

SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS

Beatriz Verdera Izquierdo. Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil.

Universidad de las Islas Baleares.

I. Planteamiento. II. El artículo 160.2 y 3 Código Civil. 1. “Relaciones personales del hijo con sus abuelos”. 2. Necesidad de “justa causa” para impedir tal relación personal. III. La patria potestad y el interés del menor.

I. PLANTEAMIENTO

El art. 160.2 y 3 reconoce el derecho a relacionarse los hijos con determinados sujetos, entre los que se ubican los abuelos: *“No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes o 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.”*¹ Dicho precepto es una extensión de los arts. 90 y 94² Cc que reconocen el derecho de visita del progenitor que no disponga de la guarda y custodia.

El art. 160 Cc debe su redacción actual a la Ley 42/2003 de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos³. En estas páginas pretendemos exponer la situación actual

¹ Al respecto, cabe también tener en cuenta el art. 135.2 del Código de Familia Catalán aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio ya hacía referencia a tal derecho en relación a los abuelos: *“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.”* El Code Civil francés, art. 371.4 (Leyes de 4 de junio de 1970 y 4 de marzo de 2002); en Argentina encontramos la Ley nº 21040, sobre visitas de menores e incapaces, que incorpora el art. 376 bis al Cc; el BGB art. 1685, redactado de acuerdo con la Ley de 1 de julio de 1998; el Código Austriaco 148 ABGB o el Código Civil Suizo art. 274-a (Ley de 25 de junio de 1976).

² *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.*

³ Dicha reforma ha sido objeto de diversos estudios: GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Civitas, Madrid, 2004; COLÁS ESCANDÓN, Ana M^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos; derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, Pamplona, Aranzadi, 2004; ACEVEDO BERMEJO, Antonio, *Las relaciones abuelos-nietos: régimen de visitas, reclamación judicial*, Tecnos, Madrid, 2006; NAVARRO CASTRO, Miguel, “El régimen de visitas de los abuelos y otros parientes y

respecto al derecho de visitas de los abuelos con sus nietos y, la aplicación práctica que ha tenido la reforma del art. 160.2 del Código Civil. Ya que tal como establece la Exposición de Motivos de dicha Ley: *“Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil.”* A su vez, todas las sentencias sobre el tema ponen de manifiesto lo beneficioso que resulta para los niños su relación con otros sujetos allegados, configurándose como una necesidad el trato con los abuelos: *“...necesidad conveniente para su formación, educación y conocimiento y tratar personalmente a los parientes próximos, más aún si se encuentra ligado con ellos por línea directa de consanguinidad, de la que aflora un natural afecto...”* STS de 11 de junio de 1996 (RJA 4756): *“...que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores.”*⁴

Este tema fue objeto de un estudio⁵, por mi parte, cuando se planteaba el problema y no había una regulación expresa, como acontece en la actualidad. Así, con anterioridad a tal reforma dicha relación con los abuelos era salvaguardada a través de la referencia que el art. 160.2 Cc hacía a los *“parientes y allegados”*. Por tanto, a la vista de la nueva regulación y jurisprudencia existente realizaremos un replanteamiento de la cuestión.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor (LOPJM) pone de relieve la autonomía que se debe conceder a los menores, así la Exposición de Motivos establece: *“...El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando*

allegados tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2, 2004, p. 3465; BOTANA GARCÍA, Gema, “Derecho de visita de los abuelos”, *Actualidad Civil*, 2004, p. 548; CARBALLO FIDALGO, Marta, “Las relaciones personales entre abuelos nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre: derecho de visita y atribución de la guarda del menor”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Compostela*, vol. 14, nº2, 2005, p. 131 y “El derecho de visita de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre: aspectos sustantivos y procesales”, *Rev. Derecho de familia*, nº 30, 2006, p. 45.

⁴ En un sentido similar se expresan la STS de 7 de abril de 1994 (RJA 2728), STS de 17 de septiembre de 1996 (RJA 6722), STS de 11 de junio de 1998 (RJA 4681); STS de 3 de mayo de 2000 (RJA 3573); SAP de Valencia de 20 de junio de 1991 (RGD 1991, p. 8293), SAP de Toledo de 3 de junio de 1994 (AC 1126), SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de septiembre de 1995 (AC 1574), SAP de Toledo de 21 de mayo de 1997 (AC 1197), Auto de la AP de Asturias de 19 de enero de 1998 (AC 2969), SAP de Toledo de 1 de diciembre de 1998 (AC 2487), SAP de Lleida de 28 de febrero de 2000 (AC 767).

⁵ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”, *La Ley*, 4 de diciembre de 2002, p. 1.

progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad para modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.” Tal idea se pone de manifiesto en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990⁶ y, posteriormente, en la Resolución A 3-0172/92, por la que se aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño.

