

LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS Y ABUELOS

Tesis doctoral que, para la obtención del grado de Doctor, presenta el Licenciado D. Tomás Méndez López, bajo la dirección del Dr. D. Pedro A. Munar Bernat, Catedrático de Derecho civil de la Universitat de les Illes Balears.

Palma de Mallorca, 2014

SUMARIO

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| CAPITULO I. RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS ENTRE EL DERECHO ANTIGUO Y LA LEY ESPECIAL | 11 |
| 1. ANTECEDENTES | 11 |
| 1.1. Derecho romano | 11 |
| 1.2. Derecho visigodo | 12 |
| 1.3. Derecho canónico y doctrina de la Iglesia | 15 |
| 2. NACIMIENTO DEL DERECHO A LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS Y SU DESARROLLO EN LOS DIFERENTES TEXTOS NORMATIVOS | 16 |
| 2.1. Origen | 16 |
| 2.2. Evolución | 16 |
| 2.2.1. En el derecho europeo | 16 |
| 2.2.2. En el derecho español | 17 |
| 3. REGULACIÓN POSITIVA | 20 |
| 3.1. Derecho internacional | 21 |
| 3.2. Derecho comunitario | 22 |
| 3.3. Código Civil | 26 |
| CAPITULO II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS | 32 |
| 1. ENCAJE EN EL CONCEPTO ACTUAL DE FAMILIA | 32 |
| 2. FUNDAMENTO | 37 |
| 2.1. Planteamientos doctrinales | 37 |
| 2.2. El “bonum nepotis” | 39 |
| 3. NATURALEZA JURÍDICA | 43 |
| 3.1. Tesis que se barajan | 45 |
| 3.2. Nuestra postura | 47 |
| 4. LIMITE A LA PATRIA POTESTAD | 62 |
| CAPÍTULO III. EL NUEVO SISTEMA DE RELACIÓN: DEL RÉGIMEN DE VISITAS A LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS Y ABUELOS | 66 |
| 1. LAS DIFERENTES ACEPTACIONES | 66 |
| 1.1. Régimen de visitas y comunicación | 66 |
| 1.2. Relaciones personales | 68 |
| 1.3. Régimen de visitas y comunicación-relaciones personales | 68 |
| 2. MODOS DE ARTICULAR LAS RELACIONES PERSONALES | 70 |
| 2.1. Establecimiento de un régimen de visitas y estancias | 70 |
| 2.2. Establecimiento de un régimen de comunicación | 78 |
| 3. DURACIÓN | 79 |
| 3.1. Constante matrimonio | 80 |
| 3.2. En supuestos de separación y divorcio | 83 |
| 3.2.1. Cuando los progenitores no mantienen relación con sus ascendientes | 83 |
| 3.2.2. Cuando uno de los progenitores vive con sus padres | 84 |
| 3.3. En supuestos de fallecimiento de uno de los progenitores | 85 |
| 4. QUIEBRA DE LAS RELACIONES PERSONALES | 86 |

| | |
|--|-----|
| 4.1. Ruptura del matrimonio o pareja..... | 86 |
| 4.2. Fallecimiento o declaración de fallecimiento de uno de los progenitores | 87 |
| CAPÍTULO IV. NEGACIÓN DE LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS | 92 |
| 1. SOLUCIONES PREVIAS AL CONFLICTO | 93 |
| 1.1 El Defensor Judicial..... | 94 |
| 1.2 El Ministerio Fiscal..... | 97 |
| 1.3. La mediación | 98 |
| 2. LA JUSTA CAUSA..... | 105 |
| CAPÍTULO IV. INCUMPLIMIENTO DE LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS... | 119 |
| 1.CONSECUENCIAS CIVILES..... | 120 |
| 1.1.Incumplimiento provocado por los progenitores. | 120 |
| 1.2. Incumplimiento provocado por los menores | 137 |
| 1.3. Incumplimiento provocado por los abuelos | 144 |
| 2. CONSECUENCIAS PENALES | 146 |
| 3. EJECUCIÓN FORZOSA..... | 151 |
| CAPÍTULO V. LOS MENORES EN SU CONTEXTO GLOBAL DE RELACIÓN. INCIDENCIA EN LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS..... | 157 |
| 1. PARIENTES..... | 158 |
| 2. ALLEGADOS..... | 162 |
| 3. EL SÍNDROME DEL MENOR AGOTADO | 166 |
| CAPÍTULO VII. DIMENSIÓN PRIVADA Y PROCESAL DE LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS | 171 |
| 1.RELACIONES NO PACTADAS VERSUS RELACIONES PACTADAS..... | 171 |
| 2. DIMENSIÓN PROCESAL..... | 174 |
| 2.1. Procedimientos consensuales..... | 174 |
| 2.2. Procedimientos contenciosos | 179 |
| CAPÍTULO VIII. LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS EN LOS ORDENAMIENTOS CIVILES AUTONÓMICOS | 182 |
| 1. DERECHO CATALÁN | 182 |
| 2. DERECHO ARAGONÉS | 186 |
| 3.DERECHO FORAL DE NAVARRA..... | 187 |
| CAPÍTULO IX. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS UNIONES DE HECHO..... | 189 |
| 1. LAS UNIONES DE HECHO: SOMERA MENCIÓN A SU ORIGEN Y REGULACIÓN EN LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS. | 189 |
| 2.ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY BALEAR, 18/2001, DE 19 DE DICIEMBRE DE PAREJAS ESTABLES | 193 |
| 2.1. Concepto. | 193 |
| 2.2. Notas distintivas | 194 |
| 2.3. Régimen de visitas y relaciones personales nietos-abuelos..... | 196 |
| CAPÍTULO X. LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS ANTE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE MENORES. | 200 |
| 1.INTRODUCCIÓN..... | 200 |
| 2. MARCO LEGAL..... | 201 |
| 2.1. Normativa internacional y estatal..... | 201 |

| | |
|---|-----|
| 2.2. Normativa de las Islas Baleares | 202 |
| 3. GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES. CONCEPTOS FUNDAMENTALES. | 203 |
| 4. CRITERIOS QUE PRESIDEN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES. | 209 |
| 5. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS | 215 |
| 5.1. Declaración de riesgo | 216 |
| 5.2 Acogimiento | 218 |
| 5.2.1 Acogimiento familiar simple | 218 |
| 5.2.2 Acogimiento familiar permanente | 225 |
| 5.2.3 Acogimiento preadoptivo | 226 |
| 5.3 Adopción | 229 |
| 5.4. Guarda de hecho | 232 |
| 6. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES | 234 |
| CAPÍTULO X. TRIBUNALES DE JUSTICIA Y RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS... | 245 |
| 1. INCIDENCIA EN LA LEY ORGÁNICA 1/2004 DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO | 245 |
| 2. ANÁLISIS CRÍTICO Y COMENTARIOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES..... | 247 |
| 2.1. Sentencias que han reconocido relaciones personales entre nietos y abuelos. | 250 |
| 2.2. Sentencias que han dejado en suspenso relaciones personales previamente establecidas | 299 |
| 2.3. Sentencias que han considerado no conveniente fijar relaciones personales... | 302 |
| CONCLUSIONES..... | 306 |
| BIBLIOGRAFÍA | 314 |
| TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA..... | 316 |

INTRODUCCIÓN

El presente estudio desarrolla de una manera profusa y destacada la relación entre los nietos y sus abuelos, sobre todo a raíz de las modificaciones experimentadas en este campo por la Ley de 21 de noviembre de 2003 de reforma del Código Civil. El legislador con ello, trae al presente una realidad que bien, por ser sobradamente conocida, o por olvido, o por temor a las consecuencias que su regulación podía conllevar en las relaciones familiares (sobre todo en casos de crisis matrimoniales), permanecía hasta entonces en un limbo jurídico que sin duda menoscababa los legítimos intereses de los afectados, nietos y abuelos.

La última década del siglo XX y sobre todo los años ya corridos del Siglo XXI, marcan sin duda una tendencia inequívoca e inexorable hacia una sociedad de mayores. La mayor esperanza de vida de los ciudadanos, provocada por los extraordinarios progresos de la ciencia médica, determinan que gran parte de las personas que se encuentran en la tercera edad se mantengan en un razonable estado de bienestar psíquico y físico hasta los 80 u 85 años, es decir, al menos veinte años después de haber finalizado su actividad laboral y haber alcanzado su jubilación. Los mayores se han convertido pues, en algunos casos a su pesar, en detentadores de un tesoro cada vez más apreciado, “el tiempo”. Es esto precisamente, el tiempo, lo que por el contrario escasea en la población en activo; en la mayor parte de las familias nucleares de este país ambos progenitores se encuentran trabajando, lo que sin duda repercute directamente en su vida familiar al no poder permanecer con sus hijos durante el transcurso del día, provocando, en no pocas ocasiones, que tengan que esperar a la caída de la noche para poder ver a sus vástagos y compartir, aunque sea por escasos momentos, las vivencias acontecidas a lo largo de la jornada, dejando por ello las mayores atenciones para el final de semana.

Ante este modo de vida que se abre paso día a día, impuesto por la propia dinámica de la sociedad -y por qué no decirlo, por el propio deseo de los progenitores de disponer de independencia económica, personal y social- la figura de los abuelos alcanza una importancia fundamental, ya que se están convirtiendo en los verdaderos cuidadores de

sus nietos: muy a menudo son los abuelos los que se ocupan de llevar diariamente a sus nietos al colegio, de recogerlos a su salida, de procurarles alimento al mediodía, y de llevarlos ya por la tarde a las actividades extraescolares, éstas últimas, en mayor número de lo deseable, decididas por los progenitores con el único propósito de que los niños estén ocupados. Los “abuelos canguros”, como coloquialmente se les denomina, ya son al menos un 4% del total, y según datos de la encuesta de mayores del año 2010 elaborada por el Ministerio de Sanidad y Política Social, dedican una media de seis horas al día al cuidado de sus nietos. La Sociedad Española de Geriatria y Gerontología (SEGG) afirma que el tiempo que estas personas pasan con sus nietos se compara con la jornada laboral de un trabajador y, por ello exigen no sobrecargarles de tareas para no provocarles ansiedad, estrés o depresión, lo que sin duda es hartó complicado ante la situación económica actual y la dificultad de los padres de conciliar la vida laboral y familiar. Según los datos obrantes en el Libro Blanco del Envejecimiento Activo, presentado en noviembre de 2011 por la Directora General de Política Social, siete de cada diez abuelos españoles participan en el cuidado de sus nietos y un 89% mantiene “relaciones familiares estrechas”.

El apego creado entre nietos y abuelos en ocasiones es de tal entidad que, ante una crisis de la pareja, su postura puede convertirse más en un problema que en una solución. Así, resulta tristemente frecuente que los que hasta entonces se ocupaban de la atención y cuidado diario de los hijos del matrimonio, de un día para otro, sean vistos desde otra perspectiva por uno de los cónyuges, o por ambos: con desconfianza, con resentimiento, y lo que es peor, con la sospecha, o incluso certeza, de que desde ese momento la función que han venido desarrollando con sus hijos ya no la van a desempeñar correctamente, o que el hecho de que les vean habitualmente pueda resultar perjudicial para el estado de ánimo y desarrollo personal de los menores. Se identifica por tanto con demasiada frecuencia, que el fracaso de la relación matrimonial lo es a su vez de todo el núcleo familiar, entendido en este caso como familia linaje, extrapolando las consecuencias más dañinas de la ruptura a los abuelos que, aunque en efecto se hayan mantenido al margen de las disputas del matrimonio, se ven afectados de lleno, al considerar, en gran parte de

la casuística sin sustento alguno, que en su comportamiento futuro van a primar los intereses de sus hijos respecto de los de sus nietos.

Cuando la situación familiar llega a estos extremos, la relación de los nietos y abuelos, que hasta este momento se encontraba imbuida por la natural relación familiar, se hace ver y adquiere especial significación por sí misma. En este marco, la respuesta de los abuelos no sólo se proyecta frente al progenitor sobre el que no les unen vínculos de sangre, sino también contra su propio descendiente, no siendo en modo alguno infrecuente que en este último ejemplo se planteen arduas contiendas entre padres e hijos, sobre todo cuando los primeros culpan directa o indirectamente a los segundos del fracaso de la relación matrimonial y optan abiertamente por una postura de defensa del agraviado y de sus nietos, o solamente de sus descendientes. En este contexto, los abuelos contemplan las relaciones con sus nietos como un modo de protegerlos de los agravios del progenitor ofensor, dando lugar a una problemática si cabe todavía más compleja. De manera frecuente no se advierte que los abuelos no pierden la condición de tales por la separación o divorcio de la pareja, los abuelos son lo que son y siempre lo serán, no pueden ser “ex abuelos”.

No debe olvidarse en esta contienda la postura de los más afectados, los menores. En la temprana edad asisten como actores pasivos a las pendencias que, enarbolando la bandera de sus derechos y de su interés, se producen entre los progenitores, o de éstos con sus abuelos, sin que por tanto tengan conciencia plena de lo realmente acontecido y decidido en su beneficio. Empero, al alcanzar suficiente juicio, es cuando efectivamente se convierten en agentes activos, cuando los menores deberían ser preguntados sobre la relación que desean mantener con sus abuelos, el modo y manera de llevarla a cabo y su extensión: su postura por ello se complica en demasía, al recaer gran parte de la resolución de la problemática planteada sobre los mismos, lo que a la postre suele desembocar en cuadros de ansiedad afectiva y de conflicto de lealtades, especialmente cuando las relaciones con sus padres y abuelos son óptimas y las de éstos entre sí, no lo son tanto.

Raramente estas discrepancias se solucionan por la vía del diálogo y la comprensión mutua entre los implicados sin necesidad de requerir la intervención de la autoridad, sino que de contrario, es cada vez más usual que para la defensa de los derechos legítimos de los abuelos a mantener una relación fluida con sus nietos se tenga que acudir a la intervención de los Tribunales de Justicia. Los abuelos en los últimos años, no sin cierta desconfianza, están acudiendo a la escena jurídica para intentar comprender qué significa el derecho a relacionarse con sus nietos y cómo lograr su reconocimiento, conocedores como son, de su facultad de transmitir valores, tradiciones, enseñanzas y experiencias vitales, como ningún otro puede hacerlo. Y es precisamente el conocimiento y conciencia de su efecto beneficioso para los menores, el que está provocando que los abuelos sean más reacios a supeditar sus intereses a los de los progenitores titulares de la patria potestad, surgiendo así un problema jurídico de primer orden.

Los hijos en la minoría de edad dependen de sus padres, por eso éstos deben ser especialmente garantes con todo aquello que pueda tener trascendencia en su futuro desarrollo. Esta posición de garantes debe ser ejercida con responsabilidad, o lo que es lo mismo, debe ceder ante el interés superior de los menores y en detrimento de los egos propios. Las relaciones nietos-abuelos, como derecho de los menores, se forjan y se hacen fuertes en los primeros años de vida, sino se garantiza el derecho en estos momentos, se corre el riesgo de su desnaturalización. Las relaciones personales de los nietos con sus abuelos, bien concebidas y medidas en tiempo y forma, constituyen para los nietos una experiencia propia de la niñez, de la infancia y de la pubertad, un valioso bagaje que les acompañará toda su vida.

Los menores necesitan bases seguras, y generalmente son los padres quienes se las brindan. Pero cuando los progenitores, fundamentalmente por motivos laborales, pasan poco tiempo con sus hijos, son los abuelos los que colman ese vacío, son sus referentes, los que les proveen de seguridad, que es el peldaño fundamental en su desarrollo. Cuando por acción u omisión, o de manera deliberada o negligente, se priva injustamente a los menores de estas relaciones, en definitiva se les está arrebatando algo que les pertenece por derecho propio, se les está alejando de su ecosistema básico, lo que sin duda les

debilitará en su formación, con tendencia a que de mayores hagan aquello que han visto, con lo que el perjuicio familiar en cierta forma se perpetua. Los progenitores, como personajes principales de la escena familiar, no sólo deben contribuir a la formación de la identidad individual de sus hijos con el respeto a sus opiniones y modo de ser, sino que deben también proporcionar a éstos estabilidad y continuidad. Las rupturas y las ausencias deben paliarse con normalidad, con adaptación. En las relaciones nietos-abuelos, si falta la justa causa, todo es adaptación (de padres, menores y abuelos).

Están siendo pues los tribunales los encargados de encauzar y resolver los conflictos intrafamiliares que se plantean en torno a las relaciones personales entre nietos y abuelos, indagando, caso por caso, cuál es el verdadero interés de los menores, cuál es su beneficio, y, cómo debe ser su desarrollo personal adecuado. La reflexión obligada que emerge de estas observaciones es, si quizás no sea ésta, una cuestión en la que se debe hacer hincapié de una manera más vehemente en la posibilidad de solucionar gran parte de este conflicto a través del consenso, del encuentro, de la concordia, en definitiva de la mediación.

Ante la ausencia, en las relaciones nietos-abuelos, de controversias de naturaleza económica propias de las relaciones conyugales, dígase -pensión de alimentos, pensión compensatoria, uso y disfrute del domicilio conyugal y pago de las cargas familiares-, es cuando la solución al conflicto puede conducirse con mayores opciones de éxito por el camino de la mediación, al ser ésta un vía más flexible, en tanto menos formalista que la judicial, siempre y cuando, claro está, se acuda a las sesiones de mediación con buena fe y voluntariedad, lo que tampoco es fácil de conseguir a priori.

Las relaciones familiares nietos-abuelos se pueden encarar para su adecuado examen desde un doble ángulo: el de los nietos, y, el de los abuelos.

En esta tesis se tratará de analizar con mayor empeño la perspectiva de los primeros frente a los segundos, intentando evitar con ello la deriva habitual de parte de los artículos que sobre la temática se han ido publicando, los cuales aún sin pretenderlo, suelen relegar el derecho de los nietos centrando su atención en los abuelos, dejándose

llevar por la inercia de que son éstos últimos los que generalmente accionan en defensa de sus derechos legítimos.

CAPITULO I. RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS ENTRE EL DERECHO ANTIGUO Y LA LEY ESPECIAL

1.ANTECEDENTES

1.1 .Derecho romano

El derecho antiguo, y especialmente el derecho romano, fruto de la romanización de la península ibérica, ha sido, y aún lo continúa siendo en parte, el germen del derecho civil actual. Nos preguntamos por ello si el derecho romano, como regulador primario de las instituciones y conceptos jurídicos, tuvo en cuenta de algún modo las relaciones personales entre nietos y abuelos.

La respuesta al anterior interrogante se resuelve en sentido negativo. En efecto, no existe ningún texto romano conocido que aluda expresamente a este derecho de los ascendientes al trato con sus descendientes, ni viceversa, ni siquiera de manera difusa. Adentrándonos por ello en el siempre vago camino de las hipótesis, la idea en torno a lo que en realidad podía haber ocurrido al respecto en esta etapa de la historia la podemos extraer de la posición de los abuelos en el derecho romano: recordar que en este momento histórico el abuelo paterno, hasta tanto en cuanto no concediera la emancipación a sus hijos, tenía la patria potestad sobre los mismos y sobre los descendientes de éstos (nietos). El derecho más antiguo les otorgaba a los ancianos una autoridad jurídica sobre toda la familia.

La autoridad de la que estaba investido el “pater familias” le concedía un poder absoluto sobre su mujer, sus hijos y sus nietos; lo que le permitía incluso disponer de su vida y muerte o de entregarlos como esclavos.

