre de Requêtes*, de 12 de febrero de 1894, que admite la posibilidad de que los nietos visiten a sus abuelos en el domicilio de éstos; o la de la misma *Cour* de 6 de julio de 1931, que permite que el nieto pase varios días en casa de sus abuelos; o la de, igualmente, la *Cour de Cassation, Chambre de Requêtes*, de 24 de febrero de 1942, en la que el derecho de visita de los abuelos se consideró como una forma de ejercicio normal del mismo. *Vid.*, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, op. cit., pp. 114-115.

¹⁴⁴ VINEY, G., “Du droit de visite”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1965, p. 226.

Posteriormente, el texto del citado artículo 317.4 ha sido objeto de una nueva modificación por Ley de 4 de marzo de 2002¹⁴⁵.

La variación en su contenido supone, como precisa García Cantero, por una parte, la desaparición de la mención expresa de los abuelos del primer párrafo, si bien se sustituye por el término más amplio de *ascendientes*, donde pueden entenderse incluidos, tanto a los abuelos como a los bisabuelos y tatarabuelos; por otra parte, se reconoce que estamos ante un derecho que la ley atribuye al menor, y no tanto de un derecho del padre o de la madre a oponerse; y, finalmente, en el párrafo segundo, desaparece el criterio restrictivo de *situations exceptionnelles*; se sustituye *el droit de correspondance ou de visite* por el término, igualmente más amplio de *relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non*, de forma que se puede otorgar por el Juez a un tercero no pariente este derecho, si ello resulta beneficioso y de interés para el menor¹⁴⁶.

El texto de nuestra actual reforma por Ley 42/2003 se aproxima al texto de la reforma de 1970.

2. Derecho alemán

Inicialmente, con la reforma de las relaciones paternofiliales, sólo se regulaba el derecho de visita a favor de los progenitores con un minucioso tratamiento al respecto, así, en el parágrafo 1632.2, se atribuía a ambos padres la determinación de las relaciones personales; y, en el parágrafo 1634 se regulaba el derecho a la relación personal del hijo con el progenitor que no convive; norma que resultaba también aplicable analógicamente para el supuesto de filiación no matrimonial (parágrafo 1711).

Paralelamente, desde la sentencia OLG de 31 de mayo de 1921 se deniega sistemáticamente por los Tribunales el

¹⁴⁵ Artículo 371.4: “*L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec les ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire d'obstacle à ce droit.*

Si tel est l'intérêt de l'enfant, le Juge aux Affaires Familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non”.

¹⁴⁶ GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones entre nietos y abuelos...*, op. cit., p. 46.

derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, sobre la base de lo dispuesto en los párrafos citados.

Habrá que esperar hasta la reforma por Ley de 1 de julio de 1998 de Reforma del Derecho a la Infancia (*Kindschaftsrechtsreformgesetz*), donde se reconoce de forma expresa el derecho de visita a favor de los abuelos, entre otros parientes, a través de la reforma de los párrafos 1626 (3).1 y 1685.1¹⁴⁷.

3. *Derecho italiano*

Ni en el Código italiano de 1865, ni en el actual de 1942 hay un reconocimiento legal del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos. Tampoco existe una legislación específica al respecto.

Por su parte, la jurisprudencia de la *Corte de Cassazione*, en un primer momento, igualmente, se mostró recelosa en admitir tal derecho; así en la sentencia de 17 de octubre de 1957, negó la existencia de un verdadero derecho de los ascendientes sobre la base de la falta de un precepto específico que lo regulase. Sin embargo, esta línea jurisprudencial no se ha mantenido con posterioridad, y así la sentencia de esta misma Corte de 25 de septiembre de 1998 reconoce la existencia de un vínculo afectivo y de sangre entre abuelos y nietos, y un derecho de ambos a relacionarse, por resultar beneficioso para el interés del menor; siendo digno de protección tal interés con base a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución italiana, y siempre que tal relación no perjudique al menor¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Parágrafo 1626 (3).1: “Pertenece al bien del menor el derecho a relacionarse con ambos padres. 2. Ello vale igualmente para el derecho a relacionarse con otras personas, respecto de las cuales el menor mantiene vínculos, si lo requiere el desarrollo de su educación”.

Y, parágrafo 1685.1: “Los abuelos y los hermanos tienen un derecho a relacionarse con el menor, cuando ello contribuye al bien del mismo”; se aplica por analogía lo dispuesto en el parágrafo 1684, apartados 2 a 4.