Ello conlleva que una de las características de este derecho es su doble titularidad, “se otorga... a dos titulares distintos, tanto al propio menor, para reclamar la efectividad de esa relación, como a sus parientes y allegados, para pedir que no se impida su relación con el menor.”⁷

II. EL ARTÍCULO 160.2 CÓDIGO CIVIL

Se comprueba que el art. 160.2 Cc se encuentra ubicado en el Libro I, Título VII “*De las relaciones paterno-filiales*”, Capítulo Primero “*Disposiciones generales*”, donde no se hace referencia expresa a situaciones de crisis matrimoniales, ya sea separación, divorcio o nulidad por lo que se deduce que dicho derecho se aplica a cualquier relación afectiva, con independencia de la posible disolución de la misma.

Nos centramos en el derecho de visita, en relación a unos sujetos que no son los destinatarios habituales del mismo. Un concepto de derecho de visita es el establecido por GARCÍA CANTERO⁸, “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 tal fin.”

Cabe tener en cuenta que el art. 160 Cc al recoger dicho derecho en relación a los progenitores, no se refiere a un derecho de visita sino, en un sentido más amplio, a un derecho a “*relacionarse*”, en cambio el art. 94 sí alude a dicho “*derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*”, que hace extensivo en el segundo

⁶ En tal sentido el art. 12 determina: “1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*”

⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2)”, *Rev. Derecho Privado*, mayo-junio 2003, p. 355.

⁸ GARCÍA CANTERO, Gabriel, “En torno al derecho de visita” en *El derecho de visita. Teoría y praxis*, coordina Rivero Hernández, Francisco, AAVV, Eunsa, Pamplona, 1982, p. 247.

párrafo a los abuelos⁹. Así, se ha manifestado que por las “relaciones personales, el abanico de posibilidades que se abre para los abuelos es mucho más amplio.”¹⁰

Debido a que el derecho de visita se refiere -exclusivamente- al hecho de tener al menor en su compañía algunas horas, el Código utiliza distintos términos o, mejor dicho facultades, que complementan a aquel. Estos son el derecho de comunicación: para los supuestos de una mera comunicación telefónica o cualquier otro medio de comunicación; el derecho de estancia: aquellos casos en que el niño pasa una o más noches y permanece en casa del progenitor no custodio u allegado durante un período de tiempo, siendo de mayor amplitud que el derecho de visita.

La mayoría de sentencias encontradas en relación al derecho de relacionarse los nietos y los abuelos tratan sobre situaciones de falta de armonía entre los progenitores y los abuelos. En muchos casos es debido al fallecimiento de uno de los progenitores, por ruptura del matrimonio o, por la mala relación existente entre los abuelos y los progenitores.

La primera sentencia¹¹ del Tribunal Supremo sobre el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos es la STS de 14 de octubre de 1935 (RJA 1858) se privó al padre de la patria potestad, quien maltrataba a sus hijas y las internó en un colegio dando orden expresa de que no viesen a su abuela, con quien se habían criado, manifestando al respecto el Tribunal basándose en el entonces vigente art. 171 Cc: “...indudablemente, dadas las circunstancias que en el caso concurrían, constituye un abuso de autoridad dañoso para los sentimientos de las niñas.” La segunda resolución

⁹ “Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.”

¹⁰ COLÁS ESCANDÓN, op. cit., p. 40 y 96, considera que por el “derecho de visita... otorgaría a los abuelos simplemente la posibilidad de visitar a sus nietos en el domicilio de éstos, pero no les facultaría para que el nieto pernoctara en su casa...”.

¹¹ El derecho de visita, con carácter general, se cuestionó por primera vez en la STS de 19 de noviembre de 1895 (J. Civil, T. 78, p. 392) y, por la STS de 9 de junio de 1909 (J. Civil, T. 115, p. 381) que lo negó al entender que el padre no tenía la obligación de trasladar a los hijos para que su mujer pudiera estar con ellos, porque por tal hecho se podría lesionar la patria potestad ostentada por el padre. A esta sentencia hace referencia SAN ROMÁN, José Ramón, “Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visita en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar”, en *El derecho de visita...cit.*, p. 280. Con posterioridad encontramos la STS de 24 de junio de 1929 (J. Civil, T. 189, p. 1048): “...es de Derecho Natural, nacido del amor materno, que la madre vea a su hija”.

sobre el particular es la del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939¹².

1. “RELACIONES PERSONALES DEL HIJO CON SUS ABUELOS”

El art. 160.2 Cc antes de la reforma por la Ley 42/2003 era criticado debido a la amplitud de su tenor literal ya que hacía referencia a los “*parientes*” sin establecer límite de grado y los “*allegados*”¹³, término sumamente amplio en el que se puede subsumir cualquier sujeto que tenga cierta relación con dichas personas. Los Proyectos de la ley de reforma del Código Civil que culminaron con la Ley 11/1981, de 13 de mayo únicamente aludían a los abuelos, para con posterioridad mencionar a los parientes¹⁴ y después con una amplitud todavía superior, a los allegados. Por tanto, con la reforma del art. 160.2 se vuelve a la redacción de dicho Proyecto.