En lo tocante a las relaciones personales, el pater tenía sobre el hijo un ancestral derecho de vida y muerte; de corrección (encerrarlo, azotarlo o mantenerlo encadenado y dedicado a los trabajos de campo); de abandono, especialmente en caso de no poder mantener al hijo o de no querer reconocerlo; de abdicatio o de echarlo de casa, de venta, e incluso se liberaba al pater de la responsabilidad derivada de los daños que pudiera causar un alieni iuris mediante el ius noxae dandi, derecho que se justificaba atendiendo a

que, la maldad de los hijos no perjudicara a los padres con más que con perder el cuerpo del responsable. Casaba y divorciaba a sus hijos y les nombraba tutor o los daba en adopción”¹.

No ocurría lo mismo con el abuelo materno, pues al entregar a sus hijas a su marido, éstas pasaban a su poder, se incorporaban a su familia y quedaban por consiguiente bajo la potestad del nuevo “pater familias”, que lo podía ser su esposo, “sui iuris”, si éste hubiera alcanzado la emancipación y tuviese sucesión, o del padre de éste, (abuelo), si era filius familias. Se producía por tanto una curiosa paradoja: el abuelo tenía potestad sobre los nietos, en tanto que hijos de sus hijos, pero no de los nietos hijos de sus hijas. En el primer supuesto, en modo alguno podíamos estar ante un derecho de relaciones personales entre nietos y abuelos, pues los primeros estaban sujetos a la patria potestad de los segundos; en el segundo supuesto, bien podría haber existido esa relación por la máxima de no romper absolutamente los lazos con la familia de la que en parte se procede, aunque como hemos reseñado anteriormente, tal afirmación sería más bien fruto de una suposición lógica y natural derivada de la interpretación del acervo jurídico vigente en aquel momento, que de la verdad histórica².

1.2. Derecho visigodo

Cuando los pilares de la Roma fuerte, poderosa, dueña del mundo y exportadora de cultura durante siglos empezaban a flaquear en toda su dimensión -política, económica, administrativa, militar y social-, al mismo tiempo se estaba produciendo la infiltración progresiva de pueblos que, situados más allá de los límites del imperio, y por razones muy diversas (geográficas, bélicas, búsqueda de nuevas tierras de cultivo...etc) veían en la denostada metrópoli la posibilidad de afianzarse en nuevos territorios. Lo que se ha denominado como pueblos germánicos -pues salvo algunos de origen iranio, como los hunos y los alanos, la mayor parte son germanos, entendiéndose por tal al grupo étnico que se extendía por un espacio físico que hoy en día se correspondería con los países formados en torno al Mar Báltico, fundamentalmente el norte de Alemania, Dinamarca y

¹ PIQUER (2009), p.348.

² VIVES(1948), pp.31-41.

sur de Noruega y Suecia-, cruzaron la barrera natural de los Pirineos en torno al año 409, al frente de tres pueblos legendarios, esto es: suevos, vándalos y alanos. Los visigodos, que a la postre serían los vencedores y fundadores del nuevo reino hispánico, Gotia, no penetraron en la península, salvo algunas incursiones rápidas y de escasa duración en el tiempo, hasta mediados del Siglo V, pero no será hasta mediados del siglo VI cuando fijen definitivamente la capital de su reino en Toledo.

Dejando atrás las referencias históricas, más propias del estudio de otras disciplinas del saber, y en lo referente a la cuestión que nos ocupa y preocupa, “las relaciones familiares”, éstas en el reino visigodo venían caracterizadas por una idiosincrasia especial. En este ámbito, el derecho germánico hacía referencia a dos instituciones básicas: la Sippe y el Mundium³.

La Sippe tenía una doble significación: a) en un primer sentido, designaba el conjunto de todos los parientes de sangre de una persona, dentro de cuya asociación de parientes se hallaban contrapuestos el grupo de los Magen paternos y el de los Magen maternos, llegando a distinguir las cuatro líneas y las ocho líneas avunculares, es decir, los grupos de la Magschaft de la persona que sirve de partida, cuya transmisión sobrevive por los cuatro abuelos y/o por los ocho bisabuelos respectivamente; y b) en un segundo sentido, el conjunto de parientes por línea masculina procedentes de un tronco común, este último significado determinaba que la Sippe se constituía como una unidad jurídica, pues ante la muerte de uno de sus miembros, el resto estaba legitimado para ejercer la venganza de la sangre o para reclamar su parte en la división de sus bienes.

El Mundium, por su parte, se identificaba con la patria potestad germánica. A diferencia del derecho romano en el que la patria potestad se constituía fundamentalmente con carácter vitalicio, aquí ésta se mantenía mientras el hijo vivía en casa del padre, y por consiguiente se extinguía al alcanzar una vida económica independiente o en el caso de las hijas cuando contraían matrimonio. No deja pues de resultar curioso que hoy en día el criterio jurisprudencial y doctrinal para eliminar la pensión de alimentos, y por tanto para

³ Sobre esta cuestión, VIVES (1948), pp. 43-45.

suprimir el derecho a su disfrute a los hijos mayores de edad, sea precisamente el haber alcanzado esa independencia económica, el haberse integrado en el “mundo” laboral o de los adultos, expresiones que sin duda nos recuerdan ese modo de actuar de los antiguos que formaba parte de su estructura normativa, y que nos hace pensar que no todo es tan innovador como a primera vista pudiera parecernos.

En este contexto, es obligado preguntarnos si las relaciones familiares entre nietos y abuelos alcanzaron relevancia en el derecho visigodo. Pues bien, la respuesta no es diferente de la apuntada anteriormente respecto de lo acontecido en la época romana: no tenemos constancia documental de que estas relaciones tuvieran un trato diferenciado y por ende singular en el derecho germánico. Sin embargo, la lógica interna de las instituciones jurídicas germánicas a las que hemos hecho referencia, en especial la Sippe, nos hace inferir, siempre claro está con todas las cautelas que el hablar de hechos históricos y no constatados requiere, que en efecto esa vinculación necesariamente debía estar presente, y no solamente como mera espectadora de las relaciones entre hijos y padres, en tanto que éstos eran los verdaderos detentadores de la patria potestad, sino por el contrario de una manera activa, participativa e influyente.

El Mundium germánico, en contraste con la patria potestad romana -que se centraba más en la idea de vínculo, de sujeción, de disposición sobre la vida y la muerte de su stirpe-, tenía un carácter fundamentalmente protector, guardián, custodio y tutelar; prueba de ello es que culminaba su regulación con la obligación ineludible de mantener al miembro de la Sippe que caía en la indigencia o en la desgracia. No resulta por tanto extraño pensar que en éstas circunstancias de cohesión familiar y de solidaridad entre los miembros del grupo, los bisabuelos, los abuelos, los padres y los nietos, tuvieran una vinculación especial, al ser los primeros transmisores principales de la idea de familia, de unidad, de colectividad, así como de las costumbres y tradiciones del pueblo al que pertenecían. Y en este afán de suponer, podría igualmente argumentarse que la falta de prueba escrita de tal fenómeno significaría que no se trataba de una ley escrita, sino de un derecho consuetudinario, cuyas raíces ahondaban en la idea más profunda de unidad familiar y social.

1.3. Derecho canónico y doctrina de la Iglesia

Los abuelos en el devenir de la Iglesia Católica han ocupado desde siempre una relevancia fundamental en cuanto actores imprescindibles de la familia en su versión cristiana. Ya Pío XII se refirió a la familia como “célula vital de la sociedad”, también lo hizo más tarde Juan XXIII, en su famosa encíclica “Pacem in Terris”, insistiendo en la misma idea, al afirmar que la familia era “como la semilla primera y natural de la sociedad humana”, y en idéntica línea, el Concilio Vaticano II, en la Const. *Gaudium et Spes*, al considerarla como la “célula primera y vital de la sociedad”.

En esta tesitura, y si bien el Código de Derecho Canónico nada dice al respecto sobre la relación entre abuelos y nietos o de éstos con los primeros, salta a la vista que los abuelos constituyen un eslabón esencial en la familia y que la comunicación entre ascendientes y descendientes se torna vital para fortalecer los lazos de afecto entre sus miembros y la transmisión de valores a las generaciones futuras, lo que sin duda enlaza con la auténtica naturaleza de la familia, que no es otra que contribuir a la ayuda recíproca, material y moral, especialmente en los años de vejez o en situaciones de enfermedad, soledad o abatimiento.

La versión cristiana de la familia entronca con el concepto clásico de familia linaje, familia extensa, formada no sólo por los progenitores y sus hijos, sino también por el resto de parientes que van a ocupar una posición central en la tarea de transmitir los valores cristianos; y donde los abuelos, desde los tiempos más remotos, se han convertido en sus guardianes. La trayectoria de la Iglesia y las enseñanzas que constituyen la base de su doctrina, nos pone de manifiesto que si formulásemos a sus sacerdotes la cuestión de cuál creen que es la importancia de los abuelos en el núcleo familiar y en relación con sus nietos, la respuesta sin duda pasaría por considerar que los abuelos son una parte fundamental de la familia cristiana, y que las relaciones con sus nietos devienen cruciales en el desarrollo personal y moral de estos últimos.

Discurso del Papa Benedicto XVI en el Encuentro Festivo y Testimonial de Valencia el 8 de julio de 2006:

Los abuelos pueden ser- y son tantas veces- los garantes del afecto y la ternura que todo ser humano necesita dar y recibir. Ellos dan a los pequeños la perspectiva del tiempo, son memoria y riqueza de las familias. Ojalá que, bajo ningún concepto, sean excluidos del círculo familiar. Son un tesoro que no podemos arrebatarnos a las nuevas generaciones, sobre todo, cuando dan testimonio de la fe ante la cercanía de la muerte ⁴.

2. NACIMIENTO DEL DERECHO A LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS Y SU DESARROLLO EN LOS DIFERENTES TEXTOS NORMATIVOS

2.1. Origen

El derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con un menor, o de comunicarse o relacionarse con él, tiene su origen histórico en el derecho francés. Concretamente su germen se encuentra en la sentencia dictada por la Cour de Cassation Francesa el 8 de julio de 1857, que casaba la dictada por el Tribunal de Montpellier de 17 de febrero de 1855, al permitir la posibilidad de que los abuelos de un menor pudieran ir a visitarle a su residencia habitual, que no era otra, que el domicilio de sus padres. Pero al igual que las épicas y antiguas polémicas suscitadas en materia de codificación en Alemania (entre Savigny y Thibaut), en Francia, en la cuestión que nos ocupa, surgió a mediados del Siglo XIX un agrio debate entre los defensores del reconocimiento a los abuelos de un derecho de visitas respecto de sus nietos y los detractores de esta idea: así, mientras Demolombe mantenía una postura favorable al reconocimiento de este derecho argumentándolo en cuestiones de índole moral y sentimental; por el contrario, Laurent, argüía que era imposible, sobre todo cuando mediaba oposición de los progenitores, y ello porque atentaba contra los derechos de la patria potestad al limitar su contenido.

2.2. Evolución

2.2.1. En el derecho europeo

No siempre el reconocimiento judicial lleva consigo la inmediata irrupción de tal derecho en la norma positiva, prueba de ello es que tendrán que transcurrir más de cien años hasta que el Código Civil francés plasmara en su letra expresamente el derecho de los

⁴ www.Vatican.va (30-08-2006).

abuelos a relacionarse con sus nietos, concretamente mediante la reforma de 1970, al añadir al artículo 371.4 del Código, el texto que sigue:

El padre y la madre no pueden, salvo motivos graves, poner obstáculos a las relaciones personales del hijo con los abuelos; a falta de acuerdo entre los padres, las modalidades de aquellas relaciones serán regladas por el Tribunal, el cual, en consideración a situaciones excepcionales, puede conceder un derecho de correspondencia o visitas a otras personas, parientes o no”.

Esta primera semilla engendró de inmediato fruto en el resto de países europeos, sobre todo del arco occidental. En el derecho inglés se reconoció en el caso Thompson V. Thompson and Sturmffells; siendo recogido posteriormente en la “Guardianship of Minors Act” de 1971, posteriormente modificada en 1978, y en la que se reconoció el derecho de relación con los abuelos “right of access and visit”. En Italia, se aludió indirectamente al derecho de visita de los abuelos en la Ley de 1 de diciembre de 1970.

2.2.2. En el derecho español

En nuestro derecho patrio, y en oposición a la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, no se produjo una recepción automática de este derecho que acababa de nacer por obra de los tribunales franceses. Las viejas concepciones sobre la patria potestad, derivadas del libro de Heinecio⁵, impedían la consolidación en España de las ideas liberales y progresistas que en torno al derecho de visitas estaban triunfando en la vieja Europa, retrasando su llegada hasta las puertas de la Guerra Civil Española.

Al igual que en el caso francés, serán los tribunales de justicia los que se adelanten al legislador a la hora de reconocer, vía sentencia, el derecho de visitas entre abuelos y nietos. En efecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de octubre de 1935, siendo Ponente D. José Castán Tobeñas, al abordar la temática de la patria potestad, hizo referencia al derecho de visitas de los abuelos, reseñando en el caso concreto que, la prohibición del padre de que su hija se comunicase con sus abuelos, “constituía un abuso de su autoridad dañoso para los sentimientos de la niña”.

Pocos años más tarde, ya finalizado el conflicto fratricida, será también un tribunal el que aborde nuevamente la cuestión, en este caso el acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores

⁵ HEINECIO (1833).

de Valencia, de fecha 15 de diciembre de 1939: recogía la denuncia del abuelo materno de una menor, huérfana de madre, cuyo padre se hallaba preso y la niña en poder de los abuelos paternos, que negaban la comunicación con los abuelos maternos. El Tribunal acordó la comunicación entre los abuelos maternos y la menor, apoyando su razonamiento en los siguientes argumentos: 1) en el abuso del derecho de la patria potestad, que limita el derecho de los abuelos maternos a ver a su nieta sin justo motivo, y la relación que puede haber entre las obligaciones que tienen los abuelos respecto de sus nietos y ese derecho de tratarlos y de comunicar con ellos; y, 2) en el lógico y natural cariño que los abuelos maternos sienten por su nieta.

Pese a la claridad con la que se pronunciaron estas resoluciones judiciales, resulta sorprendente que no hiciera lo mismo la doctrina de nuestro país. Los principales estudiosos del derecho civil mantuvieron respecto del derecho de visitas entre abuelos y nietos un incomprensible silencio; y los que lo rompieron, lo hicieron para discrepar frontalmente del mismo por desnaturalizar el concepto de patria potestad⁶. Se piensa que pudo ser precisamente esta posición de fortaleza de la patria potestad en nuestro derecho la que pudo determinar que la doctrina española hiciera oídos sordos de los numerosos cambios que se estaban produciendo en el resto de Europa en este sentido, aunque no deja sin duda de llamar la atención una unanimidad semejante, sobre todo cuando los nuevos aires venían de un país tan próximo al nuestro y de histórica influencia.

Ya en la esfera del derecho positivo, las relaciones entre nietos y abuelos, si por algo se han caracterizado a lo largo de su evolución a través de los distintos cuerpos legales que se han ido sucediendo, es por venir integradas por una normativa escasa, pobre en desarrollo, y por tanto carente de un marco legal abierto que las aborde desde las distintas perspectivas, procesal y material.

⁶ MANRESA (1944), p. 17. Indica que en nuestro derecho, los ascendientes no pueden ejercer nunca la patria potestad, desde el momento en que se les confiere la tutela legítima. Considera asimismo que puede tener aplicación la doctrina admitida en Francia, por el Tribunal de Burdeos, de que los padres pueden impedir, que sus hijos tengan relaciones con sus abuelos, sin necesidad de dar cuenta de su conducta, porque la tesis contraria sería una limitación de la patria potestad.

La actual regulación de las relaciones personales entre nietos y abuelos, ex artículo 160 y 161 del Código Civil, responde al aforismo clásico de que “el derecho es lo que aplican los jueces”. Cuando el Código Civil nos dice que “*en caso de oposición, el juez, resolverá atendidas las circunstancias*”; nos está dando a entender de manera expresa que esta materia constituye una parcela del ordenamiento jurídico que goza de una amplia discrecionalidad judicial a la hora de abordar el “*iustum concreto*”.

Así las cosas, la primera mención al derecho de visitas que se realizó en nuestro derecho material lo fue a través de la Ley del Divorcio de 1932. Ésta en su artículo 20.2º, señalaba:

El cónyuge que no tenga en su poder a los hijos conserva el derecho a comunicar con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el Juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos.

En consecuencia, la Ley del Divorcio de la Segunda República dotó de base legal al derecho de visitas entre padres e hijos, como ya lo había determinado el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de junio de 1929, y ello bajo el prisma de que nos encontramos ante un derecho natural que vincula a padres e hijos. Pero sin embargo, nada se dijo en esta Ley especial en favor de los abuelos.

El salto del derecho de visitas al Código Civil no se produjo hasta el año 1958. La Ley de 24 de abril de 1958, introdujo en el artículo 68, regla 3, el siguiente texto:

El juez determinará el tiempo, modo y lugar en el que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos.

Por Ley 14/1975, de 2 de mayo, se añadió a lo anterior la frase:

Y tenerlos en su compañía.

De nuevo en esta regulación nada se dijo acerca de las relaciones entre nietos y abuelos. Fue necesario esperar a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, para encontrar una referencia implícita. Aquí, y concretamente al artículo 161 del Código Civil, se redactó:

El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con los hijos menores excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial; no podrá 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.

Como es fácil de advertir tampoco en esta ocasión el legislador quiso mencionar a los abuelos, sino que utilizó una expresión más amplia, genérica y vaga, empleando la fórmula de “parientes y allegados”, la cual integraba no sólo a los abuelos, sino también a los hermanos, tíos de los menores,...etc. En este discurrir legislativo se barruntaba una Ley que singularizara la posición de los abuelos, lo que finalmente tendrá lugar con la Ley 42/2003, de 21 de noviembre.... “la esperada”.

3. REGULACIÓN POSITIVA

El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, o de éstos con aquéllos, pese a lo que a primera vista pudiera pensarse, no tiene un origen remoto en nuestro derecho civil. Hasta hace pocos años a la hora de dar una definición de “familia” se entendía como más ajustado un concepto que se centraba en el linaje, y que evidentemente aglutinaba, dentro de su ámbito de aplicación, a todo el grupo familiar en extenso, es decir, a todas aquellas personas que tienen un ascendiente común y están ligadas por vínculo de parentesco, y por ello también a los abuelos como integrantes de la misma, y que además ocupaban en el organigrama una postura troncal. A día de hoy, la doctrina se inclina por un concepto de familia más restringido, “familia nuclear”, que entiende al efecto por integrantes de esta institución solamente a los progenitores y a sus hijos dependientes, excluyendo por ende a los abuelos y demás parientes y allegados.

Empero no sería aventurado mantener que el legislador, de contrario a lo sostenido por la doctrina mayoritaria, sigue aferrándose en parte al concepto de familia linaje; pues en efecto, con las modificaciones introducidas por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, en materia de relaciones de los nietos con los abuelos, tanto de la propia denominación de la reforma, como del contenido de los artículos 160 y 161 del Código Civil, se evidencia el realce de la figura de los abuelos y el otorgamiento de un papel preponderante a los mismos respecto del resto de parientes, lo que podría interpretarse como el deseo del

legislador de que los abuelos sigan formando parte de lo que podríamos calificar como el “núcleo duro de la familia”.