¹⁴⁸ Resulta curioso que, pese a no existir mención legal que sancione expresamente el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, sin embargo, se ha publicado una Ley, en la Gaceta Oficial del Estado con fecha 17 de agosto de

4. Derecho inglés y norteamericano

En el *Derecho inglés*, el reconocimiento de forma explícita de un derecho tanto a favor de los padres como de los abuelos de relacionarse con sus hijos-nietos tiene lugar primero en la *Guardianship of Minors Act* de 1971, reformada en 1978; y, posteriormente, en la Section 8 (1) Order de la Part II, de la *Children Act de 1989*, titulada “*Orders with to children in family proceedings. General, Residence, contact and orders with respect to children*”. Si el nieto y abuelo quiere relacionarse y no se llega a un acuerdo con los progenitores de aquél, podrán solicitar judicialmente este derecho, o lo que es lo mismo, una de las denominadas *contact orders* reguladas en dicha *Act* de 1989. Unas *Orders* referidas al derecho de visita y residencia; o cualesquiera otras relativas al menor¹⁴⁹.

Y, en el *Derecho norteamericano*, la estructura federal determina la existencia de diferentes legislaciones civiles en cada uno de los Estados, que la conforman. En casi todos los Estados del Norte, la legislación se ha orientado a reconocer un derecho a relacionarse personalmente los abuelos con sus nietos, fundamentado sobre la idea de un beneficio o interés para el menor (“*best interest of the children*”). Sin embargo, pese a este reconocimiento legal, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos (*United States Supreme Court*) ha considerado inconstitucionales estas leyes por considerar que tal reconocimiento vulnera los derechos de los que son titulares los progenitores. Así en sentencia de 5 de junio de 2000, dictada en el caso *Troxel vs. Granville*, resolvió que la Ley de Washington, que permitía que el Juez atribuyese el

2005, en la que se dispone expresamente que los abuelos italianos tendrán su propia jornada de fiesta, que se celebrará a partir de este año, el 2 de octubre. Se trata de una iniciativa para subrayar la importancia del papel desarrollado por los abuelos en el seno de las familias.

¹⁴⁹ La section 8 de esta *Act* define la orden de contacto como “*aquella que requiere a la persona con quien vive o va a vivir el menor, al objeto de permitir a éste visitar o ser alojado con la persona definida en la orden, o que dicha persona y el menor mantengan contacto por otro medio entre sí*”.

derecho de visita a “*cualquier persona*”, siempre que ello repercutiera en el interés superior del menor, vulneraba el derecho a la tutela judicial de la madre, que reconoce la 14^a enmienda de la Constitución americana. Se consideró, por parte de esta Corte, inconstitucional que fuera la madre la que hubiera de probar que el derecho de visita a favor de los abuelos no era en interés superior del menor. Siguiendo precisamente esta línea jurisprudencial, en el año 2001, como señala García Cantero, el Tribunal Supremo de Kansas declaró inconstitucional la Ley de este Estado en la que se reconocía un derecho de visita de los abuelos¹⁵⁰.

VIII. EL DERECHO DE LOS ABUELOS A RELACIONARSE CON SUS NIETOS EN LOS ORDENAMIENTOS FORALES

Analizadas las legislaciones existentes en el ámbito del Derecho comparado, corresponde referirse ahora al tratamiento que de tal derecho se ofrece en las legislaciones forales.

Así, por una parte, el artículo 135.2 y 3 del Código de Familia Catalán aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, establece una obligación de los progenitores a facilitar la relación de sus hijos con sus abuelos¹⁵¹. Lo que coincide con lo establecido en el actual contenido del artículo 160 del Código Civil. Si bien, amplía la posibilidad de ser sujeto activo y pasivo de este derecho no sólo a los nietos me-

¹⁵⁰ GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...*, op. cit., p. 30 nota 6.

¹⁵¹ Artículo 135.2 y 3 del *Codi de Familia*: “*El padre y la madre deben facilitar la relación del hijo o hija con los parientes, especialmente con el abuelo y la abuela, y demás personas y sólo la pueden impedir cuando exista justa causa.*

La autoridad judicial puede suspender, modificar o denegar el derecho a tener las citadas relaciones personales, incluso en cuanto al padre y la madre, si éstos incumplen sus deberes, y en todos los casos, si las relaciones pueden perjudicar al menor o mayor de edad incapacitado, o si concurre otra causa justa. También puede tomar las medidas necesarias con vistas a la efectividad de estas relaciones personales”.

nores de edad no emancipados, sino también a los mayores de edad incapacitados.