Respecto a los abuelos no había ningún impedimento para incluirlos en el concepto “*parientes*”, debido a su proximidad de grado. Por tanto, no era imprescindible este segundo párrafo del art. 160, si bien, “el legislador, mediante esta Ley, ha expresado su voluntad, no sólo que se acepten, sino que se favorezcan tales relaciones por decisión judicial”¹⁵. Se ha criticado la redacción del precepto al establecer: “*relaciones personales del hijo con sus abuelos*”, cuando sería más adecuado aludir a relaciones personales del nieto con sus abuelos, si bien, este segundo párrafo trae causa del primero que se refiere a los progenitores.

¹² Ver: VIVES VILLAMAZARES, Francisco, *El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*, Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores, Valencia, 1950.

¹³ RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 35 y 82, alude a dicho concepto para plantearse: “¿Hasta qué grado podría reconocerse tal derecho?...y los allegados no parientes (¿cuáles?; ¿qué requisitos deberán cumplir, o circunstancias y méritos invocar para pretender aquel derecho?)”; CASTÁN VÁZQUEZ, José María, “Comentario al art. 161 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1982, p. 177, “La voz allegado tiene entre sus acepciones la de pariente (de aplicarse la cual tendríamos una redundancia en la norma) y las de cercano y próximo. Cualquier persona, pues, que se considere cercana o próxima al menor, podrá invocar el derecho a relacionarse con él. El precepto ha quedado un tanto vago en su formulación.”; PRADA GONZÁLEZ, José María, “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, p. 389, “El Código...habla de “parientes” sin precisar grado y de “allegados” sin explicitar qué se entiende por tal, ya que el concepto, que yo sepa, es nuevo en nuestra legislación.”; RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín Mª, “El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad: artículo 160.2 y 3 párrafos del Código Civil.” *Rev. Derecho Privado*, septiembre 2000, p. 635; VILADRICH, Pedro Juan, *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales: teoría y praxis*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1982.

¹⁴ Al respecto ver: RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 117; CASTÁN VÁZQUEZ, op. cit., p. 176, quien alude a los trabajos prelegislativos.

¹⁵ GARCÍA CANTERO, *Las relaciones familiares...cit.*, p. 117.

En la actualidad, una vez concretado el derecho de los abuelos se cuestiona la amplitud de tal “relación personal” a la que hace referencia el precepto. En este sentido la STS de 28 de junio de 2004 (RJA 4321)¹⁶ establece: “*No se discute el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos, pero se discrepa del régimen establecido, que se opone, a juicio de la parte recurrente, al término legal “relación”, que nunca puede comprender el pernoctar en una casa o pasar una temporada viviendo con otras personas.*” A lo que el Tribunal concreta: “*no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo como pretende la parte recurrente, y nada impide que pueda comprender pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos.*”

El contenido del derecho de visita en relación a los padres, abuelos y otros allegados es el mismo, o sea visitas periódicas, comunicaciones o relaciones entre dichos sujetos y los menores. Siendo similar también la finalidad de estas relaciones como es el hecho de estrechar lazos afectivos entre dichos sujetos. En este sentido se establece que tienen “por finalidad, no satisfacer los derechos, deseos o intereses de los progenitores, sino amparar, en toda su extensión, las necesidades afectivas y educativas de los hijos”¹⁷. La justificación se ubica “en el respeto a la propia persona y personalidad del niño...”¹⁸.

Así será el criterio ponderado del Juez el que, en caso de reclamación y para cada caso particular concretará el régimen, tal como establece la SAP de Murcia de 16 de octubre de 2006 (JUR 285957) “*con dos limitaciones legales una expresa, que no supongan un obstáculo para la eficacia de otras resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de los progenitores; y otra tácita el interés superior del menor, que constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelven cuestiones que afectan al mismo.*”

Constituye, al ubicarse en el derecho de familia, un derecho-deber o un derecho-función¹⁹ al que se le han otorgado, entre otros, los siguientes caracteres: se trata de un

¹⁶ Véase: LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. Francisco, “Relaciones entre nietos y abuelos, régimen de visitas: comentario a la STS de 28 de junio 2004”, *RJA*, nº 6, 2004, p. 255; EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Comentario a la Sentencia de 28 de junio de 2004”, *CCJC*, nº 68, 2005, p. 747.

¹⁷ ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia de los hijos*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 94 y RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 230.

¹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 235.

¹⁹ Hay quien lo califica como un derecho de la personalidad, en este sentido GARCÍA CANTERO, Gabriel, “En torno al derecho de visita”, en *El derecho de visita...cit.*, p. 247; SALANOVA VILLANUEVA, Marta, “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 Derecho Civil*, 1996, p. 966; BOTANA GARCÍA, op. cit., p. 551; otros como es el caso de

derecho relativo, subordinado al interés del menor, con independencia de su origen causal, es un derecho personalísimo, inalienable, irrenunciable e imprescriptible²⁰. A su vez, se ha calificado como indisponible e irrenunciable debido a que el acuerdo al que pueden llegar los progenitores y los abuelos “no puede ser negar el derecho, sino que solamente puede alcanzar al *como va a ejercitarse*”²¹.