En todo caso, debemos recordar asimismo, que nos encontramos ante un derecho recíproco, o sea: no solamente funciona como un beneficio a favor de los abuelos, que podrán relacionarse con sus descendientes con plenas garantías y en virtud de una expresa previsión legal, sino que también se articula como un beneficio para con los nietos, por cuanto les garantiza la presencia de los abuelos en su desarrollo personal y emocional, incluso contra la voluntad de sus guardadores jurídicos.

Su regulación jurídica no se asienta en un único texto, sino que por el contrario encontramos referencias a ello tanto en el derecho internacional y derecho comunitario, como en el derecho patrio. Con la particularidad añadida, de que en éste último caso, ámbito interno, la normativa se diversifica en reglas de derecho material y reglas de derecho procesal, y tanto de ámbito nacional como exclusivamente autonómico.

3.1. Derecho internacional

De conformidad con el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques.

Partiendo de lo anterior, procede examinar por su especialidad la Convención Internacional De Los Derechos Del Niño, adoptada y ratificada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Prima facie, sorprende que la Convención en ningún momento utilice la expresión “abuelos”, ni contemple tampoco las relaciones entre abuelos-nietos, ni de manera autónoma ni vinculada a las relaciones paterno-filiales. Sin embargo, lo que si hace la Convención, es emplear el término, “familia”, y “relaciones familiares”, así: por un lado, en su preámbulo, y en relación con la “familia”, nos indica:

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y en los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y la asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Por otro lado, y en referencia a las “relaciones familiares”, en su artículo 8.1, nos reseña:

Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Por tanto, aunque el texto parcialmente transcrito en ningún momento aluda directamente a las relaciones entre abuelos y nietos, sí que debe entenderse, acudiendo a un criterio interpretador lógico y sistemático, que en efecto el artículo 8.1 garantiza, en esta relación recíproca indicada ut supra, el derecho de los niños, que en todo caso debe ser respetado y preservado por los Estados, a mantener sus propias relaciones familiares. Relaciones éstas, que no pueden concebirse como exclusivamente paterno-materno filiales, sino que, ante la inexistencia de restricción conceptual, deben imperiosamente extenderse al más amplio sentido de familia, abarcando por ello a los abuelos y demás parientes y allegados. Podemos concluir por consiguiente, que nos encontraríamos, desde la perspectiva internacional, ante un verdadero derecho fundamental de los menores, que exige una especial protección si lo que se quiere es garantizar su desarrollo emocional integral.

3.2. Derecho comunitario

El Reglamento de la Comunidad Europea (CE) Nº 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el anterior Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, hace referencias en distintos apartados de su regulación al régimen de visitas; así en su Capítulo I, artículo I, y bajo la rúbrica del ámbito de aplicación, establece:

1. El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas:

a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial.

b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

2. Las materias consideradas en la letra b) del apartado 1 se refieren en particular:

a) al derecho de custodia y al derecho de visita.

b) a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas.

c) a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia.

d) al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento.

e) a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, Conservación o disposición de sus bienes.

Más adelante, el artículo 41, que forma parte de la sección 4, y que tiene por título “fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor”, dispone que:

1. El derecho de visita contemplado en la letra a) del apartado 1 del Artículo 40, concedido en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento si la resolución ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2.

La normativa comunitaria reproducida nos plantea la siguiente duda: ¿el Reglamento puede o no aplicarse a las sentencias y demás resoluciones dictadas por un Estado extranjero en reconocimiento de un derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, o viceversa?; aunque el Reglamento Europeo de referencia determina como fin del mismo garantizar la igualdad de todos los hijos en materia de responsabilidad parental, y por tanto no alude de manera directa a la expresión “abuelos”, ni a las relaciones que puedan establecerse en su beneficio para con sus nietos, no cabe duda sin embargo que en su ámbito de aplicación deben tener cabida este tipo de resoluciones, lo que permitirá por consiguiente su ejecución en el resto de Estados partes en similitud a cualquier sentencia dictada en un estricto proceso matrimonial. Ello adquiere especial lógica al ponerse en relación con la normativa civil española, pues debe recordarse que el derecho de los

abuelos a relacionarse con sus nietos está recogido dentro del Título VII del libro II, dedicado a las relaciones paterno-filiales.

Finalmente, La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/c 303/01), al referirse a los derechos del niño, tampoco hace ninguna mención a los abuelos, limitándose a indicar en el apartado 3, del artículo 24, lo siguiente:

*Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.*⁷.

A poco observador que se sea, se echa de menos en la normativa antedicha una mención expresa a las relaciones entre abuelos y nietos que dote a este ámbito de las relaciones familiares de un contenido jurídico efectivo, material. Quizás se debería recapacitar, especialmente por el legislador comunitario, sobre la necesidad, si no tanto de armonizar las legislaciones de los países miembros de la Eurozona sobre este particular, al menos sí sobre el reconocimiento específico de estas relaciones en el ámbito comunitario, y su consagración como un verdadero derecho del menor a proteger y fomentar.

Piénsese, que la libre circulación de personas, piedra angular de la Unión emanada de los tratados constitutivos, está favoreciendo el flujo masivo de ciudadanos que, por distintas razones, económicas, culturales, laborales, personales, climáticas..etc, deciden fijar su residencia en otro Estado miembro; siendo cada vez más frecuentes por ello los matrimonios o las relaciones de análoga afectividad entre nacionales de distintos Estados, lo que sin duda tiene especial incidencia en los países del arco mediterráneo, al constituir éstos un referente turístico comunitario y mundial. Esto supone que, cada vez con más frecuencia, los abuelos están residiendo en un país comunitario distinto adónde lo hacen sus nietos.

En estos casos, cuando las relaciones entre el matrimonio o la pareja navegan impulsadas por viento favorable, las comunicaciones entre los nietos y sus abuelos se suelen concentrar en el período vacacional o en algún fin de semana, y siempre vinculadas a las

⁷ Artículo 8.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

propias relaciones entre padres e hijos. Pero cuando surge la crisis matrimonial o de pareja (separación, divorcio, separación de hecho), es cuando la comunicación entre nietos y abuelos se complica en demasía. Al elemento perturbador, de que el progenitor no custodio dispone de menos tiempo para relacionarse con sus hijos -normalmente constreñido a dos tardes entre semana y fines de semana alternos-, se le añade la distancia entre la residencia de los menores y la de sus abuelos, la necesidad, en la mayoría de los casos, de utilizar transportes que requieren una amplía logística, como el avión o el tren, y, los recelos por parte del titular de la guarda y custodia ante el hecho de que los menores viajen asiduamente a otro país, por el temor de que se afiancen los vínculos y ello pudiera condicionar sus deseos futuros.

Preferir este debate, o relegarlo al ámbito judicial y a la casuística de los tribunales, no es desde luego la solución; articular los mecanismos legislativos necesarios a nivel europeo para garantizar su efectivo ejercicio, se presenta como una salida más cabal.

Está en juego el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos en condiciones que no le resulten perjudiciales, pero sobre todo, el superior derecho de los menores a tener contacto con sus ascendientes y empaparse de su cultura, tradiciones, costumbres, idioma y demás valores que puedan transmitirles⁸.

Las estadísticas judiciales ponen de manifiesto que, por el momento, la problemática entre los nacionales de distintos estados se centra en las cuestiones habituales de los conflictos de familia: patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas para el progenitor no custodio, pensión de alimentos y distribución de los bienes comunes; siendo infrecuentes las cuestiones relativas a las relaciones entre nietos y abuelos. Pero no es más que una cuestión de tiempo, antes o después, este asunto se convertirá en un intrincado problema jurídico, de ahí que sea aconsejable que, más pronto que tarde, la normativa comunitaria arbitre medidas para garantizar este derecho y adaptarlo a las nuevas circunstancias que se avecinan.

⁸ Artículo 8 de La Carta Europea de Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992: “En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres teniendo ambos las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país”.

3.3. Código Civil

Por lo que se refiere a la relación nietos-abuelos vista desde una perspectiva civil global, cabe indicar que ésta ha tenido cabida en el Código Civil desde el primer momento, de tal manera que no podemos hablar de una relación fría, extraña o lejana entre ambos, si no que de contrario el legislador civil ha sido siempre consciente del especial vínculo que les une, otorgándoles a través del desarrollo de las distintas figuras jurídicas una especial regulación. En este sentido, y desde su redacción original, se ha hecho referencia por distintos artículos del Código Civil a los abuelos de modo directo y explícito:

El artículo 46 del Código Civil prescribía, en alusión a las licencias para contraer matrimonio, que:

La licencia para contraer matrimonio, debe ser concedida a los hijos legítimos por el padre; faltando éste, o hallándose impedido, corresponde otorgarla, por su orden, a la madre, a los abuelos paterno y materno, y, en defecto de todos, al Consejo de Familia cuando faltan los padres o se hallan éstos impedidos.

El artículo 178 del Código Civil, en materia de adopción, reseñaba:

La adopción se verificará con autorización judicial, debiendo constar necesariamente el consentimiento del adoptado si es mayor de edad; si es menor el de las personas que debieran darlo para su casamiento.

En materia de tutela las referencias eran diversas. El artículo 211, contemplaba:

La tutela legítima de los menores no emancipados corresponde únicamente: 1º- al abuelo paterno, 2º- al abuelo materno, 3º-a las abuelas paterna y materna por el mismo orden, mientras se conserven viudas.

El artículo 220, especificaba:

La tutela de los locos y sordomudos corresponde...4º-a los abuelos.

El artículo 227, indicaba:

La tutela de los pródigos corresponde....2º-a los abuelos paterno y materno. La tutela de los que sufren interdicción se defiende por el orden establecido en el art. 220.

Como ya hemos mencionado al abordar la evolución histórica de las relaciones nietos-abuelos, fue primeramente la Ley del Divorcio de 1932 la que en su artículo 20.2º reguló el

régimen de visitas, si bien lo hacía exclusivamente en referencia a los progenitores no custodios:

El cónyuge que no tenga en su poder a los hijos *“conserva el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación”*.

Con posterioridad la Ley de 24 de abril de 1958, modificó el artículo 68.3 del Código Civil, permitiendo, en el ámbito de la separación judicial de los cónyuges, la relación de los miembros de la familia.

En el año 1978⁹, a la luz de los principios que se plasmaron en la Constitución, y dentro de los trabajos preparatorios de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, alguno de los ponentes del Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación ya tenía en mente menciones expresas a la figura de los abuelos a la hora de regular las relaciones con sus nietos, prueba de ello es que CASTÁN VÁZQUEZ¹⁰ proponía el siguiente texto:

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 alegare 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.

Pese a lo anterior, el texto que finalmente fue acordado omitió referencia alguna a los abuelos, siendo así que tras la modificación por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, quedó fijado en los siguientes términos:

El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho a relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial. No podrá 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 allegado, resolverá atendidas las circunstancias.

⁹ Artículo 18.1 de la Constitución Española de 1978: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar”.

¹⁰ CASTÁN (1983), p. 53.

El avance que supuso esta nueva previsión legal no aportó sin embargo luz sobre cómo debe interpretarse la expresión “otros parientes y allegados”, y cuáles debían ser por tanto las personas que podían incluirse bajo esta denominación, piénsese en los abuelos, bisabuelos, hermanos, tíos, primos.....etc. Lo que salta a la vista es que con ello el legislador encumbra por primera vez en su justa dimensión el interés de los menores como eje fundamental del derecho de familia, como derecho propio, autónomo, y por ende independiente del de sus progenitores. Se trata en definitiva de apartar, en la medida de lo posible, a los hijos menores de los conflictos creados entre sus progenitores como consecuencia de la crisis familiar (nulidad, separación y divorcio), de evitar que se conviertan en las verdaderas víctimas del conflicto, y nada mejor para ello que las relaciones con sus parientes y allegados puedan mantenerse y funcionar, pues se parte de la idea general de que, en condiciones normales, en nada pueden perjudicar a los hijos menores, al ser portadoras de cariño, comprensión, valores y costumbres, que sin duda redundarán en su beneficio.

Debe resaltarse además su ubicación en el texto legal; nos explicamos, aunque están contempladas en distinto párrafo las relaciones de los padres con sus hijos y la de éstos con sus parientes y allegados, la ley los sitúa en el mismo artículo, lo que puede llevarnos a concluir que sin duda el legislador pretendía, ya en este momento, poner las relaciones entre los menores y sus parientes y allegados, si no al mismo nivel que la de los progenitores no custodios, si en un lugar preferente, en aras a distinguir su importancia en el desarrollo equilibrado de los menores.

Por tanto los abuelos, en este primer estadio, no tenían a su favor una regulación que de modo expreso les garantizase los contactos periódicos con sus nietos, si bien hay que entender que la norma efectivamente se estaba refiriendo a los mismos cuando empleaba el término “parientes”.

Misma mención tácita a los abuelos se deducía del contenido del artículo 103.1º, párrafo 2º, del Código Civil. Éste, en el ámbito de las medidas previas a acordar por el juez ante la falta de acuerdo de los cónyuges, y en relación con la guarda y custodia de los hijos, contemplaba que:

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoles funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

Todo hace pensar que el legislador cuando utilizó la expresión “otra persona” tenía en su mente la figura de los abuelos, por los lazos con los menores y por la cercanía de parentesco, lo que no excluía la eventualidad también de que la guarda y custodia pudiese encomendarse a otros parientes o allegados. Tampoco, sorpresivamente, dedicaba el Código precepto alguno a regular las relaciones de los abuelos y sus nietos en materia de acogimiento, sobre todo en casos de acogimiento temporal o permanente.

En todo caso, a día de hoy es difícil de entender cómo el legislador, en símil al niño que teme dar los primeros pasos de su vida, no concretaba la posición de los abuelos en el derecho de familia. El miedo al surgimiento de intereses contrapuestos entre padres e hijos pudiera haber sido la causa de que se optase por una legislación en la que los abuelos, “estaban sin estar”.

Los libros de sesiones del Congreso de los Diputados ponen de manifiesto que el interés de regular adecuadamente las relaciones entre abuelos y nietos ya se encontraba presente en sus señorías parlamentarias allá por el año 1999. En efecto, el punto de partida lo fue el debate parlamentario de 7 de diciembre de 1999, durante la VI legislatura, donde por primera vez fue presentada y debatida una proposición no de Ley número 162/000439, a instancias del Grupo parlamentario Popular, por la que se instaba al Gobierno a llevar a cabo una reforma del Código Civil que regulase el régimen de visitas de los abuelos con sus nietos en los casos de ruptura matrimonial.

Empero, pese a los distintos esfuerzos que en aras a la aprobación de un Proyecto de Ley se dieron en los años siguientes, éste no sería una realidad hasta el año 2003, concretamente hasta el 30 de julio de 2003, fecha en la que el Proyecto de Ley fue publicado en el BOCG, bajo el título de “Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con sus abuelos”, y que tenía por antecedente jurídico inmediato el Convenio adoptado por el Consejo de Europa en su reunión del Comité de Ministros del Consejo del día 3 de mayo de 2002, sesión 110ª. Tras debatirse las cuarenta y dos enmiendas presentadas al Proyecto, parte de las cuales

fueron estimadas, éste fue aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados del día 16 de octubre de 2003, y por el Senado el 13 de noviembre de 2003, sin introducir esta última modificación alguna, llevándose a cabo su publicación en el BOE el 22 de noviembre de 2003, BOE núm. 280.

Con ello la regulación jurídica de las relaciones familiares entre nietos y abuelos quedó integrada definitivamente de la forma siguiente:

Artículo primero. Modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. 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) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.»

Dos. El antepenúltimo párrafo del artículo 90 quedará redactado como sigue: «Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos 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. 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.»

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

Cuatro. Se modifican los dos párrafos de la medida 1.a del artículo 103, que quedan redactados de la siguiente manera:«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 cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. 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.»

Cinco. Los párrafos segundo y tercero del artículo 160 quedarán redactados de la siguiente forma: «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.»

Seis. El artículo 161 queda redactado como sigue: «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.»

Artículo segundo. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Se añade un ordinal más al apartado 1 del artículo 250 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la siguiente redacción: «12..o Las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil. En estos casos el juicio verbal se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I.

CAPITULO II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS- ABUELOS

1.ENCAJE EN EL CONCEPTO ACTUAL DE FAMILIA

La familia, siguiendo entre otros a DIEZ-PICAZO y GULLÓN (11), se viene a entender hoy en día ante todo como un modo de organización de los grupos humanos, desde los tiempos más remotos, y que conlleva unas determinadas pautas de comportamiento, creencias y tradiciones¹².

Queda lejos pues aquella definición de Ulpiano, que la concebía como “un grupo o conjunto de personas que están sometidas a la potestad del pater familias por razones naturales y jurídicas”, o la de Cicerón, que la consideraba como “principium urbis et quasi seminarium republicae”¹³. Nos encontramos en una época en la que se habla poco de la familia en sentido amplio, de la familia linaje, de la familia extensa, o sea, de la formada por personas ligadas por vínculos de parentesco; por el contrario, suenan cada vez con más intensidad y frecuencia las menciones a la familia nuclear, dual, integrada por la

¹¹ DIEZ PICAZO (2008).

¹² LACRUZ (1990), p. 9:“ La Ley no define de modo general a la familia, ni es posible dar un concepto legal general de ella porque el grupo familiar tiene muy distinta amplitud en los diversos aspectos en los que es considerado: abarca a veces, como en la herencia intestada, a los parientes hasta el cuarto grado; se restringe al cónyuge, ascendientes y descendientes para las legítimas; exige la convivencia pero prolonga el parentesco hasta prescindir de él en tema de Seguridad Social; abarca a los hermanos en materia de alimentos; exige efectividad o convivencia en ciertos preceptos del código penal.....En tales circunstancias, una definición legal sería innecesaria y proporcionada a confusión”

¹³ CICERÓN: “De officiis”, libro primero, XVII: “Hay muchos grados en la sociedad humana. Bajando de aquella infinita y universal, la más inmediata es la de una misma gente, una misma nación, una misma lengua, por la cual sobre todo se sienten unidos los hombres. Todavía es más íntima la de una misma ciudad, porque hay muchas cosas que las ciudades usan en común: el foro, los templos, los pórticos, las calles, las leyes, el derecho, los tribunales, los sufragios, las relaciones familiares. Más estrecho todavía es el vínculo que forman los miembros de una misma familia: ella reduce a un círculo limitado y pequeño la sociedad inmensa del género humano.

pareja y sus hijos, y la que es fruto de relaciones segmentarias (madre soltera y sus hijos, hijos y padres divorciados o separados)¹⁴.

En la esfera internacional, y más concretamente en el seno de las Naciones Unidas, existe consenso en considerar a la familia como “unidad básica de la sociedad”, a la que debe darse apoyo y especial protección, dada la importancia de ésta en la educación y formación en derechos humanos¹⁵. Sin embargo hasta ahora han fracasado los intentos de la ONU de dar una definición universal de familia, dado que las diferencias culturales, históricas, demográficas, políticas y sociales entre los diferentes estados permiten dar cabida en tal concepto a distintos tipos de familia: nuclear, extensa, la originada de mutuo acuerdo, monoparental, la formada por uniones homosexuales, y la surgida de uniones poligámicas¹⁶.