Por otra parte, en el *Derecho foral aragonés*, de forma novedosa y única en España, pues no existe tal posibilidad ni en otra legislación foral, ni en nuestro derecho civil común, en el artículo 10 de la Compilación, establece la posibilidad de encomendar a personas distintas de los progenitores la autoridad familiar (patria potestad)¹⁵².

Este artículo dispone como persona distinta a los progenitores para ejercer la autoridad familiar, cuando éstos fallezcan o sean privados de la patria potestad, a los abuelos, con el mismo contenido aquélla que tiene atribuido cuando la ejercen los padres.

Esta autoridad familiar la concede el Juez a los abuelos, cuando lo disponga la Junta de Parientes, o en su defecto, lo decida la propia autoridad judicial.

No obstante, existe una excepción a tal atribución, y es que los progenitores hubieran determinado que, en caso de fallecimiento, no se aplicase el artículo 10, o que no se otorgase la autoridad familiar a los abuelos.

De no existir tal excepción, para llevarse a cabo la designación, se procederá a dar audiencia al menor, si posee madurez suficiente, pero también a los abuelos que deberán prestar, además, su consentimiento. La Junta de Parientes o el Juez, oídos los abuelos, en aras del interés

¹⁵² Artículo 10 de la Compilación: “*1. Fallecidos los padres, o cuando éstos fueren privados judicialmente de la autoridad familiar o de su ejercicio, dicha autoridad y con los mismos derechos y obligaciones que corresponden a los padres, podrá ser ejercida por los abuelos, los hermanos mayores del menor o por el cónyuge no progenitor del bínubo premuerto, salvo previsión en contrario de los mismos padres o de alguno de ellos.*

2. En caso de fallecimiento de los progenitores, la designación de las personas que vayan a ejercer la autoridad familiar y la forma en que ésta debe prestarse, salvo expresa previsión de los padres, corresponderá a la Junta de Parientes, o en su defecto, al Juez de Primera Instancia.

3. En el supuesto de privación judicial de la autoridad familiar o de su ejercicio, dicha designación corresponderá exclusivamente al Juez.

4. En ambos supuestos, el Juez, para efectuar la designación, oirá a los interesados y atenderá preferentemente al mejor cuidado y atención del menor”.

del menor, puede optar, o bien por otorgarle a los abuelos la autoridad familiar —y, en consecuencia, la ejercerán con los mismos derechos y obligaciones que los padres (artículos 9 y 11 de la Compilación)— o bien, no otorgársela a ellos, y sí a otro pariente.

IX. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LOS ABUELOS A RELACIONARSE CON SUS NIETOS

Finalmente, mencionar que este derecho de relaciones personales de los nietos con sus abuelos tendrá cumplimiento efectivo e instantáneo en todos los países de Europa. El 1 de marzo de 2001 entró en vigor el Reglamento nº 1374/2000 del Consejo de Europa de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. El Reglamento conocido como Reglamento de Bruselas II es consecuencia de la comunitarización del Derecho Internacional, que se está produciendo tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y, en particular, como resultado de los artículos 61 c) y 65 del Tratado Constitutivo de la Comisión europea. El Reglamento es obligatorio para los países comunitarios.

Lo que aquí nos interesa es la medida relacionada con el derecho de visita y comunicación de los abuelos con los nietos, que se verá afectada por la vigencia del Reglamento de Bruselas II. De manera que todas las sentencias españolas en materia matrimonial, que pongan fin a un proceso de separación o divorcio de los padres de un menor, como las que incluyan de modo necesario el régimen de relaciones familiares entre abuelos y nietos, serán reconocidas y ejecutivas en los países comunitarios en los términos del Capítulo III del Reglamento de Bruselas II. De manera que resultará que este sistema singular que el legislador español ha instaurado en la relación de abuelos-nietos quedará robustecido en su dimensión territorial.

X. LAS ÚLTIMAS REFORMA EN EL DERECHO DE FAMILIA. SU INFLUENCIA EN LAS RELACIONES FAMILIARES ENTRE NIETOS Y ABUELOS

En la actual legislatura 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 matrimonio¹⁵³. En la misma, como indica su Exposición de Motivos,

“con la regulación que ahora se instaura, se trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de parejas.

En el contexto señalado, la Ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción”.