Con anterioridad a esta regulación se consideraba que el derecho de los abuelos no se encontraba sometido a un régimen de visitas impuesto judicialmente (como puede establecerse en el caso de los progenitores) sino, que tenía un contenido más flexible debido a que dicha relación tiene una menor repercusión para la vida del menor, si bien, en cualquier caso es beneficiosa para su desarrollo. Ahora bien, este contenido concreto de este derecho se vé alterado con la nueva regulación y lo que hacen los Tribunales es establecer un régimen concreto y tasado de visitas. Por ejemplo el Auto del TS de 28 de junio de 2005 (RJ 522) establece: “*la visita o estancia de la menor Isabel con sus abuelos paternos tendrá lugar un sábado de cada mes, con una duración de 90 minutos y se desarrollará en el local al efecto que facilite la Diputación Foral de Bizkaia.*” O la STS de 28 de junio de 2004 (RJA 4321): “*puedan visitar a sus nietos y tenerlos en su compañía domingos alternos desde las 17,00 horas hasta las 20,30 horas del mismo día, recogiendo los abuelos a los niños en el domicilio familiar y reintegrándolos posteriormente al mismo.*” El modo de establecimiento se realizará por los progenitores en el propio convenio regulador, por el Juez si los progenitores no han previsto nada, por los progenitores voluntariamente si así lo solicitan el nieto o abuelos o por el Juez en sentencia en caso que así fuese reclamado de acuerdo con el art. 160.2 Cc²².

Aunque, la extensión no es la misma, no se puede otorgar a los abuelos el mismo régimen de visitas que se le otorgaría a uno de los progenitores debido, entre otros

DÍAZ ALABART, op. cit., p. 354, lo califican como un derecho personal incluido en los derechos familiares.

²⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 239 ss, en este sentido encontramos las SSAP de Toledo de 15 de enero de 1993 (AC 668); Lérida de 18 de febrero de 1993 (AC 567); Vitoria de 15 de marzo de 1993 (AC 289); Granada 25 de mayo de 1993 (AC 963); Toledo de 1 de diciembre de 1998 (AC 2487); Zaragoza de 25 de julio de 2005 (AC 1314). Tales caracteres también los pone de manifiesto ROCA TRÍAS, Encarna, "Comentario al artículo 94" en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 595; SALANOVA VILLANUEVA, Marta, "Aproximación al derecho de visita", *Actualidad Civil*, 1995-2, p. 492, si bien en relación al derecho de visita del art. 94 Cc, como manifiesta esta autora: "...su ejercicio no queda subordinado al arbitrio de éste, sino que solamente puede actuarse de acuerdo al deber a cuyo acatamiento está dirigido y en el marco de las finalidades éticas y sociales para las que ha sido concebido y reconocido."

²¹ DÍAZ ALABART, op. cit., p. 357.

²² Al respecto: COLÁS ESCANDÓN, op. cit., p. 81 ss.

motivos, a que estos ejercen la patria potestad. Y, es de derecho natural el mayor apego que tienen, en la mayoría de ocasiones, con dichos sujetos. Como pone de relieve LETE DEL RÍO²³, “...en esta situación el derecho de visita responde a la necesidad vivencial y afectiva más importante en el orden natural, y además dimana del propio ejercicio de la patria potestad como medio para velar por el hijo y ejercer el debido control y vigilancia sobre la guarda y custodia del mismo.” La STS de 11 de junio de 1996 (RJA 4756) “*el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto, fallecido el padre, no puede equipararse o igualarse a la condición que mantenía el menor con su padre, pues el establecimiento de un régimen de visitas a favor de un progenitor, tras una separación, nulidad o divorcio, no sólo descansa en el cariño mutuo la necesidad afectiva la conveniencia educacional para un niño que se está formando...también encuentra su apoyo en algo tan importante como es el ejercicio de la patria potestad.*”²⁴

2. NECESIDAD DE “*JUSTA CAUSA*” PARA IMPEDIR TAL RELACIÓN PERSONAL

Si acudimos al derecho de visita de los progenitores comprobamos que el art. 94 Cc establece la posibilidad de denegarlo: “...*podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen...*”.

El art. 160.2 Cc determina: “*No podrán impedirse sin justa causa...*”²⁵, de lo que se desprende que se trata de un derecho subjetivo reconocido legalmente²⁶. Tal causa servirá para fundamentar tanto la negativa como la limitación o suspensión del derecho²⁷. Otro punto a destacar es que tal posibilidad de relación se encuentra

²³ LETE DEL RÍO, José Manuel, “Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)”, *Rev. Poder Judicial*, marzo 1992, n° 25, p. 149.

²⁴ La SAP de Madrid de 7 de mayo de 1992 (AC 749); SAP de Segovia de 7 de abril de 1994 (AC 615); SAP de Lleida de 28 de febrero de 2000 (AC 767); SAP La Coruña de 20 de julio de 2007 (AC 2257).

²⁵ El Code hace referencia a “*motivos graves*”, art. 371-4.

²⁶ LETE DEL RÍO, op. cit., p. 148, “constituye confirmación de la existencia de un verdadero derecho subjetivo en favor de los parientes o allegados a relacionarse con el menor.” En igual sentido se pronuncia CARBAJO GONZÁLEZ, op. cit., p. 1505; PRADA GONZÁLEZ, op. cit., p. 389, establece “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.”