Es palmario que nuestra Ley de leyes, cuando se refiere a la familia en el artículo 39.1 de su texto, en términos que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, no define a la familia. Ergo, se ha venido a considerar prácticamente con carácter unánime, que en la medida en que la Constitución Española solo hace referencia a los hijos y no menciona en ningún caso a los parientes, en realidad lo que está estableciendo es un concepto de familia nuclear, esto es, la formada exclusivamente por la pareja y sus hijos solteros, dejando fuera de su abrigo la familia

¹⁴ ALVARADO (1986), p.163. La familia o el clan se originan y mantienen en base (hablando en términos muy amplios) al instinto de protección y ejemplaridad que inspiran los más aptos sobre los menos dotados. Los individuos más notables de un clan son imitados por los demás, así como por los padres de todas las familias son modelos natos de sus hijos.

¹⁵ DURAN, pp. 521-535. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, establece en su art. 10, la obligación de conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. La resolución de la ONU, 47/237, de 1993, declaró al día 15 de mayo como Día Internacional de la familia.

¹⁶ LEZERTUA (1996), p. 75. En el asunto Marckx contra Bélgica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que la expresión vida familiar del art. 8 CEDH incluye, al menos, los vínculos entre parientes próximos, por ejemplo, entre abuelos y nietos, pues estos parientes próximos tienen una participación considerable en la vida familiar. También la Convención Europea de Derechos del Hombre (DHCOM) ha otorgado protección a los abuelos como miembros putativos legítimos de la familia en el sentido del art. 8 CEDH, reconociéndoles el derecho a invocar el vínculo familiar en relación con sus nietos.

extensa, la que contiene representantes de más de tres generaciones (abuelos, tíos, primos..etc)¹⁷.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de mayo de 2011, apuntó:

El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.

Resulta por tanto sorprendente que haya sido precisamente en este momento cuando el legislador decide rescatar a los abuelos del olvido en el que estaban cayendo para introducirles de nuevo en las estructuras familiares, recuperando el protagonismo perdido. Nos encontramos ante una evidente contradicción y frente a un posible germen de desavenencias entre las parejas en situaciones de crisis.

Tanto el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial como el elaborado por la Fiscalía General del Estado en relación con el Proyecto de Ley¹⁸, advertían que el hecho de reconocer visitas a los abuelos podría suponer una fuente de conflictos mayor, al existir un riesgo cierto de que los nuevos actores de este proceso –los abuelos- introdujesen en el drama normalmente inherente a todas las crisis de familia factores de complejidad y de tensión añadida; implicando el sistema, además, un riesgo evidente para la propia libertad de los menores, que se vería agravada ante el establecimiento de multitud de regímenes de visita.

Sin embargo, el legislador de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, optó claramente por alejarse del concepto de familia instaurado con la reforma del Código Civil de 1981, que

¹⁷ D'ORS (1991), p. 206: "Para determinar la proximidad de parentesco se distinguen las líneas y los grados. Línea "recta" es la que une con los descendientes (línea descendente) o con los ascendientes (línea ascendente); línea "colateral" es la que une a los que tienen un ascendiente común sin estar ellos mismos en línea recta. Los "grados" se cuentan por el número de generaciones (es decir, engendramientos) que intervienen entre dos personas de la misma familia: uno entre padre e hijo, dos entre hermanos, tres entre tíos y sobrinos, cuatro entre primos-hermanos.....Así, entre un abuelo (avus) y su nieto (nepos) hay dos generaciones (2º grado de línea recta); el bisabuelo (proavus) y su bisnieto (pronepos), están en tercer grado, y el tatarabuelo (abavus) en 4º con su tataranieto (abnepos)".

¹⁸ Pleno del Consejo General del Poder Judicial, 14 de julio de 2003. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de nietos con los abuelos.

respondía al espíritu del texto constitucional; y contraviniendo aquélla, recuperó la concepción de familia “in extenso”, formada por abuelos y demás parientes, dando a los primeros una especial relevancia frente al resto. La Exposición de Motivos de la Ley no deja lugar a dudas en este punto, al resaltar:

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. Los poderes públicos han de fomentar la protección integral del menor y la familia en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 39 de nuestra Carta Magna.

El interés del hijo, principio rector en nuestro derecho de familia, vertebró un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores.

En este ámbito, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia.

En este sentido, las normas vigentes del Código Civil dispensan un tratamiento exiguo a un elemento de significativa importancia en el desarrollo personal de los menores, esto es, las relaciones de los nietos con sus abuelos.

El legislador no puede olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno- filiales que, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares. Tampoco se puede considerar que la mención residual del actual artículo 160 del Código Civil ponga suficientemente de manifiesto la importancia de las relaciones de los abuelos con sus nietos.

En efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis.

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.

Ya en la fase de elaboración del proyecto algunas de las mociones presentadas por los grupos parlamentarios insistían en la necesidad de regular adecuadamente el régimen de visitas, tal es el caso de la propuesta por el Partido Popular, publicada en el BOCG (Senado) de 29 de mayo de 2000. En ella se ponía el acento en que aunque las relaciones entre menor y otros parientes y allegados se encontraban reguladas:

No podemos estimar que el régimen atribuido a las mismas sea por completo satisfactorio, y ello desde dos puntos de vista: En primer lugar, puede estimarse que debe prestarse más atención a las relaciones de los nietos con los abuelos, sin que quepa incluir a éstos dentro del ámbito genérico de los allegados y demás parientes, de acuerdo con la importancia sociológica que la consideración de los abuelos guarda en relación con sus descendientes, y de los elementos positivos de estabilidad que pueden aportar éstos, a la educación del menor, por encima y más allá de la situación de ruptura de la pareja. En segundo lugar la autoridad moral de los mayores, puede contrarrestar las situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores proporcionando referentes necesarios y seguros al propio menor en su entorno, pudiendo servir, en consecuencia, para neutralizar aquellos sentimientos negativos, entorpecedores del normal desenvolvimiento de la afectividad del menor.

Nótese la enorme distancia existente entre los enfoques que a las relaciones familiares entre nietos y abuelos daban por un lado el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, y por otro, el Congreso de los Diputados y ciertos grupos parlamentarios.

Los primeros, quizás centrándose en un escenario más práctico que teórico, convenían en que reconocer visitas a los abuelos produciría más efectos negativos que positivos, y ello porque consideraban, en aras a mantener la paz familiar, que los abuelos se convertirían en un elemento perturbador de las relaciones entre los progenitores, hasta el punto de que en última instancia, el reconocimiento de su derecho a relacionarse con sus nietos podría cercenar nada más y nada menos que un derecho tan esencial como es la libertad de los menores.

Estos malos augurios eran radicalmente opuestos a los que brotaban de la mente del legislador: éste, donde los primeros veían conflicto, veía estabilidad; donde aquéllos veían un ataque a la libertad del menor, veía una circunstancia que podía neutralizar los efectos

traumáticos de las crisis matrimoniales, un verdadero derecho de los menores, en definitiva una oportunidad para garantizar su desarrollo armónico y equilibrado¹⁹.

La discrepancia muestra, lejos de lo que a priori pudiera pensarse, que estamos ante un debate de gran recorrido y de una importancia jurídica de primer orden. La postura que sobre tal dualidad teórico-práctica se sostiene en esta tesis, como más adelante se concretará, discurre por el cauce de que el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos no sólo no limita su libertad, sino que, al contrario, la encumbra más si cabe²⁰. Lo veremos.

2. FUNDAMENTO

2.1. Planteamientos doctrinales

Siguiendo a Rivero Hernández²¹, existen distintas teorías que pueden ayudar a comprender los cimientos que sostienen las relaciones nietos-abuelos:

-En un primer lugar: *teoría del interés de la sociedad en las relaciones familiares*. Para los defensores de esta postura, la familia es la célula fundamental de la sociedad y la sociedad tiene interés en que las familias permanezcan unidas.

-En un segundo lugar: teoría del parentesco. Ésta, patrocinada por García Cantero²², entre otros, considera que “los vínculos de parentesco que unen a los abuelos y nietos han generado una fuerte relación personal, íntima, y profunda a nivel espiritual y afectivo que

¹⁹ LETE (1992): La patria potestad es un poder tuitivo general que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos menores no emancipados o incapacitados (cfr. Arts 111, 154 y 171 del C.C). Se trata de una potestad (derecho-deber) o función porque los derechos o facultades que la conforman no son atribuidos a sus titulares para que los ejerzan en su propio interés, sino que se les reconoce para que los actúen siempre en interés o beneficio de los hijos que a ella se encuentran sometidos y de acuerdo con su personalidad; es decir, el derecho o facultad se otorga para el cumplimiento del deber de tución. Obsérvese cómo ya las antiguas Sentencias de 24 de mayo de 1909 y 24 de junio de 1929 ponían de relieve cómo en la patria potestad era preponderante el interés del hijo, relegando el de los padres a un segundo plano.

²⁰ PEÑA (1989), p. 521. El progresivo crecimiento del menor exige, conforme a los criterios constitucionales sobre amparo de la dignidad de la persona y de sus derechos y libertades fundamentales, el reconocimiento al menor de un ámbito de libertad progresivamente creciente en el que será él, y no los padres, quienes tendrán la facultad de decidir propias creencias, relaciones personales..etc.

²¹ RIVERO, pp 213- 224.

²² GARCÍA (2004), p. 37.

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”.

-En un tercer lugar: *teoría de la afectividad*. Los abuelos son dadores de cariño y de afecto, y ello constituye un elemento fundamental en el desarrollo de la personalidad de los menores.

-En un cuarto lugar: *teoría de la naturaleza de las cosas*. Para los partidarios de esta teoría, existe una especie de imperativo categórico a nivel jurídico que determina que no se puede negar a los abuelos el derecho a seguir relacionándose con sus nietos, pues es una realidad natural.

-En un quinto lugar: *teoría del abuso de la patria potestad*. Se conecta con la “justa causa”, entendiéndose que toda privación del derecho de visitas a los abuelos que no responda a motivos serios y graves supondría un abuso por los progenitores de la patria potestad. Esta postura fue la que dio origen a la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo en reconocimiento de tal derecho, de fecha 14 de octubre de 1935²³, y a la que siguió el acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939.

-En un sexto lugar: *teoría del interés de los nietos*. Los seguidores de la misma ponen el acento en que las relaciones de los nietos con sus abuelos constituyen un beneficio para los menores en la manera en que contribuyen a un mejor desarrollo personal de los mismos.

Una observación sosegada acerca de cuál de las teorías mencionadas es la más ajustada, nos lleva a defender que sin duda, la del interés de los nietos es la que merece tal respaldo. Su importancia no emana sólo del hecho de tratarse de un postulado teórico con sólido sustrato argumental, sino esencialmente por ser un fundamento que encuentra amplia plasmación en el derecho positivo (Constitución, Tratados Internacionales, Ley de Protección del Menor y Código civil), siendo a su vez la piedra angular sobre la que se

²³ Colección legislativa, (Madrid 1936), Tomo 220, p. 414-435.

sustentan las decisiones de los tribunales en el ámbito del derecho de familia y de las relaciones familiares.

Si bien lo dicho hasta el momento es difícil de combatir, no por ello puede colegirse que nos encontremos ante un fundamento excluyente, sino todo lo contrario: el interés de los menores, entendido en sí mismo, se erige en buena medida desde el afecto y el cariño, desde el respeto a los vínculos de parentesco, y desde la buena fe en el ejercicio de los derechos que a los menores corresponden.

2.2. El “bonum nepotis”

El interés de los menores, cuya génesis se remonta al principio romano sobre su cuidado y protección, “cura minorum”, se articula por la doctrina y la jurisprudencia como el principio protector que inspira toda normativa relativa a los mismos, y ello con una doble vertiente: positiva, la de la búsqueda del provecho o beneficio de los menores, el actuar en su utilidad; y, negativa, la de evitarles todo daño o perjuicio.

Son múltiples los textos normativos que en su desarrollo hacen mención a este interés como elemento angular e indeleble:

En el ámbito internacional enfatiza en ello especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, al prescribir en su artículo 3º.1 que:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá, será el interés superior del niño

Idéntica razón sigue el Convenio Europeo sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, suscrito en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 y ratificado por España el 9 de mayo de 1984, al recoger en su artículo 10 la posibilidad de denegar el restablecimiento de la custodia, si por cambio de circunstancias, los efectos del traslado pueden ir contra el interés del menor. Siguiendo esta línea, Unicef, en el año 1992, y a raíz de la elaboración de un informe sobre la situación de los niños en el mundo, abogaba por elevar el interés superior del niño a la categoría de principio integrado en la ética del nuevo orden mundial.

En el marco del derecho positivo español, el Código Civil acude en numerosos artículos al criterio rector del interés del menor, tanto en su versión positiva como negativa: reflejo de ello son los artículos 87, 90, 92, 103, 154, 156, 158.2º, 163, 170.2, 172.4, 216 y 304. La mayor rotundidad y claridad en defensa de este interés la contempla la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al normar en su artículo 2 que :

En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Dicho esto, cuando nos planteamos analizar el interés de los menores, la principal dificultad que se nos presenta es la de que no existe ningún catálogo que nos sirva de referencia o nos marque las directrices a la hora de discernir cuál es el bien de éstos, por lo que necesariamente las partes en sus respectivos pedimentos ante el órgano judicial, y el juzgador en el momento de tomar la decisión, deberán ponderar y equilibrar los derechos afectados para desentrañar este elemento.

Si sondeamos los procesos de crisis matrimoniales o de pareja con hijos, y reparamos en los pronunciamientos que en relación a los mismos caben, se advierte que el interés de los menores se situaría en la obtención de una respuesta judicial que asegure la mayor utilidad, beneficio o bienestar en todas aquellas cuestiones que directa o indirectamente les van a afectar.

Los artículos 91, 92, 93, 94 y 96 del Código Civil imponen al juez la obligación de pronunciarse sobre el cuidado y educación de los hijos, el régimen de visitas, estancias y comunicación de los menores con el progenitor no custodio, los alimentos, la atribución del uso de la vivienda familiar, y, el modo de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. El interés de los menores gravitará por tanto en atribuir la guarda y custodia a aquél de los progenitores que muestre mayor idoneidad y capacidad para ello; en fijar un régimen de visitas, comunicación y estancias que permita al progenitor no custodio mantener unos lazos fluidos, constantes y estables con sus descendientes y a éstos con él; en que la vivienda familiar se atribuya al progenitor que asuma la guarda y custodia de sus hijos, así como los objetos de uso ordinario que se encuentren en su interior; en que se fije una pensión de alimentos que determine el modo en que cada progenitor va a

contribuir al sustento de su estirpe, a su habitación, a su vestido, a su asistencia médica, y a su educación e instrucción, teniendo en cuenta para ello las necesidades del alimentista y la capacidad económica o fortuna del que hubiere de prestarlos (alimentante); y finalmente, en que se fije el modo en que se va a llevar a cabo el levantamiento de las cargas familiares.

Llegados a este punto, y dentro del análisis que venimos haciendo, nos debemos preguntar si el interés de los menores, aplicable a los supuestos de crisis matrimoniales o de pareja, es trasladable o no a las relaciones nietos-abuelos: en definitiva, si el “*bonum filii*” es o no equiparable al “*bonum nepotis*”.

Naturalmente hay que partir de la obviedad de que la condición de hijo y la de nieto no son en modo alguno realidades equiparables, se es hijo, respecto de unos progenitores, y se es nieto, respecto de unos abuelos. Por lo que ya “*ab ovo*”, estaríamos en circunstancias de adelantar que sus intereses, al fluir de relaciones personales diferentes, no van a ser tampoco coincidentes.

A la singularidad señalada, debe añadirse, que la no correspondencia de intereses estriba primordialmente en que la situación de los hijos y de los nietos se asienta en diferentes pilares:

- a) Los abuelos no han procreado a sus nietos, son ascendientes suyos por consanguinidad en segundo grado de línea directa, sus relaciones por tanto traen causa del entramado de relaciones personales, de parentesco y afectivas; mientras que las relaciones padres e hijos tienen su fundamento “*in natura rerum*”, por el hecho de haberlos engendrado.
- b) Los abuelos no gozan de la patria potestad, su legitimación para establecer relaciones con sus nietos es autónoma y ajena a la patria potestad.
- c) A los abuelos, en las relaciones con sus nietos, no les son aplicables los artículos 91, 92, 93, 94 y 96 del Código Civil.

Siguiendo este razonamiento, el interés de los nietos vendría integrado por la salvaguarda de los beneficios que les aportan las relaciones personales con sus abuelos, a saber:

1-La estabilidad emocional. Las relaciones personales de los nietos con sus abuelos, si se incardinan adecuadamente, pueden servir de refugio emocional para los menores y de ayuda para paliar el desgarramiento psicológico que provocan en ellos las crisis matrimoniales o de pareja.

2-El conocimiento de su linaje. Los abuelos son los verdaderos conocedores de la estirpe familiar, son la herencia viva; las relaciones de los nietos con ellos permitirán a los menores mantener su sentido de pertenencia a una familia con sus características e idiosincrasia propias²⁴.

3-La transmisión de valores. Las relaciones de los nietos con sus abuelos les permite a los primeros adquirir el bagaje de tradiciones, costumbres, hábitos y modos de actuar que han atesorado sus ascendientes a lo largo de todo su periplo vital.

4-La contribución a su desarrollo personal. Los abuelos pueden convertirse en un punto de referencia para la evolución de sus nietos, en un elemento crucial en sus transformaciones de niños a adultos, en dadores de consejos y experiencias para afrontar la vida con mayores garantías de superación. Aprovechando esta coyuntura, resulta apropiado recordar las palabras del gran jurista clásico, Marco Tulio Cicerón (Arpino, 106 a.C.-Formia, 43 a. C), vertidas en su obra “*Sobre la Vejez*”²⁵:

Igual que los jóvenes de buen fondo disfrutan de los ancianos sabios y la vejez de éstos se hace más llevadera cuando la juventud los frecuenta y les muestra su afecto, también los jóvenes disfrutan con los preceptos de los ancianos, que les conducen al interés por los valores humanos; así entiendo yo que no os resulto menos agradable a vosotros de lo que vosotros me resultáis a mí. Así que ya veis cómo la vejez no sólo no resulta débil e inactiva, sino que es incluso activa y siempre está haciendo o planeando algo que se corresponde con sus intereses en las fases anteriores de la vida.

5-El afecto y el cariño. Los abuelos reviven con sus nietos las etapas de crianza de sus hijos, vierten hacia ellos la ternura y los sentimientos pasados, y ello es percibido por los menores, creando así un vínculo especial y duradero.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996: “A todos los poderes públicos, padres y ciudadanos, corresponde procurar la formación integral y la integración social y familiar del menor”.

²⁵ CICERÓN: “De senectute”.

6-El desarrollo armonioso en el interior de su familia. A ello pueden contribuir sustancialmente los abuelos, sobre todo en los supuestos de crisis conyugales o de pareja; los abuelos, en los tiempos que corren, son en muchos supuestos el referente conductual más próximo del que disponen los menores. Las relaciones nietos-abuelos contribuyen a la cohesión familiar, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil²⁶.

7-La comprensión. La educación y las directrices vitales que han de seguir los hijos competen a sus progenitores. Los abuelos en cambio brindan a sus nietos, complicidad, confianza, tiempo, y, compañía en el juego.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Cabe disertar asimismo sobre el modo en que el legislador presenta el derecho de los nietos a relacionarse con sus abuelos. Nos explicamos, el artículo 160 del Código Civil, prescribe:

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos.

Al referirse a las relaciones personales nietos-abuelos podemos observar como el texto legal lo hace en sentido negativo, manifestando que no podrán oponerse a las mismas obstáculos arbitrarios. Esta técnica no constituye una novedad, ya que tal fórmula se arrastraba desde el año 1981, la cuestión es por qué se acudió a la misma en ese momento, en lugar de inclinarse por una definición en positivo.