Se estructura en un artículo único y dos Disposiciones adicionales y dos finales. En su artículo único, que lleva por rúbrica “Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, se da nueva redacción o se adicionan nuevos párrafos a varios preceptos del Código Civil; así, se añade un segundo párrafo al artículo 44; y se modifica la redacción de los artículos 66, 67; del primer párrafo del artículo 154; del primer párrafo del artículo 160; del párrafo 2º del artículo 164; del apartado 4 del ar-

¹⁵³ BOE, núm. 157, de 2 de julio de 2005, pp. 23632 a 23634.

título 175; del apartado 2 del artículo 178; del párrafo segundo del artículo 178; del párrafo segundo del artículo 637; los artículos 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1404 y 1458; y el párrafo 2º del artículo 1365.

Por su parte, en su Disposición adicional primera se hace una remisión genérica a todas las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio, pues, se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes. Y, en su Disposición Adicional segunda, se modifican determinados preceptos de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en concreto los artículos 46, 48 y 53. Por último, en sus dos Disposiciones finales, la primera determina en lo referente al título competencial de la ley que se dicta al amparo de la competencia exclusiva del estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149.1.8º de la Constitución española; y, en la segunda se dispone la entrada en vigor de la presenta ley al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Pues bien, en relación con la materia objeto de nuestro estudio, como indicamos en otro apartado, tanto 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 “*jus ta causa*” que impida el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos. Igualmente, como señalamos en líneas precedentes, se habla de los *abuelos en sentido sociológico*, concepto muy amplio, que se utiliza en la doctrina francesa, y en el que puede 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 éste 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 Ci-

vil, en materia de separación y divorcio¹⁵⁴. Consta esta Ley de dos artículos, una Disposición Adicional única y una Disposición Transitoria también única y cuatro Disposiciones Finales. En su artículo primero se modifican determinados preceptos del Código Civil en materia de separación y divorcio, en concreto los artículos 68, 81, 82, 87 que queda sin contenido; el primer párrafo del artículo 90 y su apartado a); el 92, 97 y la media 1^a del artículo 103. En su artículo segundo, igualmente se modifican preceptos del Código Civil en relación a la regulación de los derechos del cónyuge viudo; así, se da nueva redacción a los artículos 834, 835, 840, y 945. En su Disposición Adicional única se hace referencia a la creación del Fondo de garantía de pensiones; y en su Disposición Transitoria única a los procesos de separación y divorcio pendientes de resolución. Por último, en su Disposición Final primera, se modifican y adicionan nuevos párrafos a determinados preceptos de la Ley 1/2002 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil; así, da nueva redacción a la regla 2^a del artículo 770; al primer párrafo del apartado 2 del artículo 771; al apartado 2º del artículo 775; a los apartados 2 y 5 del artículo 777; añade un nuevo párrafo al final de la regla 4^a del artículo 770; e introduce una nueva regla 7^a al artículo 770; mientras que, en la segunda, se modifica el párrafo 1º del artículo 20 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil; en la tercera, se lleva a cabo una remisión por el Gobierno a las Cortes para que procedan a la elaboración de un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea; y, en la cuarta, se fija la entrada en vigor de la Ley al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

A los efectos que, a nosotros interesa, en la nueva redacción del artículo 92 del Código Civil, se 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,

¹⁵⁴ BOE, núm. 163, de 9 de julio de 2005, pp. 24458 a 24461.

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 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 aquél 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 al establecerse que

“en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencia de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello es necesario”;

y, en el apartado 5 del artículo 777 de la misma Ley adjetiva, al quedar redactado del siguiente modo

“si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días”.