²⁷ En este sentido SAP de Valencia de 9 de enero de 2003 (JUR 92861): “*el régimen de visitas le crea al menor una gran perturbación, siendo el mismo absolutamente nefasto para dicho menor, por lo que lo más aconsejable es la suspensión.*”

formulada de forma negativa “*No podrán impedirse sin justa causa...*”, de manera que será el sujeto que se oponga a la relación quien deba demostrar los hechos en que se sustenta. En este sentido la STS de 20 de septiembre de 2002 (RJA 8462)²⁸ establece: “*prueba que corresponde a la parte demandada, esto es, al padre que ostenta la patria potestad y que niega el mantenimiento de las comunicaciones con los parientes.*”

Así, incluso los progenitores del niño no pueden oponerse a que los abuelos se relacionen con el nieto “*sin justa causa*”. En este concepto, de difícil delimitación, se pueden incluir todas aquellas relaciones negativas para el menor en un sentido actual. Como manifiesta RIVERO HERNÁNDEZ²⁹ será muy difícil acotar a priori este término: “Unas veces serán cualidades personales o accidentales concurrentes en el pariente o allegado, otras veces pueden ser las del niño, en alguna ocasión su recíproco condicionamiento o en conjugada coincidencia con alguna circunstancia exterior a uno y otro...”. CARBAJO GONZÁLEZ³⁰, manifiesta que se debe entender por justa causa: “una relación no conveniente para el menor, y para su formación, por desarrollarse en unas circunstancias y en un entorno poco propicio, o por la concurrencia de cualquier otro impedimento.” DÍAZ ALABART³¹, enumera las siguientes: “aquellas que hagan peligrar la salud (física o psíquica), la integridad moral o la seguridad del menor, así como los casos en que la actitud de las personas que solicitan el derecho de visita atente contra las funciones que correspondan a los padres”.

La LOPJM en su art. 9 establece el “*Derecho a ser oído*”, el art. 154.3 Cc: “*Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten*” y, en el mismo sentido, el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del niño. Ahora bien, a dicha facultad del menor no se le debe otorgar tal relevancia que sobre la misma se fundamente el régimen de visitas. La Exposición de Motivos de la LOPJM concreta: “*...la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección*

²⁸ Véase: NAVARRO CASTRO, Miguel, “Comentario a la Sentencia de 20 de septiembre de 2002”, CCJC, nº 62, 2003, p. 461.

²⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 83 y 177, quien observa que: “Entiendo que además de graves, deben ser serios, legítimos y actuales, más que potenciales; deben ser cumplidamente probados por quien los alegue...las que pueden comprometer gravemente la salud física o moral del menor, vicios arraigados en aquél, vida licenciosa, anterior intento de corromper al niño...Por lo que respecta al menor, pueden serlo su salud delicada, incompatible con traslados o visitas, una aversión o hipersensibilidad respecto del aspirante a las visitas que hagan éstas totalmente desaconsejables por su nocivo efecto para el niño hasta que cambie la actitud de éste...”.

³⁰ CARBAJO GONZÁLEZ, op. cit., p. 1502.

³¹ DÍAZ ALABART, op. cit., p. 368; COLÁS ESCANDÓN, op. cit., p. 140 alude a “aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo, salud, seguridad, educación o dignidad.”

a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro.” Al respecto podemos citar la STS de 11 de junio de 1998 (RJA 4681): “...*el derecho a expresar su opción libremente en todos los asuntos que le afecten, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga...*”.

Por tanto, no se considera justa causa el testimonio desfavorable del menor. La simple negativa del niño no es causa suficiente para denegar tal derecho sino, que se deben tener en cuenta el resto de circunstancias concurrentes, tal como establece la STS de 17 de septiembre de 1996 (RJA 6722) en primera Instancia se denegó la relación con los abuelos debido a “...*su manifestación, al ser explorado, de que no deseaba conocer al abuelos...*”.³² Por ejemplo la SAP de Vizcaya de 14 de julio de 2004 (JUR 73006) establece: “...*si partimos de esta finalidad del establecimiento de un régimen de visitas entre los abuelos y el nieto, para conseguir el pleno desarrollo del menor, buscando su propio interés, habrá que concluir que la realización de dicha comunicación no puede quedar a la decisión última y arbitraria del menor, puesto su propio interés justifica su comunicación con el abuelo materno.*” A su vez, se debe comprobar, que no ha existido manipulación en la voluntad del menor, tal como establece la STS de 25 de febrero de 2003 (JUR 47612).

No se viene considerando como justa causa, para denegar tal relación, el hecho que los abuelos no hayan mantenido relación con los nietos a lo largo de toda una serie de años. Para estos supuestos se debería ir graduando la relación de los mismos poco a poco³³.

Tampoco se puede considerar justa causa, la mala relación de los progenitores con los abuelos que pretenden relacionarse con los menores. Aunque, en este punto encontramos pronunciamientos contradictorios³⁴.

³² Entre otras: STS de 11 de junio de 1998 (RJA 4681); STS de 30 de marzo de 1999 (RJA 1870).