Un primer razonamiento, nos llevaría a pensar que la articulación del texto podría venir determinada por razones de técnica legislativa, y ello porque siempre, desde su

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 31 de julio de 2012: “Por regla general, 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, de manera que se ha de fomentar la protección integral del menor y la familia en cumplimiento del mandato constitucional prevenido en el artículo 39 de la Constitución, y dado que en el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno-filiales, pues, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de las relaciones familiares, y ello es así porque los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura entre los progenitores, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor, favoreciendo este sentido su estabilidad y su desarrollo. Y más cuando se trata de abuelos cuyo hijo falleció, no restándole a los menores más contacto con la familia paterna, su historia y antecedentes que los abuelos, y a su vez, a éstos, más prolongación en la vida que la de sus nietos, y cuando no se trata de sustituir una tutela o potestad, sino establecer un simple contacto, menguado contacto en un principio, al que unos y otros tienen derecho”.

plasmación en el derecho material en 1981, ha sido éste el método utilizado. El legislador no habría pues actuado movido por una intención teórica, jurídica o social, a la hora de su regulación, sino que simplemente realizó una labor continuista sin plantearse que la utilización de un sentido u otro podría ser discutida.

Un segundo razonamiento, sería aquél que centra la atención en cuestiones de fondo, o mejor dicho, en las consecuencias de un reconocimiento expreso de tal derecho. Si el legislador realmente quería reconocer el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos y de éstos con aquéllos, como un elemento fundamental e imprescindible para el desarrollo de los niños, como claramente expone de manera indubitada la Exposición de Motivos de la Ley, no se entiende por qué no lo hizo sin rodeo alguno y en sentido afirmativo, ya que sólo de esta manera se conseguía una coherencia jurídica interna entre los motivos que justifican la modificación y lo realmente contenido en la norma. El reconocimiento en sentido negativo evidencia un derecho publicitado en voz baja; da la sensación de que con ello se pretende que nadie se entere de que está ahí, de que no haga mucho ruido para no molestar a los que se puedan ver afectados por su ejercicio o limitados en su autoridad, o para que lo ignoren los que lo puedan materializar pidiendo su plasmación en los convenios reguladores o en resoluciones judiciales o administrativas.

No se entiende por qué si era tanto el clamor popular que demandaba la reforma y la necesidad de colocar a los abuelos en un lugar privilegiado, cómo es que no se le dio un empuje más contundente. Pensamos que la Ley quiso dar un salto adelante en este ámbito, pero en lugar de hacerlo con decisión y firmeza, finalmente optó por una regulación tibia, de navegación entre dos aguas. Y éste parece ser el sentido que pretende imprimir la regulación del artículo 90 del Código Civil a la hora de concebir las relaciones personales entre nietos y abuelos como no preceptivas para pactar los convenios reguladores, dejándolas al criterio que al efecto puedan tener los progenitores.

Un tercer razonamiento, nos situaría en la órbita del derecho natural. Las relaciones personales entre nietos y abuelos funcionarían como derechos innatos que ambos poseen, emanados del parentesco que en línea recta les une, del cariño y de la afectividad natural, por lo que no deben ser objeto de un reconocimiento expreso dada su evidencia.

Valga de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, la cual en relación a la aplicación del artículo 160 del Código Civil, entiende, “que es evidente que los abuelos tienen derecho a relacionarse con la nieta de cuya relación sólo por justa causa se les puede privar”.

3.1. Tesis que se barajan

Aludir a las relaciones personales entre nietos y abuelos con la expresión “derecho”, determina necesariamente que debe existir al mismo tiempo un reconocimiento de las personas que pueden ejercitarlo o reivindicarlo. Cuando de manera habitual nos referimos en el ámbito de las relaciones paterno-filiales al régimen de visitas, en el marco del artículo 94 del Código Civil, la jurisprudencia viene a entender que no estamos ante una mera facultad del progenitor, sino ante un verdadero derecho de los menores a tener -en este caso- una estrecha relación paterno-materno filial, y una obligación de los padres, pues ambos deben fomentar y garantizar la creación de vínculos estrechos de afecto mutuo.

La Audiencia Provincial de Baleares, en Sentencia de 31 de enero de 2000, indicó que:

El denominado derecho de visitas, regulado principalmente en el art. 94 del C. Civil es configurado como un derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los derechos o deseos de los progenitores, sino principalmente cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras a su desarrollo armónico y equilibrado. A tenor del art. 94 del C. Civil la regla general es la de que todo progenitor que no tenga la guarda y custodia de los menores se le establezca un derecho de comunicación, visitas y estancia con sus hijos, salvo que por excepción se limite o suspenda si se acredita cumplidamente la existencia de graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial, de lo que cabe inferir que tales supuestos deben ser objeto de una interpretación restrictiva. Cabe reseñar que en esta materia el interés de los menores es el principio esencial al que debe atenderse, básicamente en aplicación del art. 39.3 de la Constitución Española y 92, 93, 103, 154, y 170 del C. Civil.

Por consiguiente, en el contorno de estas relaciones paterno-materno filiales, se considera que tanto los progenitores como los menores son titulares de este derecho de visitas²⁷.

²⁷ DIEZ PICAZO (2003), pp. 416 y 417. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos protege a veces como genuino derecho fundamental, por la vía de la intimidad familiar (art. 8CEDH), la reunificación familiar y el

Partiendo de lo expuesto, nos preguntamos si al hablar de relaciones personales entre nietos y abuelos podemos llegar a la misma conclusión.

Ante esta disyuntiva, nos encontramos con una falta de unanimidad doctrinal: por un lado, un sector de la doctrina ha considerado que los únicos titulares de este derecho son los abuelos; en tanto que otro, entiende que es un derecho constituido en beneficio de ambos (nietos y abuelos), y por ello tanto unos como otros pueden ejercerlo.

Admitir la primera de las posturas, nos llevaría a concluir que los nietos solamente actuarían en el ámbito de las relaciones con sus abuelos como sujetos pasivos de las mismas, pero nunca como activos, o sea, que les quedaría vedada la posibilidad de que por sí mismos pudieran interesar ante los tribunales u otros organismos competentes relaciones personales con sus ascendientes no inmediatos. Ciertamente, si atendemos a los preceptos del Código Civil en los que se alude directamente al régimen de visitas, se advierte que en efecto los artículos 90, 94, y 103 del Código Civil, en ningún caso se refieren al derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos; sino que se analiza, tanto en el convenio regulador, como ante la falta de acuerdo de los progenitores y en la posibilidad de adoptar medidas previas, desde la perspectiva de los padres y abuelos como sujetos activos del derecho, relegando a los menores a la condición de beneficiarios del mismo. En idéntica dirección se encuentran redactados los artículos 160 y 161 del Código Civil; éste último es diáfano en su contenido al tratar del menor acogido, enunciando: *“el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él”*.

No obstante, es mayoritaria la postura que viene a defender que junto a la titularidad no discutida de los abuelos para el ejercicio de este derecho, existe también la de los propios menores, que actuarían así como sujetos activos y pasivos del mismo. Aunque para algunos autores el concepto de “derecho” a favor del menor debe matizarse: a título de ejemplo, VERDERA IZQUIERDO sostiene que no se trata de un verdadero derecho, sino de

contacto entre padres e hijos (STEDH E.P. c Italia de 16 de noviembre de 1999. Sommerfeld de 11 de octubre de 2001..etc).

una prerrogativa, pues si fuera un derecho los progenitores podrían exigir a los abuelos la relación con sus hijos²⁸.

3.2. Nuestra postura

Nosotros pretendemos ir más allá, y hacer recapacitar sobre el hecho de que, ante todo, las relaciones personales entre nietos y abuelos se configuran como un derecho de los primeros. El Código Civil en el artículo 160 reconoce expresamente la posibilidad de los menores de convertirse en sujetos activos a la hora de reclamar ante la autoridad judicial la existencia de relaciones personales con sus abuelos, y lo contempla para aquellos supuestos en los que medie oposición a su establecimiento -que puede ser por parte de uno de los progenitores, de ambos, o de los otros abuelos si estos ostentan la guarda y custodia de sus nietos o alguna función tutelar-, es decir, requiere que los litigantes no lleguen a acuerdos sobre esta cuestión, que el menor tenga capacidad y edad para comprender esta situación, que a su vez éste desee mantener relaciones personales con los abuelos, y que, finalmente, lo solicite por sí mismo ante la autoridad judicial.

Sin embargo, lo dicho anteriormente nos pone en la encrucijada de la necesidad de llevar a cabo un nuevo replanteamiento de la cuestión, y ello por cuanto el interés de los menores en mantener relaciones con sus abuelos está por encima, desde el punto de vista del beneficio que objetivamente puede obtenerse, del que puedan tener los abuelos respecto de sus nietos. Nos explicamos, la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, en su Exposición de Motivos, deja claro determinadas cuestiones de indudable importancia:

1-Que el interés de los hijos es el principio rector en nuestro derecho de familia.

2-Que las normas vigentes del Código Civil dispensan un tratamiento exiguo a un elemento de significativa importancia en el desarrollo personal de los menores, esto es, las relaciones con sus abuelos.

3-Que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno-materno filiales, pues aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares.

²⁸ VERDERA (2002), pp. 1569-1576.

4-Que los abuelos pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad de los menores. Disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis, pueden favorecer en este sentido su equilibrio y su desarrollo, y, pueden contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores dotando a los menores de referentes necesarios y seguros en su entorno.

Por los motivos expuestos, parece claro que el legislador da una importancia clave a los abuelos en el desarrollo personal y emocional de sus nietos, de tal manera que el interés de los menores se enarbola como superior, por encima del resto. Esto nos lleva a preguntarnos si a la hora de resolver los conflictos familiares debe establecerse en todo caso las relaciones entre nietos y abuelos, con independencia de si éstas son solicitadas o no.

El “*usus fori*” nos desvela que en la actualidad en situaciones de crisis matrimoniales (separación, divorcio), cuando se pone fin al conflicto por convenio regulador judicialmente aprobado, en la inmensa mayoría de los casos -por no decir la totalidad de los mismos-, nada se contempla respecto de las relaciones personales entre los nietos y los abuelos. Idéntica situación se produce en los supuestos en los que la resolución de la problemática de la pareja se sitúa en la órbita judicial a través de un proceso contencioso, el juzgador no establece el modo en el que a partir de la sentencia se van a relacionar los menores con sus abuelos, porque simplemente ni las partes ni el Ministerio Fiscal suelen peticionar nada sobre tal extremo.

Cabría pensar si en estos casos el beneficio de los menores puede quedar quebrantado tanto desde un punto de vista afectivo como material por esta preterición, “querida”, de las partes intervinientes. En este punto, es donde entendemos que deben articularse mecanismos para que el interés de los menores a relacionarse con sus abuelos pueda adquirir presencia y, no quede relegado a un derecho que sólo adquiere virtualidad cuando son los ascendientes los que lo demandan. A nadie se le escapa, que cuando los menores han sobrepasado la pubertad, éstos ya pueden comprender y valorar por sí

mismos las relaciones personales con sus abuelos y solicitar en consecuencia su instauración o fortalecimiento. La duda se plantea en los casos en los que los menores no tienen tal capacidad, o en los que pese a tenerla, no son oídos ni preguntados sobre el particular, ni por sus progenitores, ni por el Ministerio Público, ni por el propio juez encargado de dar solución a la litis. Adviértase, que sobre esto último, el artículo 92.2 del Código Civil, ya no establece, como lo hacía antaño, la obligación de oír “en todo caso” a los mayores de 12 años, sino que en su lugar prevé que el *“juez velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”*, lo que en la praxis judicial se ha interpretado como la desaparición de la obligatoriedad.

Según nuestro criterio, la clave de la cuestión reside en el artículo 90 B del Código Civil y en el artículo 94 del mismo texto: el primero, dirigido a los todavía cónyuges, al prescribir en relación al contenido mínimo del convenio regulador, que éste deberá contener *“si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre el interés de aquéllos”*; y el segundo, destinado a los casos en que se ha producido ya la nulidad, separación y divorcio, al regular que el juez *“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 art. 160 de este código, teniendo siempre presente el interés del menor”*. La solución pasa por determinar quién o quiénes deben valorar la necesidad de las relaciones personales de los nietos con sus abuelos.

Pero toda valoración, requiere de una investigación previa a efectos de verificar las relaciones entre los menores y los abuelos, información que sólo se puede obtener de tres fuentes:

- a) de los progenitores, los cuales habitualmente suelen ignorarla despreciando el efecto beneficioso que las relaciones con los abuelos puede provocar en los menores;
- b) de los menores, lo que no sería posible en caso de no tener suficiente juicio, ni tampoco en los supuestos en que se prescinde de ser oídos;
- c) de los propios abuelos.

Con esto se quiere defender, que tanto en los procesos de separación o divorcio por mutuo acuerdo, como en los tramitados por vía contenciosa, debe hacerse referencia a las relaciones personales entre los menores y sus abuelos, dicho de otro modo, tanto el Ministerio Fiscal, a la hora de informar sobre la procedencia o no del convenio regulador presentado por los litigantes, como el Juez a la hora de aprobarlo, deberían tener en cuenta como queda la relación de los menores respecto de sus abuelos, si los hubiere. Lo mismo debe predicarse respecto de los procesos contenciosos, en los que tanto el Ministerio Fiscal como el Juez, deberían llevar a cabo en el acto de la vista una actuación indagatoria en la persona de los litigantes sobre este particular, antes del dictado de sentencia. Y en ambos casos, y previo a decidir, oír a los menores si tuvieran suficiente juicio, y a los abuelos.

Actuar de contrario, es decir, omitir la postura de los abuelos en el conflicto, que es lo que se viene haciendo en realidad, supone conculcar el principio general que preside la reforma del Código Civil operada en la Ley 42/2003, de 21 de noviembre: la preeminencia del interés de los menores y de protección integral de los mismos consagrada en el artículo 39 de la Constitución. Lo que lleva aparejado el riesgo, por la especial relevancia que desempeñan los abuelos, que ello tenga consecuencias negativas en el desarrollo personal de los nietos.

En oposición a este argumento puede traerse a colación la postura anteriormente reseñada de VERDERA IZQUIERDO²⁹, en el sentido de que no nos encontramos ante un verdadero derecho, sino ante una prerrogativa, pues si fuera un derecho los progenitores podrían exigir a los abuelos la relación con sus hijos. Pero olvida esta formulación, que si son los propios abuelos los que no muestran interés por las relaciones con sus nietos, ello no significa que los menores no tengan tal derecho, sino que éste no puede hacerse efectivo, porque de ejercerse en contra de la voluntad de los abuelos, sería transgredir el principio rector de la reforma, que no es otro que actuar en interés de los menores, y

²⁹ VERDERA (2002).

evidentemente poco beneficio o ninguno aportará a los menores una relación con unos ascendientes que no tienen interés en la misma.

Se ha sostenido asimismo, como ya se ha indicado en anteriores epígrafes, tanto por la Fiscalía General del Estado como por el Consejo General de Poder Judicial que, el hecho de reconocer visitas a los abuelos podría suponer una fuente de conflictos mayor, al existir un riesgo cierto de que los nuevos actores de este proceso –los abuelos- introdujesen en el drama normalmente inherente a todas las crisis de familia, factores de complejidad y de tensión añadida, implicando el sistema, además, un riesgo evidente para la propia libertad de los menores, que se vería agravada ante el establecimiento de multitud de regímenes de visita.

Desde nuestro punto de vista, no deja de resultar sorprendente tal argumento. De ser así, nos llevaría al absurdo de concluir que la mejor manera de proteger a los menores es, en aras a mantener la paz familiar, que sus derechos queden solapados, silenciados, en definitiva mutilados por los de sus ascendientes inmediatos. En el ámbito del derecho de familia no puede defenderse, si con ello no se quiere aniquilar su verdadero sentido y razón de ser, que el interés de los progenitores está por encima del interés de los menores, pues debe recordarse que éstos son la parte débil del conflicto matrimonial, los sujetos necesitados de protección, de amparo. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no deja lugar a dudas en la proclamación que realiza en su artículo 2º:

En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.³⁰

Por consiguiente, bajo la apariencia de evitar que se cercene la libertad de los menores, en realidad se confunde el “derecho” a tener relaciones personales con sus abuelos, con el ejercicio del derecho en sí, con su aplicación efectiva. Las relaciones de los hijos con sus

³⁰ El beneficio de los hijos goza igualmente de reconocimiento en distintos documentos internacionales: en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959; en la Resolución de 29 de mayo de 1987 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; y en el Consejo de Europa, Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños de 1980.

ascendientes de segundo grado deben garantizarse, por cuanto las mismas son fundamentales para que los menores tengan un adecuado desarrollo en su formación personal y material, correspondiendo al juzgador, en todo caso, y en el litigio concreto, decidir conforme al "*favor minoris*" qué régimen es el más factible para garantizar los derechos de todos los implicados, especialmente de los menores; sin que pueda sentenciarse, como se hace por los defensores de esta postura, que todo sistema de relaciones personales que se pueda reconocer al margen del perteneciente a los progenitores, por éste simple hecho, ya es "*per se*" perjudicial.

Se desdeña por los valedores de esta postura crítica a las relaciones personales entre nietos y abuelos, el lugar que los ascendientes de segundo grado están desempeñando ya en el siglo XXI, como los verdaderos cuidadores de sus nietos en gran parte de las familias, siendo así que su posición en las denominadas crisis matrimoniales, más que añadir tensión, puede ser una verdadera válvula de escape para reducir la tirantez de los progenitores y aportar sentido común ante las más que frecuentes posturas exacerbadas de éstos.

Las relaciones nietos abuelos, por encima de todo, son un derecho de los menores, deben formar parte esencial de su estatuto jurídico, como un derecho autónomo e independiente que les es propio. Al atañer a los más pequeños, debe ser protegido con especial esmero, pues constituye una cuestión de orden público que no debería ser relegada sin una profusa argumentación.

El legislador debería haber sido más valiente, más pertinaz, y haber mantenido el carácter imperativo de las relaciones personales entre nietos y abuelos, como así figuraba inicialmente en el proyecto; no debió doblegar su redacción definitiva al principio dispositivo mediante la expresión "*si se considera necesario*". La justificación de la enmienda presentada en este sentido durante la tramitación parlamentaria, residía en el hecho de creer que ello introduciría mayor flexibilidad en el sistema, dejando con ello a criterio de las partes o del juez proponer o no las relaciones entre nietos y abuelos. En nuestra opinión, error colosal, pues si queda la decisión, como en realidad ocurre hoy en día, al arbitrio de la voluntad "*pura y dura*" de los progenitores, estamos de facto

subyugando el interés de los menores al de éstos; y si se deja a criterio del juez -en el sentido de que podrá denegar el convenio regulador que se presente en el caso de que no contemple las relaciones entre los nietos y los abuelos, si entiende necesario que debe incluirse-, cabe preguntarse cómo llegará el juez a alcanzar este convencimiento acerca de la necesidad o no de su inclusión, si los litigantes omiten cualquier referencia a la cuestión. La única manera posible no es otra que la que aquí defendemos, es decir, realizando una labor indagatoria en la persona de los contendientes, menores y abuelos, para clarificar si tal necesidad concurre en ese caso particular.