XI. CONCLUSIONES

Se trata de una Ley de necesaria elaboración que viene a formar parte del conjunto de reformas que están teniendo lugar en este nuevo siglo, en el seno de nuestro Derecho de Familia, en un intento de acercamiento a la nueva realidad social existente. Con la misma se pretende dar respuesta a una demanda social digna de consideración, y, sobre todo, plasmar legalmente el papel relevante que en la sociedad actual, y sobre todo en situaciones de crisis familiar, representan los abuelos para la estabilidad del menor y su propio desarrollo personal y moral. No es difícil hablar de la referencia a los abuelos en la actualidad, si tenemos presente que el aumento de la esperanza de vida ha permitido la persistencia y convivencia de varias generaciones en el seno familiar, lo que está permitiendo a la generación de los más jóvenes disfrutar y poder relacionarse con sus abuelos, participando de la experiencia personal que supone precisamente la convivencia intergeneracional y, asimismo, resultan un soporte esencial para quienes, siendo ahora padres e hijos en su momento de esa generación, atribuyan a aquéllos, ante la confianza que en los mismos depositan, el papel de auténticos cuidadores de hecho de sus nietos. Que tales relaciones ante situaciones de crisis, o de fallecimiento de uno de los progenitores, puedan romperse, exige algo más de lo que ha venido siendo la práctica habitual de nuestras Audiencias, la de atribuir a los abuelos un exiguo derecho de visitas. Esta nueva Ley viene a dar repuesta a tal exigencia, y ha permitido que, en las situaciones descritas, los abuelos tengan derecho a relacionarse personalmente con sus nietos, englobando en ese concepto, no sólo un simple derecho de visita, sino lo que en un sentido amplio son las relaciones personales, teniendo siempre presente el prevalente interés del menor. Que a la hora de desarrollar el contenido de este derecho de relaciones personales el legislador no ha realizado un esfuerzo de precisión del mismo, y quizás a pecado de cierta ingenuidad a la hora de permitir su inclusión de la forma que lo ha hecho en el convenio re-

gulador, no por ello debemos dejar de alabar esta importante iniciativa. La concretización de los numerosos aspectos que abarca tal derecho, como la resolución de alguna de las imprecisiones legales señaladas a lo largo de nuestra exposición, corresponderá determinarla a los jueces, que en esta materia, como en otras pertenecientes al ámbito del Derecho de Familia, también juegan un papel relevante, pues, tienen la última palabra a los efectos de su concesión o no, sobre una base esencial como es el beneficio o interés del menor de edad.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS DÍAZ, M^a. D., “Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos”, *La Ley, año XXVI, núm. 6184, 7 de febrero de 2005*, pp. 1-7.
- BOTANA GARCÍA, A., “Derecho de visita de los abuelos”, *Actualidad Civil, núm. 5, Marzo 2004*, pp. 548-560.
- CARBAJO GONZÁLEZ, J., “El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil”, *La Ley 2000-4*, pp. 1502-1512.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Tecnos, Madrid, 2000.
- CARRASCO PERERA, A., “Benditos abuelos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi, 2003*, p. 3.
- 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”, *Revista de Derecho Privado, Mayo-Junio 2003*, pp. 345-371.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 4321)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 68, Mayo/Agosto 2005*, pp. 747-764.
- GARCÍA CANTERO, G., “En torno al derecho de visita”, en *El derecho de visita. Teoría y praxis*, AAVV, Eunsa, Pamplona 1982.
- Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Cuadernos Civitas, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid 1997.
- GARÉ, *Le grands parents dans le droit de la famille*, París 1989.

- GAYA SICILIA, R., "El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos", *Anuario de Derecho Civil, 2002-I*, pp. 91-113.
- 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". *Actualidad Civil, número 4, Febrero 2005*, pp. 403-413.
- HERNÁNDEZ-IBÁÑEZ, C., "Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil", *Actualidad Civil, 2002-1*, pp. 25-49.
- "La Ley 42/2003: Relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados", *La Ley 2004-2*, pp. 1739-1746.
- LETE ACHIRICA, J., "La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de cónyuges separados o divorciados (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001 (AC 764/2001)", *Actualidad Civil, núm. 33, 10 al 16 de septiembre de 2001*, pp. 1187-1197.
- 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 1992*, pp. 145-150.
- MALAURIE-AYNÈS, *Droit Civil. La familia*, 3^a ed., París 1992-1993.
- MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los hijos (La aplicación del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.
- RIVERA ÁLVAREZ, J. M^a., "El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad: artículo 160.2º y 3º párrafos del Código Civil", *Revista de Derecho Privado, septiembre 2000*, pp. 635-672.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FCO., "El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria", en *El derecho de visita. Teoría y praxis*, AAVV, Eunsa, Pamplona 1982.
- El Derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997.
- 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", *Anuario de Derecho Civil, 1996-1*, pp. 943-976.
- SAN ROMÁN, J. R., "Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visitas en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar", en *El derecho de visita. Teoría y praxis*, AAVV, Eunsa, Pamplona, 1982.
- TORRES PEREA, J. M., "El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos", *La Ley 2001-4*, pp. 1347-1359.
- VERDERA IZQUIERDO, B., "Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados", *La Ley 2002-7*, pp. 1569-1576.
- VIVES VILLAMAZARES, FCO., *El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*, Publicaciones del Tribunal Tuteular de menores de Valencia, 1950.