³³ COLÁS ESCANDÓN, op. cit., p. 129. Véase SAP de Lleida de 3 de marzo de 2004 (JUR 119153); SAP de Zaragoza de 30 de abril de 2001 (JUR 142672).

³⁴ Encontramos sentencias que consideran tal hecho como motivo suficiente para denegar el derecho de visita es el caso de: SAP de Jaén de 19 de enero de 2001 (AC 507); SAP de Valencia de 28 de enero de 2003 (JUR 93272); SAP de Sevilla de 12 de marzo de 2004 (JUR 127090); SAP de Salamanca de 24 de junio de 2004 (JUR 207884) aunque la línea mayoritaria se expresa en sentido contrario: STS de 11 de junio de 1998 (RJA 4681); STS de 20 de septiembre de 2002 (RJA 8462); SAP de León de 21 de abril de 2004 (JUR 171825); SAP de Lleida de 3 de marzo de 2004 (JUR 119153); SAP de Baleares de 6 de septiembre de 2002 (JUR 271944).

A pesar de que no se pueda establecer como “justa causa” las tensas relaciones de los parientes, habrá que ponderar la situación y comprobar en cada supuesto determinado los hechos. Sin que se pueda afirmar a priori la denegación del derecho de visita³⁵. Siendo necesario adentrarse en el entorno del menor y decidir, globalmente, sobre tal parecer. Ello conllevará que en determinadas circunstancias y a la vista de los informes psicológicos se podría considerar como “justa causa”, en tanto redundase perjudicialmente en el menor. Como establece RIVERO HERNÁNDEZ³⁶, al tratar la modificación del régimen de visitas de los progenitores que se puede hacer extensible a los supuestos tratados: “Cuando con ocasión de las visitas acuse el menor de una manera reiterada profunda y grave, las tensiones que hay entre sus progenitores separados, es posible que en algún caso, valoradas las causas y las responsabilidades de cada uno de éstos, pueda venir indicado, en provecho del menor, portador del interés más valioso, una separación o alejamiento de éste respecto de alguno (o de los dos) de aquellos...”. SALANOVA³⁷ observa que para denegar las relaciones “...la situación debería ser realmente extrema y el juzgador habrá de examinarla cuidadosamente, siendo un factor a tener en cuenta la moralidad -el sentido común si se quiere- del visitante, en la medida que cupiera esperar de él, que no transmitiera al menor la tensión y el odio que a aquél le enfrentan.”

La modificación del régimen de visitas de los abuelos, tiene un importante paralelismo con el régimen general de los progenitores³⁸. Ello debido a que, en esta materia, se tiene en cuenta como interés predominante el del menor. El régimen de visitas concedido inicialmente puede ser modificado³⁹, en cualquier momento, otorgándole una cierta flexibilidad. Puede ocurrir que en un determinado instante concurra esta justa causa, si bien, desaparezca con posterioridad. Ello a pesar de que el término establecido en el art. 160.2 Cc “*impedirse*” tiene una connotación más definitiva que “*limitar o suspender*”

³⁵ GARCÍA PASTOR, Milagros, “El derecho de visita en circunstancias excepcionales (SSTS de 22 de mayo y 21 de julio de 1993)”, *Actualidad Civil*, 1995-4, p. 759 de esta misma autora ver: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw Hill, Madrid, 1997, que excluye este derecho en todos los casos en que se produce contienda entre padres y abuelos.

³⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 185.

³⁷ SALANOVA VILLANUEVA, "Notas sobre el derecho de los abuelos...cit., p. 954, a su vez considera que: “...padres y abuelos estarán más inmunes al alegato de la “tensión perniciosa para el menor” que colaterales y otros allegados.

³⁸ SAP de Madrid de 7 de mayo de 1992 (RJA 749).

³⁹ Sobre el particular ver: MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, Carlos, "El derecho de visita en la reciente praxis judicial", *Aranzadi Civil*, 1994-I, p. 158, quien diferencia entre denegación, modificación, limitación y suspensión.

del art. 94 Cc, aunque, en relación a estos últimos conceptos se viene cuestionando si se engloba en los mismos la supresión definitiva⁴⁰. La justa causa servirá “para denegar la relación personal solicitada, pero también puede hacerlo para suspenderla o para limitar su contenido.”⁴¹

III. LA PATRIA POTESTAD Y EL INTERÉS DEL MENOR

Debido a que el derecho de visita tiene su sustento en la patria potestad, se cuestionó la posibilidad de otorgarlo a “los abuelos” debido a que: “...es difícil predicar tal facultad del que nunca ha sido titular del derecho originario.”⁴² A todo ello hay que matizar que si bien, el fundamento de la relación de padres e hijos y, abuelos con nietos es diversa, no se puede negar la comunicación de estos últimos.

CARBAJO GONZÁLEZ⁴³, manifiesta que “...no afecta su contenido a la institución de la patria potestad prevista en la misma sede, salvo que se entienda la norma como un deber más de los que impone la función de la *potestas* a los padres, deber de soportar las relaciones de sus hijos con terceros.”