Las relaciones nietos-abuelos constituyen para los progenitores un auténtico deber jurídico, una obligación inexcusable. Los padres deben fomentar activamente que sus hijos, durante su minoría de edad, mantengan relaciones personales con sus ascendientes más inmediatos. Deben dar el primer paso, deben exponerles las bondades y deben primar los contactos. Si un progenitor no ha tenido la figura de los abuelos como determinante en su vida, sería desleal que por malevolencia impusiese esa carencia a sus descendientes. Los progenitores no deben dejarse llevar por lo superfluo, por los enfrentamientos que nada aportan, sino que han de centrarse en el terreno de las necesidades de sus hijos, de sus intereses, del desarrollo pleno de su personalidad. No debemos olvidar el ciclo vital: los hijos serán padres, y los padres serán abuelos. Las relaciones nietos-abuelos deben garantizarse desde la objetividad que subyace del interés de los menores, y no desde la subjetividad propia de sus estados emocionales.

Las relaciones nietos-abuelos, no sólo constituyen primordialmente un derecho de los menores, también de los abuelos, y un deber jurídico para los progenitores; sino que además, en muchas ocasiones, se instituyen como una verdadera necesidad. La necesidad de conservar a los abuelos. Los nuevos tiempos están provocando que los hijos pasen más tiempo con sus abuelos que con sus padres, hasta el punto de convertirse los segundos en los verdaderos guardadores temporales de sus nietos. Las relaciones de los menores con sus abuelos no pueden ser utilizadas por los progenitores a beneficio de inventario, las normas jurídicas no pueden huir de la realidad. Los menores que frecuentemente están con sus abuelos, no sólo son titulares de un derecho para seguir comunicándose con ellos,

sino que también tienen la necesidad de hacerlo. Se configuran así como una tríada paritaria: derecho-deber-necesidad.

La posibilidad que tienen los menores de relacionarse con sus abuelos constituye ante todo un derecho en el sentido más genuino, derecho que a su vez viene revestido de unas características propias de la esfera jurídica a la que pretenden tutelar, su examen por ello supone un elemento clave para su comprensión. A tales efectos, podemos enumerar una serie de notas que singularizan este derecho, a saber:

1-Es un derecho autónomo e independiente

El derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos es el reverso de la moneda del derecho de éstos a relacionarse con sus nietos; por consiguiente, existe entre ellos una insoslayable conexión, ya que su ejercicio requiere necesariamente de una voluntad del otro en la misma dirección. Los menores pueden querer efectivamente relacionarse con sus abuelos, pero ello no tendrá efectividad si éstos no muestran idéntica predisposición. Pero lo que no ofrece ninguna duda es que nos encontramos, desde un punto de vista jurídico, ante un derecho autónomo, propio de los menores, y por tanto ejercitable por ellos mismos o por aquéllos que deben actuar en su interés³¹.

2-Es un derecho personalísimo

Corresponde exclusivamente a los menores y respecto de sus abuelos, es inseparable de la persona de su titular, no cabe transmitirlo a terceros, y por tanto también es inalienable e indelegable. No obstante, y como no puede ser de otro modo, cabe instar su establecimiento por parte de aquéllos que pueden actuar en su beneficio, esto es, los propios progenitores si alcanzan un acuerdo con sus ascendientes sobre estos extremos, y por supuesto, el Ministerio Fiscal, en caso de falta de concierto.

³¹ GARCÍA (2004), p. 39: "El derecho de visita es un derecho de 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, encuadrándose sistemáticamente entre los derechos de la personalidad y siendo su naturaleza exquisitamente extramatrimonial. Es, asimismo, un derecho autónomo cuando se trata de ascendientes o colaterales de segundo grado y lo mismo sucede cuando se trata de parientes que la Ley admite".

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, nos da a entender el paso hacia una nueva época, trasgresora con la anterior, y que se caracteriza por un cambio en el status social del niño, por un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia, por un reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social. Los menores como realidad evolutiva, como seres en formación, son acreedores de la máxima protección que se les pueda procurar.

3-Es un derecho subjetivo

Se trata de un derecho de los menores, por tanto de orden superior, y que debe tutelarse por encima de los que pudieran corresponder al resto de agentes que forman parte de la unidad familiar. En palabras del Tribunal Supremo, Sentencia de 17 de septiembre de 1996:

Hay un interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con aquél, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos, e, incluso, a los padres y ciudadanos.

4-No es un derecho absoluto

Las relaciones personales nietos-abuelos no funcionan como un derecho absoluto e ilimitado, sino que también pueden ser objeto de determinadas restricciones, modificaciones o suspensiones en su ejercicio. Las causas que pueden provocar tales alteraciones de la norma básica, no están expresamente previstas en la Ley, de tal manera que será el juez, una vez planteado el contencioso, el que evaluará las distintas coyunturas que puedan presentarse y las consecuencias jurídicas que cada una merece. Las resoluciones que por los órganos jurisdiccionales puedan acordarse en materia de relaciones personales nietos-abuelos, no producen efecto de cosa juzgada, por consiguiente, podrán modificarse en cualquier momento si concurren alteraciones en los requisitos subjetivos y objetivos que justificaron su adopción.

5-Es una manifestación del valor constitucional del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad

La Constitución Española en su artículo 10.1 establece como derecho fundamental de la persona el libre desarrollo de la personalidad³²; este derecho no es exclusivo de nuestro ordenamiento, sino que también viene recogido en textos de igual rango, como es el artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn, así como en determinadas disposiciones del derecho internacional, a título de ejemplo, los artículos 22 y 29 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Las relaciones personales entre nietos y abuelos, en la medida en que pueden favorecer la estabilidad y desarrollo de los menores, como expresa la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, y que al mismo tiempo les permite conocer su verdadero linaje, así como las costumbres, valores y tradiciones propias de sus ancestros, se deben identificar, en una proyección hermenéutica extensa, con este valor constitucional, “el libre desarrollo de la personalidad de los menores”, pues los abuelos en esta tarea pueden contribuir al mantenimiento de la paz familiar, que no es más que otra vertiente de la paz social, consagrada constitucionalmente como fundamento esencial del ordenamiento jurídico³³. En el fondo no es más que una manifestación del derecho de los menores a establecer relaciones personales en el terreno afectivo para el desarrollo de su propia personalidad.

En el asunto *Marckx contra Bélgica* (A 31, Sentencia de 13 de junio de 1979) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó, en relación al concepto de vida familiar, que esta expresión del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos incluye, al menos, los vínculos entre parientes próximos, por ejemplo, entre abuelos y nietos, pues éstos

³² Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 2000: “Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales., sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por completo a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda o custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1988: “Ciertamente es que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social”. Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente”.

parientes próximos tienen una participación considerable en la vida familiar. También la Comisión Europea de Derechos Humanos ha otorgado protección a los abuelos como miembros putativos legítimos de la familia en el sentido del artículo 8 del Convenio, reconociéndoles el derecho a invocar la vida familiar en relación con sus nietos.

6-Es un derecho irrenunciable

No cabe por tanto hablar de una renuncia absoluta y anticipada a tal derecho; que de existir, en todo caso será nula.

7-Es un derecho familiar

Significamos con ello que funciona como un derecho-deber: un derecho de los menores de relacionarse con sus abuelos y un deber de los progenitores de facilitar y promover su fijación. Tal consideración no resulta baladí, sino al contrario, de enorme trascendencia. Sostener que el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos en un derecho-deber, supone tanto como decir, que toda actuación tendente a restringir o limitar indebidamente tal derecho, al margen de la actuación judicial, sería susceptible de generar responsabilidad civil. En sintonía con ello, debemos colegir que el actual sentido que se da a esta figura como un derecho –y a veces ni tan siquiera esto,- sin la connotación del deber, es a todas luces errónea.

Esta nota distintiva consolida, si cabe más, la tesis alimentada en este trabajo, esto es, que en los procesos de crisis matrimoniales, tanto consensuales como contenciosos, debe indagarse sobre las relaciones nietos-abuelos, para establecerlas o para descartarlas, pero en todo caso tal labor debe existir. De no ser así, nada impediría que un menor al que se le privó o impidió en su día el ejercicio de tal derecho, por acción u omisión de sus progenitores, acudiese a la vía civil en ejercicio de acción de responsabilidad contra los actores del proceso, cuando tal carencia de relaciones personales con sus abuelos hubiese efectivamente provocado un perjuicio demostrable en su desarrollo personal.

8-Es un derecho que no está sujeto ni a prescripción ni a caducidad

Las relaciones personales nietos-abuelos no están vinculadas a estos modos de extinción tradicionales; por tanto se pueden ejercer en cualquier momento, al menos mientras los

menores tengan tal condición. Una vez alcanzada su mayoría de edad, los lazos entre nietos y abuelos, sin extinguirse de pleno derecho por alcanzarse tal circunstancia, sí que desbordan el ámbito de aplicación del artículo 160 del Código Civil, quedando en consecuencia en el terreno propio de los acuerdos entre personas adultas, o sea: en el del libre desarrollo de la personalidad consagrada en el artículo 10 de la Constitución Española, en el de la intimidad, previsto en el artículo 18.1, y en definitiva, en el de la libertad individual³⁴.

9-Es un derecho natural

Si por derecho natural entendemos el conjunto de los principios, fijos o inmutables, universales, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza humana, qué duda cabe que las relaciones nietos-abuelos entroncan en su contenido. La familia ha constituido desde siempre, en todas las culturas, una proyección humana y social de la persona individual, y los abuelos en la misma han ocupado un rol fundamental, en cuanto garantes de su esencia, de ahí que deba entenderse que estas relaciones ahondan sus raíces en la más elemental forma de relación del ser humano.

10-Es un derecho preferente

Ello implica que está regulado en la norma sustantiva inmediatamente después del que corresponde a los padres respecto de sus hijos, luego goza, de una posición privilegiada, en la medida en que se distingue y antepone al derecho que ostentan los demás parientes y allegados.

11-Es un derecho que nace al margen de la relación matrimonial

Los nietos podrán tener relaciones con sus abuelos con independencia de si sus progenitores están unidos o no en vínculo matrimonial, lo determinante, aunque nada contempla el Código Civil al efecto, es que la paternidad y la maternidad estén legalmente declaradas. La condición de abuelos la da la relación de filiación, de parentesco, no el

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 1989: “El art. 1.1 de la Constitución, al consagrar la libertad como “valor superior” del ordenamiento jurídico español, reconoce, como principio general inspirador del mismo, la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”.

matrimonio; las relaciones personales nietos-abuelos son pues de naturaleza extramatrimonial. Lo mismo puede predicarse respecto de la filiación adoptiva, el hecho de que la filiación no sea biológica, sino legal, no es obstáculo para adquirir la condición de nieto y abuelo respectivamente. En cualquier caso, no habría estado de más que el legislador al modificar el artículo 160 del Código Civil hubiera tenido en cuenta estas previsiones, con el objeto de evitar debates estériles por parte de la doctrina.

12-No se extingue por el no uso

El hecho de que los nietos no mantengan relaciones personales con sus abuelos, y que por tanto ni unos ni otros las hayan solicitado, no conlleva su extinción por no ejercicio transcurrido un determinado lapso de tiempo; sino al revés, en cualquier momento pueden instaurarse, ante la ausencia de una fijación anterior, o reponerse, si ha desaparecido la causa que motivó su suspensión o restricción o bien ésta ha sido superada. Pero la exigencia de actuar en beneficio de los menores, en el caso particular, supondrá que deberá llevarse a cabo necesariamente una valoración prudente de las circunstancias que concurren en su persona, para evitar que una constitución o reanudación precipitada pueda causar más estragos que beneficios en su equilibrio personal, para lo cual deberá contarse con la valiosa colaboración de profesionales psicólogos o trabajadores sociales a efectos de que por éstos se estudie con especial esmero la aplicación de unas relaciones personales progresivas, que vayan paso a paso, sin prisas, hasta conseguir normalizar plenamente la situación, si fuere posible. Debemos tener siempre presente que la Ley nunca habla de prohibición absoluta, ni definitiva, de este derecho, y que por ello la “intencio legislatoris” no es la de obstaculizar su ejercicio, sino su contrario, favorecerlo y promoverlo.

13-Es un derecho que carece de causas de extinción tasadas

Su finalidad originaria es permanecer en el tiempo de manera ilimitada, al menos mientras los nietos no alcancen la mayoría de edad, pero como no puede ser de otra manera, desaparecerá con la muerte o declaración de fallecimiento de cualesquiera de los sujetos que lo sustentan: nietos o abuelos.

14-Es un derecho de constitución legal, pero de concreción judicial

En efecto, pese a haber sido normativizado por el artículo 160, párrafo 2º, del Código Civil, nos encontramos ante un derecho que originariamente surgió en los tribunales y que en la actualidad alcanza su verdadera dimensión en el seno de éstos, consecuencia del amplio arbitrio del que dispone el juez a la hora de establecer su alcance subjetivo, su extensión en el tiempo, y, su modo de acomodación a los múltiples y diversos supuestos que la realidad cotidiana brinda. Al juez le corresponde profundizar en las específicas connotaciones de la relación familiar entre progenitores, entre progenitores e hijos, entre nietos y abuelos; en definitiva, corre de su cargo averiguar el interés último de los menores, lo más beneficioso para ellos, y una vez localizado y centrado, fallar con arreglo al mismo. Sin que ello enerve la posibilidad de las partes de alcanzar acuerdos sobre el modo de ejercerlo, aunque para su materialización sea forzoso superar el visto bueno de la autoridad judicial.

15-Es un derecho que para desplegar todas sus bondades sobre los menores requiere de dos pilares que le dan fortaleza: la buena fe, y la tolerancia

Por muchas que sean las diferencias existentes entre los adultos involucrados en los conflictos familiares, éstos, cuando del interés de los menores se trata -y las relaciones de los menores con sus abuelos son una expresión de ello- deben actuar con altura de miras, dar ejemplo, conducirse desde la buena fe y el respeto mutuo a los derechos de cada cual, no someter a los niños a injustos y lastimosos conflictos de lealtades, y generar, ante todo y sobre todo, un ambiente de tolerancia que ayude a los menores a desarrollarse en plenitud personal, moral, afectiva y emocional ³⁵.

16-Es un derecho de naturaleza extrapatrimonial.

³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 14 de mayo de 1999, fundamento de Derecho Segundo: "Ha de tenerse presente, que al plasmarse el ejercicio de un derecho, no cabe la menor duda que la forma y manera de establecerlo ha de ser rígida, pero una cosa es reconocer el derecho a quien lo tiene y otra es obligar a cumplir ese derecho de una manera inflexible, por quien ha de soportarlo; los principios de buena fe y tolerancia han de primar junto con los del interés o beneficio del menor, en este "minimum" de relaciones entre las partes que con la menor se imponen, pero únicamente con la finalidad de conseguir, en la medida de lo posible, que su vida afectiva sea mayor y más positiva que la que hasta ahora tiene, enriqueciendo además su formación, educación y conocimientos que potencien su personalidad.

Las relaciones personales entre nietos y abuelos se sitúan en un plano diferente al entramado económico propio de las crisis matrimoniales o de pareja. Aquí se centra el foco de atención en el cariño, en las vivencias, en la transmisión de experiencias y de valores, en definitiva, en el entorno humano y afectivo que une a los nietos con sus abuelos. Resultan ajenas por tanto, las cuestiones más arduas de la problemática conyugal o de pareja, caracterizadas por un ineludible contenido patrimonial, como son las que atañen a las pensiones alimenticias, el uso y disfrute de la vivienda conyugal, la pensión compensatoria, y las cargas familiares.

17-Es un derecho variable³⁶.

En cuanto que se adapta a las concretas circunstancias del supuesto de hecho, y que deberán ser escrutadas por el juzgador en el acto de juicio mediante la práctica de la prueba declarada pertinente a tal efecto. Es un derecho subordinado al interés del menor. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de junio de 2004, dejó meridianamente claro que:

Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor.

El juzgador debe averiguar cuál es el interés de los menores, examinando para ello cada una de las incidencias que concurren en el caso objeto de enjuiciamiento, y valorando: la opinión de los menores, si ostentan la capacidad suficiente para emitir un juicio; el dictamen de especialistas, cuando se trate de menores de corta edad o asuntos de especial complejidad; y, el resto de pruebas, interrogatorios, documentales y testificales. Ergo, las decisiones judiciales que puedan tomarse para dar virtualidad a este derecho carecen del efecto de cosa juzgada; la presencia de nuevos hechos que puedan influir en la decisión adoptada podrán desatar una nueva valoración de lo ya resuelto, y en todas

³⁶ RIVERO (1982):“Toda concesión de derecho de visitas y el régimen correspondiente tiene una vigencia *rebus sic stantibus*, con lo que, variadas las circunstancias que se hallaban en la base de su nacimiento y regulación, el régimen inicial también debe variar”.

sus direcciones: para ampliar el contacto, para reducirlo, para suspenderlo, o para erradicarlo definitivamente.

4. LIMITE A LA PATRIA POTESTAD

Según LACRUZ BERDEJO³⁷ “la patria potestad no es, propiamente, un derecho subjetivo, sino una potestad que el Derecho positivo, al dictado inmediato del natural, atribuye con carácter indisponible a los padres en cuanto medio para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo”.

DIEZ-PICAZO y GULLÓN³⁸ entienden que la patria potestad de hoy “se considera como una función social y como un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores. Esos poderes no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de otro y estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes de sus titulares”.

ALBADALEJO, se refiere a ella como “el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos”³⁹. Y O’CALLAGHAN la define como “el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados o incapacitados”⁴⁰.

En efecto, la concepción actual de la patria potestad es diametralmente opuesta a la del poder autoritario y dominante que ostentaba el paterfamilias: “*ius vitae necisque*”. La patria potestad ha evolucionado desde un poder del padre ejercido con exclusividad, a una función dual compartida entre padre y madre⁴¹; de un poder configurado para el provecho propio del padre, a un “*officium*” que enaltece la personalidad del hijo; de un poder ilimitado, a una institución intervenida.

Dispone el artículo 154 del Código Civil que:

³⁷ LACRUZ (1989), p 215.

³⁸ DIEZ PICAZO y GULLÓN(2008), p. 256.

³⁹ ALBADALEJO (1989), p 287.

⁴⁰ O’CALLAGHAN (1996), p 285

⁴¹ Artículo 156 del Código Civil: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro”.

Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

Desde esta perspectiva, introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981, de reforma del Código Civil, podemos apreciar, haciendo propio el razonamiento de Díez-Picazo y Gullón, dos tipos de límites a la patria potestad: a) los internos o causales; y, b) los externos y objetivos.

Los segundos, externos y objetivos, vienen contemplados de manera precisa en los artículos 158 y 167 del Código Civil.

Los primeros, internos o causales, se engloban en lo que el Código Civil en su artículo 154 refiere como “beneficio de los hijos”. La Exposición de Motivos de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, traza el sentido de su interpretación:

La reforma ha erigido en principio básico el respeto a la personalidad del hijo no sólo objeto de cuidados, sino sujeto cuya peculiar individualidad constituye ahora la regla y medida del trato y la educación que haya de recibir.