Se debe partir de la idea que la patria potestad no es un derecho absoluto (art. 170 Cc) y como tal no puede ejercitarse sin limitación alguna, siendo las restricciones al referido ejercicio uno de los logros de la reforma acontecida en 1981. Con anterioridad, tal como puntualiza PRADA GONZÁLEZ⁴⁴, “en ningún momento podían los Jueces inmiscuirse en el ejercicio de la patria potestad, que era facultad sagrada de los padres”. Los titulares de la patria potestad deben crear un ambiente propicio para el desarrollo del niño. Disponiendo el Juez de amplias facultades a la hora de dirimir controversias en estas cuestiones. Anteriormente, el padre disfrutaba de gran libertad, siendo el Juez un mero apoyo a las decisiones que aquel tomaba.

El art. 154.2 Cc al tratar la patria potestad establece que uno de los deberes de los padres es el de “*velar por ellos*”, por lo que se podría subsumir, en el mismo, su derecho a pronunciarse sobre el régimen de visitas que consideren oportuno. Según

⁴⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 193.

⁴¹ DÍAZ ALABART, op. cit., p. 367.

⁴² RUIZ DE LA CUESTA, Rafael, “Praxis judicial sobre los sujetos y el contenido de la facultad y régimen de visitas”, en *El derecho de visita...*cit., p. 269.

⁴³ CARBAJO GONZÁLEZ, op. cit., p. 1504.

⁴⁴ PRADA GONZÁLEZ, op. cit., p. 377.

LETE DEL RÍO⁴⁵, “...comprende tanto la vida física como la moral o afectiva del menor y supone, por tanto, para sus titulares el control efectivo de la vida de relación del mismo, con la consecuencia de poder actuar con arbitrio o discrecionalidad (no con arbitrariedad), prohibiendo o limitando ciertas relaciones en general o con determinadas personas en particular.” Por contra, la STS de 23 de noviembre de 1999 (RJA 8278)⁴⁶ trata de unos hechos donde el padre pretendía limitar el régimen de visitas que se había concedido a los padres de su mujer difunta, al manifestar que: “...*la Sentencia impugnada vulnera los artículos 154 y 156 del Código Civil, relativos al ejercicio y contenido de la patria potestad y modalidades del ejercicio conjunto de la misma por los progenitores, por cuanto que se ha interpretado erróneamente el artículo 160, párrafo segundo, al excederse el órgano jurisdiccional en la estimación de lo que en el mismo se dispone...*”.

Al otorgarse este derecho a los “*abuelos y otros parientes y allegados*”, con independencia de la voluntad de los padres, se ha entendido que se configura como una limitación a la patria potestad⁴⁷, que es alegada -en determinadas circunstancias- por los progenitores para fundamentar la justa causa que conllevaría la exclusión de tal derecho.

Ello tiene su fundamento y origen en la STS de 14 de octubre de 1935 (RJA 1858) donde una abuela pretendía relacionarse con sus nietas y ante ello el Tribunal estableció: “...*dadas las circunstancias que en el caso concurrían, constituye un abuso de autoridad (de la patria potestad) dañoso para los sentimientos de la niña...*”⁴⁸.

⁴⁵ LETE DEL RÍO, op. cit., p. 148, comentario que recoge expresamente la SAP de Toledo de 3 de junio de 1994 (AC 1126) y SAP de Toledo de 21 de mayo de 1998 (AC 1197); SALANOVA VILLANUEVA, op. cit., p. 948.

⁴⁶ Véase: RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, “Reconocimiento judicial del derecho de visita de los abuelos a sus nietos y ejercicio de la patria potestad. Acceso casacional del problema de la extensión del régimen. La disposición transitoria 10ª de la Ley de 13 de mayo de 1981: Comentario a la STS de 23 de noviembre de 1999”, *Rev. Derecho Privado*, nº85, 2001, p. 75.

⁴⁷ En este sentido ver: SALANOVA VILLANUEVA, op. cit., p. 948, entiende que se trata de una intromisión en la patria potestad; en igual sentido PRADA GONZÁLEZ, op. cit., p. 389; por el contrario CARBAJO GONZÁLEZ, op. cit., p. 1505, no considera que: “...la relación entre el menor y los terceros no está contemplada en la ley desde la perspectiva del progenitor, que debe soportarla y posibilitarla, sino desde la perspectiva del interés del menor, que exige para su satisfacción el trato y la comunicación con terceras personas aun a riesgo de limitar las facultades paternas”; RIVERA ÁLVAREZ, op. cit., p. 644.

⁴⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 225 y 235: “El titular de la patria potestad no tiene un derecho exclusivo (cada día menos) ni puede monopolizar las relaciones del menor, ni puede convertirse en intérprete único de las necesidades relacionales del hijo “in potestate”...Ese derecho de relaciones con terceros se halla, pues, muy ceñido a la propia persona del menor -anterior a toda mediatización jurídica- en sus niveles más íntimos y exclusivamente suyos (ámbito de sentimientos, corrientes de afectos, proyecciones personales) que exceden de lo que otros (incluso sus padres) pueden dictarle o imponerle.”

Ahora bien, los abuelos no se deben inmiscuir en las decisiones paternas, tal como consta en la SAP de Barcelona de 23 de enero de 2007 (JUR 192712): “...deben respetarse los roles que les corresponden a cada una de las partes, la abuela...no puede interferirse en la educación de la niña y debe respetar las pautas que establezca el padre...la abuela debe cumplir su propio rol dentro de la jerarquía familiar. De lo contrario, se promueve y fomenta una situación de conflictividad que colocaría a la niña en una situación de angustia, de manera que las relaciones con la abuela, en lugar de resultar gratificantes y de cumplir la función que prevé la Ley antes señalada, irían en perjuicio del interés de la menor, en tanto generarían inestabilidad en la misma.”

En relación al principio que debe primar en todo momento como es el interés del menor la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre establece: “El interés del hijo, principio rector de nuestro derecho de familia, vertebró un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones...”.

Al establecer el art. 160.2 Cc la posibilidad de que los niños se relacionen con otros sujetos con independencia de sus padres, se desprende que el derecho de visita no tiene su fundamento en la patria potestad sino en el parentesco, o incluso en relaciones de afectividad, por lo que incluimos en dicho derecho a otros sujetos como son los allegados. Otros⁴⁹, encuentran su fundamento en la “naturaleza de las cosas”.

Se viene considerando que no es tanto un derecho de los progenitores sino un derecho de los propios niños⁵⁰. La SAP de Zaragoza de 30 de abril de 2001 (JUR 142672) “...derecho de los menores de comunicación con su familia en este caso paterna...”. El Auto de la AP de Álava de 23 de marzo de 2000 (AC 819): “...el derecho de los abuelos y tíos a relacionarse con la niña, ni el correlativo y más importante si cabe derecho de ésta a relacionarse con aquéllos...”. MATA VIDAL⁵¹, establece que “no

⁴⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 222; sobre el tema ver: RIVERA ÁLVAREZ, op. cit., p. 639 ss, apartado "Fundamento del derecho de visitas de los parientes y allegados", que enumera como posibles fundamentos: el interés de la sociedad en las relaciones familiares, el parentesco, las relaciones afectivas, el interés del menor, la libertad de relación del individuo como bien jurídico a proteger y la naturaleza de las cosas.

⁵⁰ En este sentido ver el art. 9.3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989: "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño."

⁵¹ MATA VIDAL, Daniel, "El interés de los menores y el régimen de visitas" en *El derecho de visita...cit.*, p. 313; PRADA GONZÁLEZ, José María, "Intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad a través del procedimiento de la Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981", en

sólo puede hablarse de un legítimo derecho de los abuelos para comunicarse con los nietos, sino también de una prerrogativa de éstos para tener contactos con aquéllos, de los que también pueden resultar enriquecidos en sus relaciones afectivas.” Por tanto, y de acuerdo con lo apuntado debemos tratar este problema no, desde el punto de vista de los abuelos, o sea como un derecho de éstos sino como un derecho de los propios niños. Ahora bien, si lo configuramos como tal derecho de los menores nos encontramos con que los padres, titulares de la patria potestad, podrían exigir a los abuelos la relación con aquellos. De ahí se deduce que no es tanto un derecho de los menores sino, una prerrogativa, que se puede utilizar siempre que prevalezca el interés de los menores.

Al resolver controversias de este tipo siempre debe primar el interés del menor, lo que tiene suma importancia debido a la situación de tensión que se suele generar. Por tanto, el beneficio del menor en todos los sentidos (formación, desarrollo, educación, relaciones personales...) debe primar cualquier decisión que le pueda afectar. STS de 24 de junio de 1929 (J. Civil, T. 189, p. 1051) Y, sobre el particular la STS de 30 de marzo de 1999 (RJA 1870) y el ATS de 3 de mayo de 2000 (RJA 3573) que reproduce lo establecido con anterioridad por la STS de 17 de septiembre de 1996 (RJA 6722).

Así, se debe tener en cuenta el interés del menor en cualquier caso, el “favor filii”: *“...elevado a rango constitucional (art. 39 CE) y consagrado en numerosos preceptos sustantivos (arts. 92, 103, 154 y 170 del Cc) conforme al cual debe procurarse, ante todo, el beneficio o interés de los menores, en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los intereses legítimos de los progenitores...”*, SAP de Toledo de 1 de diciembre de 1998 (AC 2487); SAP de La Rioja de 10 de febrero de 1999 (AC 493); SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 1996 (AC 2413). Si bien, como establece BERCOVITZ⁵², “...éste no debe ser incompatible en principio con la ponderación de los intereses de otros miembros de la familia (los intereses familiares)”.

Jurisdicción Voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, 1996, p. 106, "...ni es un derecho reconocible en los parientes, sino más bien está pensado en beneficio del hijo ni significa otra cosa que un derecho vago de relación que probablemente no llega a tener al hijo en su compañía sino simplemente a relacionarse con él y verle." DÍAZ ALABART, op. cit., p. 353.

⁵² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Comentario al art. 161" en *Comentario a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1076.