La patria potestad ya no tiene, como en otro tiempo, su centro de gravedad en el interés de los progenitores, sino que su razón de ser pivota sobre el beneficio de los hijos como elemento crucial⁴²: el respeto a su personalidad, el deber de preservar su integridad física y psicológica, la obligación de proteger su desarrollo biológico, social y educativo, y, el derecho a ser oídos; configurando así una esfera de protección de los menores frente a un uso abusivo de la patria potestad. Sigue esta dirección la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Si tenemos en cuenta además que el deber de “tenerlos en su compañía”, exigible a los progenitores, no se construye en oposición al derecho de los menores de relacionarse con sus abuelos, ni puede por ende impedirlo ni estrangularlo, por estar reconocido como un

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996: “La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación cualquiera que sea la naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercitada normalmente por ambos progenitores conjuntamente y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos como resultado del artículo 154 del código civil”.

derecho autónomo de los hijos en los artículos 160 y 161 del Código Civil, estamos sin duda en disposición de rematar que nos encontramos ante un verdadero límite a la patria potestad, ante una barrera que no se puede traspasar arbitrariamente. Los padres deben impulsar y avalar las relaciones de sus hijos con sus abuelos, y sólo están legitimados y autorizados para restringirlas, cuando objetivamente esté comprometido el interés de los niños, cuando concurra una verdadera y cierta “justa causa”.

La patria potestad como función está integrada por deberes y por derechos, pero su fin último es la protección de los menores, su correcto desarrollo⁴³. Las relaciones con sus abuelos no son un elemento secundario en el crecimiento de los niños, sino más bien, y de contrario, un cimiento sólido para fraguar su personalidad. Digámoslo de entrada, en este campo los progenitores no son titulares de una potestad, que pueden o no ejercitar según su conveniencia, sino de un auténtico deber.

Así también lo ha entendido el legislador catalán en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, cuando dentro del capítulo VI, al examinar la potestad parental, en el epígrafe dedicado a las relaciones personales, artículo 236-4, hace uso expresamente de este término jurídico:

2. Los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, y todos estos tienen también derecho de relacionarse con los hijos. Los progenitores deben facilitar estas relaciones y solo pueden impedir las si existe una justa causa...3. La autoridad judicial puede adoptar, en todo caso, las medidas necesarias para garantizar la efectividad de estas relaciones.

De esta suerte, no basta con el “pueden”, los progenitores “deben” facilitar las relaciones de los hijos con sus abuelos; y en caso de no hacerlo infundadamente, contravendrán la esencia misma de la patria potestad: el beneficio de los menores⁴⁴. En beneficio o interés

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000: “La patria potestad es, en el derecho moderno, y concretamente en nuestro derecho positivo, una función al servicio de los hijos que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 de la CE, de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta ante todo el interés superior del niño”.

⁴⁴ En HERNÁNDEZ (2000), p. 190. La Sentencia de la Corte de Cassazione (Italiana), de 24 de febrero de 1981, indica: “El progenitor en el correcto ejercicio de la patria potestad, no puede, sin un motivo serio en relación con el preeminente interés del menor, negarle toda relación con sus parientes más próximos, como

de los hijos pueden los padres ser privados de su patria potestad, o ser suspendidos en su ejercicio; y en beneficio o interés de los hijos pueden recuperarla si cesa la causa que motivó su privación.

los abuelos, habida cuenta del daño potencial que podría derivarse del impedimento de unas relaciones afectivas que son conformes a los principios del ordenamiento jurídico, si se mantienen en término de frecuencia y duración tales que no comprometa la función educativa que compete al progenitor”.

CAPÍTULO III. EL NUEVO SISTEMA DE RELACIÓN: DEL RÉGIMEN DE VISITAS A LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS Y ABUELOS

Con este epígrafe pretendemos poner de manifiesto las distintas acepciones utilizadas por la doctrina y por el legislador a la hora de estudiar o regular las relaciones entre los nietos y los abuelos, y ello con el fin de identificar el concepto más correcto, evitando pues el uso como sinónimos de expresiones que en realidad no lo son.

El Código Civil a lo largo de los diversos artículos en los que se hace alusión a las relaciones entre abuelos y nietos no mantiene una unidad terminológica, esto es, en unas ocasiones se refiere abiertamente al establecimiento de un régimen de visitas y comunicación, en otras, opta por acudir a la fórmula de las relaciones personales, y, finalmente, están aquellos supuestos en los que se mezclan ambas expresiones.

El Código Civil no nos da tampoco una definición legal sobre qué debe entenderse por derecho de visitas, ciñéndose a normar en su artículo 94 que:

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

Sí se atreve a establecer un concepto la Unión Europea: el artículo 2, número 10) del Reglamento 2201/2003 lo contempla como:

El derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un tiempo limitado.

Lo hace sin precisar si es un derecho que concierne sólo a los progenitores o por el contrario cabe extenderlo a los abuelos u otros familiares o parientes.

1. LAS DIFERENTES ACEPCIONES

1.1. Régimen de visitas y comunicación

A este primer grupo pertenece el artículo 90, B) del Código Civil, que a la hora de regular el contenido mínimo del convenio regulador, prevé que éste deberá contener, “si se

considera necesario”, el régimen de visitas (⁴⁵) y comunicación (⁴⁶) de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. A este respecto advierte GARCIA CANTERO, en su “estudio sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003”⁴⁷, que:

La sedes materiae de la figura objeto de estudio, aparece prima facie mal colocada, y como escondida, o camuflada -si se quiere-, en el título relativo a las relaciones paterno-filiales, como si el legislador no hubiera encontrado otro lugar adecuado para ubicarla. Ello puede originar el hecho, un tanto singular, de que nuestro tema tienda a denominarse en la praxis –incurriendo así en el error de designar el todo por la parte- como derecho de visita entre abuelos y nietos, y que éste término llegue a predominar, incluso, en la propia terminología legal.

En idéntica línea, el antepenúltimo párrafo del artículo 90 del Código Civil, contempla que:

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos 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.

También siguen esta trayectoria el párrafo segundo del artículo 94 y el artículo 103 del Código Civil, al prescribir el primero que:

El Juez 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.

En tanto que el segundo, y en el ámbito de las medidas previas, hace hincapié en que:

El juez, a falta de acuerdo de los cónyuges, determinará, 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. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados

⁴⁵ Visitar (Del lat *visitare*). Ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo: Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, año 2001.

⁴⁶ La derogada Ley del Divorcio de 12 de marzo de 1932, en su artículo 20, empleó el término “derecho de comunicación”, al disponer que aquél de los padres que no tenga en su poder a los hijos, conservará “el derecho de comunicar con ellos”.

⁴⁷ GARCIA (2004), p.18.

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.

1.2. Relaciones personales

Al segundo grupo de los estudiados pertenecen los párrafos segundo y tercero del artículo 160 del Código Civil, al establecer:

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.

1.3. Régimen de visitas y comunicación-relaciones personales

En cuanto a este grupo normativo -aquéllos en los que en el mismo precepto se alude a ambas expresiones-, pertenece el artículo 161 del Código Civil, el cual al tratar del menor acogido, contiene que:

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 su interés.

Ahora bien, las dudas surgen en el momento de determinar cuál es el contenido de la expresión “relaciones familiares”, pues nada dice el legislador al respecto. De inicio se postulan como posibles, tres direcciones:

a) La primera, sería aquella que entiende que el concepto de relaciones familiares significa tanto como reconocer a los abuelos un derecho similar al que disfrutaban los progenitores no custodios, o sea, la posibilidad de tener con sus nietos un régimen de comunicación, visitas y estancias lo suficientemente amplio.

Tal camino no parece ser el seguido por el legislador, pues aunque las relaciones entre nietos y abuelos se ubican dentro de las relaciones paterno-filiales, título VII, capítulo primero, del Código Civil, no puede sostenerse que se trate de realidades equiparables, ya que es conocido que el derecho de los progenitores respecto de sus hijos emana directamente de la patria potestad, en tanto que el de los abuelos con sus nietos nace de

la proximidad de parentesco, unida a otros valores de carácter moral-afectivo, como son el cariño y la transmisión de experiencias.

b) La segunda de las posibles direcciones a seguir a la hora de interpretar el término “relaciones familiares”, sería aquélla que centra el concepto en el establecimiento de una “relación de mínimos”, es decir, que el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos se limita a encuentros puntuales y esporádicos con éstos, llamadas telefónicas y comunicaciones postales o telemáticas; todo ello con el objeto de no romper los necesarios y deseables vínculos.

Difícilmente puede defenderse hoy en día tal argumento, pues aunque ha tenido cabida tanto en ciertas posturas doctrinales como en la práctica cotidiana de los tribunales, lo cierto es que, una somera lectura de la Exposición de Motivos de la Ley, no deja lugar a dudas de que la posición de las relaciones familiares entre nietos y abuelos en modo alguno puede concebirse como algo meramente testimonial o residual.

c) A nuestro juicio, la solución estaría en escoger el camino intermedio, aquél que nos lleva a colegir que las relaciones entre nietos y abuelos son esenciales para el desarrollo equilibrado de los menores, y en el que deben conciliarse con recta sindéresis todos los intereses en juego para poder dar efectividad real a los mismos. En definitiva, lo que se trata es de huir de la desmesura y de los planteamientos extremos, respetando el bien jurídico a proteger, que no es el interés de la sociedad o el vínculo de parentesco, sino el supremo interés de los menores, como resalta con meridiana claridad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de enero de 1999:

Siendo principio elemental, necesario e indeclinable inspirador de cualquier medida atinente a los menores el de que es su interés el que debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres y demás familiares. Consagración de dicho principio se encuentra en diversos preceptos del Código Civil, y en particular al caso en el art. 160 de dicho cuerpo legal; latiendo en todas las disposiciones al respecto la idea suprema de que el beneficio de los menores constituye la razón de ser o el fundamento de las prescripciones legales.

Partiendo de la existencia de estos tres grupos normativos, se hace necesario indicar, que en modo alguno se puede, pese al tenor del Código Civil, poner en estricto plano de igualdad el concepto de visitas, comunicación y relaciones personales como si de igual

cosa se tratara. Entendemos por ello, y dado que el Código Civil dedica a las relaciones entre nietos y abuelos el artículo 160 de su texto de manera especial, que es precisamente la terminología utilizada en el mismo la que debe primar; ergo cuando intentamos analizar tal cuestión, lo adecuado sería aludir al término de “relaciones personales con los abuelos”. De tal modo que la expresión “régimen de visitas” y “comunicación” funcionaría como un modo, dentro de otros posibles, de colmar y dar contenido a la relación entre nietos y abuelos.

En consecuencia, el juzgador, en caso de la existencia de conflicto, lo primero que debe dilucidar es la procedencia o improcedencia de la relación personal de los nietos con sus abuelos, para a continuación, valorar el modo de articularla, bien a través de un régimen de visitas, bien a través de un derecho de comunicación (postal, telefónica, internet..), bien a través de un régimen de estancia; no obstante lo cual, se sigue cayendo diariamente, tanto en el ámbito judicial como doctrinal, en el error de utilizar tales vocablos de manera unívoca. De ahí que en el presente trabajo se utilice en adelante sólo la expresión, “relación personal”, para referirse a este fenómeno.

2. MODOS DE ARTICULAR LAS RELACIONES PERSONALES

De acuerdo con lo anterior, deviene necesario examinar los modos a través de los cuales pueden plasmarse estas relaciones nietos-abuelos. Veamos pues los distintos supuestos:

2.1. Establecimiento de un régimen de visitas y estancias

Aunque en el uso ordinario de la terminología aplicable al derecho de familia utilizamos repetidamente sin criterios diferenciadores las expresiones “visitas” y “estancias”, para referirnos a un contacto personal y directo entre el que visita y la persona que se va a visitar, no podemos dejar pasar la ocasión para poner de manifiesto que se trata de dos conceptos que difieren en su esencia: pues mientras las visitas incluyen “per se” un contacto entre ambos agentes –visitador y visitado- de corto recorrido, o si queremos como más clarificador, de menor duración en el tiempo; la expresión estancias, implica por el contrario una reunión más intensa, más prolongada, con mayores contenidos y obligaciones, y que en el ámbito que nos ocupa tendría su traducción o reflejo más

genuino en la permanencia de los menores durante un cierto tiempo en el domicilio de los abuelos, más concretamente en las pernoctas con los mismos.

Las visitas, en su sentido estricto, generan obligaciones para los ascendientes de segundo grado respecto de sus nietos, tales como:

- la obligación de procurar su cuidado durante el desarrollo del encuentro
- la obligación de evitarles perjuicios
- la obligación de actuar en su beneficio
- la obligación de darles sustento y cariño
- la obligación de vigilar su salud física o psíquica
- la obligación de recogerlos y entregarlos en el lugar y en la hora pactada o decidida judicialmente
- y, la obligación de correr con determinados gastos de desplazamiento que pueda conllevar el cumplimiento del régimen.

Las estancias, junto a las obligaciones antedichas, que se mantienen inalterables, crean a su vez otras dos de extraordinaria importancia:

- 1) la obligación de los abuelos de asumir los gastos alimenticios que causan los menores mientras permanezca con los mismos, y
- 2) la obligación de los abuelos de disponer de una vivienda donde poder llevar a cabo las pernoctas con sus nietos en condiciones adecuadas.

En este orden de cosas, podemos destacar un elenco de regímenes de visitas y estancias:

a.1) Las visitas sin pernocta

Si bien cuando surge la discordia sobre el establecimiento de relaciones personales entre nietos y abuelos, cualquier régimen que se pretenda establecer a priori se considera negativo por el progenitor o los progenitores que se oponen a ello, no cabe duda de que la fijación de visitas sin pernocta constituye el mal menor para sus detractores.

Responde tal sistema a un intento de mantener o de afianzar las relaciones entre nietos y abuelos cuando éstas no son de la suficiente entidad como para permitir una fórmula que

implique mayor extensión e implicaciones. En la indagación de las concretas “circunstancias” exigidas por el Código Civil, nos podemos encontrar tanto ante un régimen restrictivo de no más de un día al mes, como aquéllos que optan por dos o tres horas entre semana, o por el encuentro en la comida de los domingos, o por la fijación de un periodo entre las 24 o las 48 horas sin pernocta.

En este apartado, también puede surgir la disyuntiva acerca de si las visitas sin pernocta tienen que realizarse en el domicilio de los abuelos o por el contrario si éstas deben tener lugar en el domicilio de los menores, con o sin presencia de los progenitores, o en otro lugar, o incluso en el domicilio de un tercero. Lo corriente, y porque no decirlo, lo más razonable en la mayoría de los casos, con todas las reservas, dada la enorme casuística, es que las visitas entre nietos y abuelos sucedan en el domicilio de éstos últimos. Con ello se logra un ambiente de mayor confianza, de menor tensión, un plus de intimidad y de interacción. Al hilo de lo expuesto cabe mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 22 de octubre de 2002, que justificó la ausencia de los padres en las visitas de los abuelos, en el hecho de suprimir toda fuente de conflictos entre los litigantes y crear un clima conveniente para el progreso de la relación personal entre abuelos y nietas. Algunas resoluciones judiciales han fijado un espacio público como lugar donde deben desarrollarse las relaciones personales nietos y abuelos, otras en cambio las han ceñido al domicilio de los progenitores o las han sometido a su propia supervisión o de una tercera persona por ellos designada.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 2 de mayo de 2002, dispuso que durante un tiempo las relaciones personales entre los abuelos y la menor se desarrollarán en un parque o lugar público del entorno de la pequeña.

La Audiencia Provincial de Zaragoza, en Sentencia de 20 de mayo de 2002, estimó procedente fijar a favor de la abuela paterna un régimen de visitas con sus nietas, si bien entendió conveniente, confirmando la sentencia de instancia, que se extendieran a los sábados alternos de 16 a 20 horas y a cumplir en el domicilio de la madre bajo su supervisión o de la persona que ella designase, argumentando como elementos decisivos las reticencias de las menores a una comunicación con la abuela fuera del ámbito de

control de su madre con la que convivían, dada la investigación criminal iniciada en averiguación de posibles abusos sexuales del padre para con sus hijas, así como los informes psicológicos presentados y que evidenciaban la inconveniencia de prescindir de tal control materno.

a.2) Las visitas sin pernocta en lugar distinto al domicilio de los nietos y de los abuelos

Aquí centramos la atención, en aquellos casos en los que por una razón u otra no es posible dar cumplimiento a las visitas nietos-abuelos en los respectivos domicilios, o siéndolo, se presenta como demasiado gravoso para los intereses de los implicados, especialmente de los menores. Para abordar estos particulares, y ante conflictos familiares de especial consideración, cabe acudir a los Puntos de Encuentro Familiar. Los “Punts de Trobada”, desde su aparición estelar en la ciudad de Valladolid en 1994, se han convertido en un instrumento imprescindible para el cumplimiento de las medidas acordadas por los juzgados en los procesos de familia, fundamentalmente en aquellos contenciosos en los que la fijación de un régimen de visitas reviste gran complejidad por las circunstancias concurrentes en los sujetos involucrados. En materia de relaciones personales nietos-abuelos, como en las propias de la relación paterno-materno filial, los Puntos de Encuentro constituyen un lugar neutral en el que con la ayuda de los profesionales que lo gestionan y coordinan -psicólogos, trabajadores sociales y educadores-, se arbitra un modo de verificar y controlar tales relaciones.

Se puede alegar, como en ocasiones se hace, que los Puntos de Encuentro no son los lugares más idóneos para desarrollar un régimen de visitas entre los nietos y los abuelos, pues son espacios físicos que no son familiares para los menores y en los que están presentes personas desconocidas para ellos, por lo que necesariamente les resultarán perjudiciales, por distantes y fríos. Pero sabido es, que cuando se decide, bien por los tribunales o por los propios interesados de común acuerdo, la intervención, y en algunos casos, la intermediación de los Puntos de Encuentro, esto obedece a que no se vislumbra otro modo de llevar a cabo las visitas; es decir, en no pocas ocasiones funcionan como “ultima ratio” para garantizar un derecho en juego, en este caso, el de los menores de poder mantener o afianzar el contacto con sus ascendientes de segundo grado. Además,

cabe añadir en su favor, que los Puntos de Encuentro trabajan desde la neutralidad, permitiendo con ello iniciar, estabilizar o desarrollar las relaciones entre nietos y abuelos sin referentes a sitios que los menores puedan identificar como zonas de peligro, de tensión, propios de la vivienda conyugal o vivienda de los abuelos, si el matrimonio o pareja vivía con ellos.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 17 de diciembre de 2009, revocando la sentencia de instancia por la que se denegaba el régimen de visitas entre la actora y sus nietos, pese a la alta conflictividad, tuvo a bien conceder un régimen de visitas de una hora y media semanal a celebrar en el Punto de Encuentro y a concertar con los profesionales que estaban a su cargo o, en su caso, desde las 17:30 a las 19 horas de los viernes, siempre supervisadas, controladas y tuteladas por dichos profesionales, quienes tenían que rendir al juzgado de instancia informes bimensuales sobre evolución, pudiendo el juez, a la vista del resultado, modificar, ampliar, restringir o extinguir el derecho de visitas que se concedía.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 1 de julio de 2008, en un caso igualmente caracterizado por la existencia de malas relaciones familiares, falló indicando que:

Las tensas y conflictivas relaciones entre suegra y nuera, que no debieran interferir en la vida de la menor, no obstan fijar a favor de la abuela, un régimen de visitas que se llevarán a cabo en un Punto de Encuentro.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 19 de febrero de 2001, tras haber negado el juzgado de instancia las visitas interesadas por los abuelos paternos respecto de sus nietos, al no haber mantenido contacto con éstos en los últimos cinco años, confirmó la resolución de la Audiencia en el sentido de fijar un régimen de visitas el primer sábado de cada mes en el “Punto de Encuentro”, por espacio de dos horas, si bien sustituyó la supervisión por el personal técnico del mismo, por el que prestase el personal del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, debiendo valorarse al cabo de seis meses su mantenimiento o su ampliación a un fin de semana completo al mes, lo

que en todo caso se resolvería en ejecución de sentencia teniendo en cuenta los beneficios que tales contactos fueran produciendo en los menores.

a.3) Las estancias de los nietos con sus abuelos

Las estancias de los nietos con sus abuelos suponen para las partes, si así lo concertan de mutuo acuerdo, o para el juez, si así lo dispone en su resolución, una reafirmación de las bondades que pueden derivarse de tales relaciones personales para todos los sujetos implicados. Cuanto mejor sea o haya sido en el pasado la relación entre nietos y abuelos, o la de éstos con los progenitores de los menores, mayor será la extensión del régimen de visitas, hasta llegar a la fijación de unas estancias que aseguren un mayor contacto personal.

Las estancias se plasman esencialmente en la posibilidad de que los menores permanezcan con sus abuelos más allá de las visitas puntuales, y más concretamente, en el hecho de que los primeros pernocten con los segundos. Cuando esto tiene lugar, se está poniendo de manifiesto que las relaciones personales entre ellos son altamente satisfactorias y que sobre todo redundarán en beneficio de los menores, interés fundamental a proteger. Es precisamente en este momento, cuando la posición de los abuelos se aproxima más a la relación paterno-materno filial; y ello porque, el establecimiento de la pernocta, conlleva añadir al deber de vigilancia y protección presente en todo régimen de visitas, los deberes esenciales de procurarles alimentos a los menores y de disponer de una vivienda con unas condiciones adecuadas para que las estancias se desarrollen por los cauces de la normalidad.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de junio de 2004, indicó que:

Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquella pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio 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..sin que en absoluto se perturbe el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves períodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de noviembre de 2013, de interés casacional, ante la alegación de la existencia de sentencias contradictorias sobre si la fijación de la pernocta del menor con sus abuelos y parientes siempre tiene que estar reconocida o en su caso ateniendo a la edad del menor no se debe conceder con carácter general, sentenció que:

La pernocta no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente

No ofrece duda, o al menos no debería, de que si se dispone un régimen de pernocta de los menores con sus abuelos -por ejemplo, de un fin de semana al mes, de viernes tarde a domingo tarde-, deberán ser éstos los que asuman los alimentos que durante este tiempo de convivencia puedan consumir los menores, descartando absolutamente por ello cualquier posibilidad de exigir su reintegro a los progenitores. En todo caso, conviene dejar claro, que la fijación de un período de estancias de los menores con sus abuelos no puede quedar condicionado en absoluto a que éstos presten ayuda económica a los progenitores, esto es, que se fije a su cargo una especie de pensión alimenticia, pues de pactarse, necesariamente devendría nula por ilícita. Las relaciones de los nietos con los abuelos constituyen, ante todo, un derecho de los nietos, pero al mismo tiempo también un derecho de los abuelos, y por supuesto, una obligación legal para los padres.

En este contexto, puede plantearse la cuestión referente a los gastos que fuera de los alimentos puedan surgir durante el período en que los menores permanezcan con sus abuelos en régimen de estancias, tales como los consumos médicos o farmacéuticos. No hemos encontrado resolución judicial que aborde de manera frontal esta materia, sin embargo, puestos a analizar el particular, la razón jurídica y el sentido común nos dice que todos aquellos gastos derivados de dolencias o malestares de escasa consideración médica, como pueden ser los que traen causa de un resfriado, dolor de cabeza, gastroenteritis, curación de pequeñas heridas..etc, deben ser asumidos por los encargados de la protección de los menores y de su salud en el momento en que se produzcan, por sus guardadores temporales, o sea, por los abuelos. Quedan fuera de este perímetro, y por tanto a cargo en exclusiva de los progenitores, los gastos devengados de

enfermedades de cierta importancia u operaciones quirúrgicas, al ser éstos los titulares de la patria potestad y los responsables por ley de garantizar la plena integridad física y psíquica de sus hijos, tanto más cuando se requiere el consentimiento de ambos para su práctica. Todo ello sin perjuicio, claro está, de los propios actos de liberalidad que los abuelos puedan realizar, pero que en cuanto tales, no son repercutibles.

La vivienda de los abuelos qué duda cabe que ocupa un valor central a la hora de reconocer a éstos un régimen de estancias con sus nietos. Si disponen de una residencia adecuada, que en este caso no es sinónimo de suntuosa, sino más bien de ordenada y con condiciones idóneas de habitabilidad, las posibilidades de que se les reconozca un régimen de estancias con sus nietos aumentan considerablemente. Al igual que se viene a entender en las relaciones paterno-materno filiales cuando se trata de fijar un régimen de visitas con pernocta a favor del progenitor no custodio, debe tenerse en cuenta si el inmueble donde se va a llevar a cabo el régimen de estancias reúne las condiciones de espacio y de habitabilidad, su idoneidad para el fin perseguido (⁴⁸). En consecuencia, y atendiendo al supremo interés de los menores, suelen en la praxis resultar infructuosos todos aquellos pedimentos civiles ante las autoridades judiciales que en este punto pretendan un régimen de estancias cuando la vivienda no dispone de habitaciones suficientes, cuando los menores tienen que compartir lecho con sus abuelos -o entre sí, sí están camino de la pubertad- o cuando la morada no disponga de las mínimas condiciones higiénicas y de salubridad.

En todo caso, difícil reconocimiento tiene el régimen de estancias de los nietos con sus abuelos cuando coincide con la separación legal o el divorcio de los progenitores, pues resulta harto complicado conciliar en el espacio y en el tiempo unas estancias con los abuelos cuando también hay que fijar las correspondientes con el progenitor no custodio, ex artículo 94 del Código Civil, y cuyos derechos paterno-materno filiales no pueden verse mermados por tal circunstancia, por cuanto su relación es preferente respecto de la de los abuelos. Por ello, el régimen de estancias normalmente entra en juego cuando los

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de junio de 1999: fijó un régimen de visitas sin pernocta para el padre al haber quedado acreditado que éste vivía en un local de peluquería

progenitores permanecen casados o unidos en análoga relación de afectividad, o cuando uno de ellos se encuentra privado de libertad, o ha fallecido.

2.2. Establecimiento de un régimen de comunicación

Cuando tratamos de indagar en el significado de la expresión “régimen de comunicación”, forzosamente debemos partir de que bajo su paraguas deben comprenderse todos aquellos medios que aseguran el contacto entre dos o más personas y que no se llevan a cabo de una manera presencial, esto es, sin posibilidad de un contacto físico. A poco observador que se sea, es fácil advertir que con ello estamos haciendo referencia a la comunicación vía telefónica, a la comunicación epistolar, o a la comunicación por los distintos medios informáticos o telemáticos que nos permite lo que se ha venido en llamar hoy en día la “sociedad del conocimiento”: comunicación por videoconferencia, comunicación por fax, comunicación por e-mail, o comunicación por las redes sociales facebook o twitter.

Ciertamente, cuando se trata de establecer unas concretas relaciones personales entre nietos y abuelos, lógicamente se está pensando en que éstas se organicen y materialicen a través de un contacto físico, por ser éste sin duda, el medio que más aporta a la hora de crear el clima de confianza necesario y el flujo de valores que pueden contribuir beneficiosamente al desarrollo integral de los menores, y con ello ayudarles a forjar su personalidad. Pero si bien esto es así, no debemos despreciar otras formas de trato o correspondencia que pueden ayudar, aunque sea en menor medida y con menos energía, al mismo fin. Aquí, es donde precisamente se asienta la comunicación por los medios que hemos reseñado con anterioridad. Se trata de una forma de relación que por su propia naturaleza parece ser que está más dirigida a completar las relaciones personales entre nietos y abuelos, que a convertirse en el modo ordinario de comunicación, que de serlo, se entendería necesariamente como exiguo e ineficaz para alcanzar el objetivo pretendido. No se reputaría sin embargo como exigua tal comunicación cuando las distancias entre los domicilios de nietos y abuelos sean considerables: el actual mundo globalizado, la movilidad laboral, y los flujos migratorios, están provocando que los matrimonios y las relaciones de pareja se produzcan cada vez en mayor número entre

nacionales de distintos Estados, lo que a la postre, y en caso de crisis en el matrimonio o pareja, nos coloca ante un nuevo brete, el cómo regular las relaciones de los nietos con los abuelos si unos y otros residen en distintos países⁽⁴⁹⁾. Corresponderá en estos casos a la autoridad judicial fijar un régimen de relaciones personales entre nietos y abuelos apropiado, ponderando: la edad de los menores, la fortaleza de los lazos nietos-abuelos, la distancia y medios de comunicación entre ambos países, el calendario de cada país, y como no, el grado de disponibilidad material y temporal de nietos, padres y abuelos. El sistema que se establezca habrá de ser adecuado a las circunstancias que concurren en cada momento, aunque a primera vista el concentrar las relaciones personales en períodos de vacaciones parece lo más sensato, contactos más esporádicos pero más extensos, sobre todo si con ello queremos sortear el coste económico y las incomodidades de todo tipo que podrían acarrear unas relaciones más ordinarias.

3. DURACIÓN

La relación de los nietos con sus abuelos no sólo plantea la cuestión relativa a su reconocimiento, sino que una vez asumido el mismo, bien voluntariamente por los litigantes, porque así lo acuerdan por coincidencia de voluntades, o bien mediante resolución judicial que la constituye, en caso de que las discrepancias no se solucionen por la vía del consenso, surge acto seguido y como elemento inseparable la problemática relativa a su duración, o lo que es lo mismo, la determinación de la extensión que en el tiempo deben tener estas relaciones nietos-abuelos. La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, no contiene precepto ni indicación alguna sobre los criterios que deben seguirse, siendo

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 11 de diciembre de 2012. “La Sala, atendida la dificultad que representa señalar un régimen de visitas normal dado que la menor reside en Méjico y la abuela en España, procede en aras de conseguir el progresivo contacto humano que ahora es prácticamente inexistente, considerar que no es procedente señalar un régimen de visitas, sino la posibilidad de comunicación de la abuela con su nieta por cualquier medio incluidos los telemáticos en cuanto serán beneficiosas para el desarrollo normal del menor.... La demandante, D^ª. A , abuela de la menor R, podrá comunicarse con su nieta por cualquier medio, incluidos los telemáticos, sin perjuicio de las visitas que pudiera efectuar a la misma en Méjico”.

así que serán los tribunales los encargados de valorar su adecuación ponderando las distintas circunstancias que confluyan en el caso particular.

No podemos en este empeño agotar todas y cada una de las situaciones que la casuística nos puede brindar, pero sí poner sobre la mesa, en este caso sobre el papel, las habituales, y su incidencia a la hora de fijar los criterios para el establecimiento de cada período, siempre analizados, claro está, desde el punto de vista de la existencia de un conflicto judicial sobre este extremo. Dicho lo anterior, nos referiremos a distintas situaciones que a continuación se expondrán:

3.1. Constante matrimonio

En este supuesto habrá que valorar:

a) La relación que los nietos tienen o han tenido con sus abuelos. Si la comunicación entre nietos y abuelos era o es fuerte y fluida -imaginemos por un momento que los abuelos hasta el surgimiento del conflicto eran los que se encargaban de llevar a los menores al colegio, o de recogerlos, o de acompañarlos a las actividades extraescolares o a los parques infantiles, o que los nietos comían cada día en casa de los abuelos-, debe procurarse por todos los medios posibles que esa quiebra de la relación entre progenitores y abuelos no afecte demasiado a los menores, y por tanto que no se trunquen definitivamente y de manera precipitada sus relaciones personales.

b) La edad de los nietos y su estado de salud. Si los menores son de corta edad, obvio es que las relaciones con sus abuelos deben tener en cuenta necesariamente tal circunstancia; sin duda no puede ponerse en el mismo escalón las relaciones con unos nietos lactantes o que cuenten con pocos años (que ni siquiera tienen comprensión de la relación familiar ni de los vínculos de parentesco), con las que se pueden trabar con unos nietos con suficiente uso de razón y con capacidad por ello para entender y opinar. El estar ante una situación u otra condiciona, como no puede ser de otro modo, la extensión y la manera de llevar a cabo las relaciones entre nietos y abuelos. Lo mismo cabe predicar cuando los menores están aquejados de alguna enfermedad o cualquier otro tipo de padecimiento; el interés de los menores constituye el criterio rector de toda decisión que les pueda afectar, por consiguiente si sufren cualquier tipo de anomalía física o psíquica,

tanto si ésta es temporal como permanente, ello tiene que tener por fuerza una incidencia decisiva a la hora de fijar el cómo los nietos se van a relacionar con sus ascendientes de segundo grado.

Las relaciones nietos-abuelos no pueden entenderse desde el inmovilismo, desde el “no” a todo lo que suponga cambio; sino que de contrario se deben edificar buscando la sincronía con el momento evolutivo de los menores, deben adaptarse a la edad del bebé, del niño, del púber y del adolescente.

La Audiencia Provincial de Zaragoza, en Sentencia de fecha 25 de julio de 2005, tratándose de un supuesto de comunicación de un menor de seis meses con los abuelos paternos, razonó que:

Cuando el menor tiene seis meses, ha de tenerse en cuenta la necesaria armonización de esta edad, necesitada de una permanente asistencia materna, y su deseable integración, paulatina, en la familia paterna. Y en todo caso, sin mengua de la finalidad que la función de que se trata persigue, la necesidad de evitar que al amparo de la misma y su ejercicio perturben innecesariamente los intereses del menor, alterándose la normalidad de su régimen de vida.

Y finiquitó la cuestión distinguiendo dos etapas, hasta los tres años y medio del menor, y desde los tres años y medio en adelante, para establecer acto seguido un régimen de comunicación entre nieto y abuelos progresivo y variable según la edad del menor.

c) La edad y el estado de salud de los abuelos. Por muy alto que sea el interés que los abuelos muestren por relacionarse con sus nietos, o la valoración que de las bondades del mantenimiento o fijación de tales lazos considere el juzgador, al final, el mayor o menor grado de la extensión de sus relaciones, dependerá, al igual que se ha indicado para el caso de los menores, del estado físico o psíquico por el que atraviesan los abuelos. Todos podemos comprender fácilmente que no pueden conducirse igualmente, en esta tarea de relacionarse con sus nietos, unos abuelos octogenarios o nonagenarios que unos abuelos que cuentan con sesenta o sesenta y cinco años. Debe ponerse énfasis en que los abuelos, en el ámbito de estas relaciones personales, son cuidadores y garantes de sus nietos, y no éstos últimos guardianes de los primeros.

d) La distancia entre los distintos domicilios. Sólo podrá considerarse como beneficiosa para los menores la fijación de unas relaciones familiares fluidas con sus abuelos cuando los domicilios de unos y otros estén próximos o no sean excesivamente distantes, pues de lo contrario se corre el riesgo de que tal hecho acabe provocando desubicación en los menores con la consiguiente incidencia en su vida personal, sobre todo en su rendimiento académico.

Por tanto, si la relación entre los menores y los abuelos es cordial y fructífera, si los nietos y los abuelos se encuentran en buenas condiciones físico-psíquicas, y, si no se somete a los menores a grandes traslados a la hora de llevar a cabo las relaciones personales con sus ascendientes, podemos concordar, como así lo viene entendiendo la jurisprudencia dominante, un período estándar, que comprendería: un fin de semana al mes, el cual se puede completar con alguna visita entre semana, por ejemplo cada 15 días.

En estos casos, es frecuente sin embargo, que se disienta sobre la extensión que debe comprender el fin de semana, puede ser: de viernes tarde a lunes mañana (régimen amplio), de viernes tarde a domingo tarde (régimen medio), de sábado mañana a domingo tarde, o de sábado o domingo de mañana a tarde, sin incluir pernoctas (régimen reducido). Los progenitores que muestran su oposición a las relaciones personales entre nietos y abuelos, y que por ende fuerzan una solución por vía judicial, suelen plantear unas comunicaciones muy cortas y en todo caso sin pernoctas. El eterno debate del derecho de familia sobre las pernoctas tiene en el ámbito de las relaciones personales entre nietos y abuelos su propia dimensión, y ello porque, al no considerarse equiparable la comunicación de los menores con los abuelos con la que puede establecerse a favor del progenitor no custodio respecto de sus hijos, ex artículo 94 del Código Civil, se viene a entender con demasiada asiduidad que la pernocta equilibra de facto ambas situaciones, y que además resulta perjudicial para los menores.

Empero, nada malo hay, sino todo lo contrario, en el hecho de que los menores pernocten con sus abuelos, pues sin duda las pernoctas contribuyen a fortalecer los lazos de afecto y la confianza. Eso sí, siempre y cuando, y como acontece con los progenitores, se garantice que la vivienda de los abuelos dispone de las condiciones idóneas.

Tampoco es desatinado, sino más bien aconsejable, que los menores permanezcan con sus abuelos algún día dentro de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, incidiendo especialmente en este último, donde es lógico que aquí puedan permanecer con sus abuelos más allá de un fin de semana al mes.

La falta de comunicación, o la relación conflictiva que pueda existir entre progenitores y abuelos, no debe cercenar el derecho de los menores, pues su interés se erige como superior frente al de aquéllos.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de octubre de 2005, después de argumentar que no debe inmiscuirse a los menores en el conflicto personal y familiar que pudiera existir entre los padres y abuelos, recordando a todos los adultos afectados en esta situación el deber que tienen de apartar de tal desencuentro personal a los menores, en razón del beneficio que supone para los mismos crecer en un ambiente de sosiego y equilibrio familiar y afectivo, que tanto los progenitores como los abuelos deben propiciar en todo momento; opta por confirmar el régimen de comunicación y visitas consistentes en un día por semana, a cumplir entre las 17 y las 18:30 horas.

3.2. En supuestos de separación y divorcio

Podemos distinguir:

3.2.1 Cuando los progenitores no mantienen relación con sus ascendientes

En este segundo supuesto las relaciones entre los nietos y los abuelos se tornan más dificultosas, pues las necesarias relaciones personales entre ellos tienen que convivir con las todavía más esenciales relaciones entre los menores y el progenitor no custodio, y con el obligado establecimiento de un régimen de visitas, comunicación y estancias a su favor, ex artículo 94 del Código Civil. Si el progenitor que no tiene atribuida la guarda y custodia goza de un régimen de visitas amplio con sus hijos –el estándar: de fines de semana alternos de viernes tarde a domingo tarde, dos tardes entre semana de 18 a 20 horas, y vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano por mitad-, la comunicación entre nietos y abuelos tendrá imperiosamente que verse desplazada a un régimen mucho más restringido, y no exceder de una o dos tardes mensuales. Consecuencia, claro está, de que las relaciones entre nietos y abuelos no pueden mermar más allá de lo jurídica y

socialmente razonable la patria potestad, ni pueden tener por ello un ámbito temporal idéntico al que generalmente corresponde a los padres, ya que de ser así, nos encontraríamos ante una sustitución de roles familiares: los abuelos tienen que desempeñar la función de abuelos, y no la propia de los padres, si con ello queremos evitar poner en riesgo el desarrollo armónico de los menores.

3.2.2. Cuando uno de los progenitores vive con sus padres

Si los progenitores se encuentran divorciados o separados y cada uno de ellos mantiene una vida independiente de la de sus respectivos padres, no hay obstáculo para que los nietos y abuelos ejerzan en plenitud sus relaciones personales. La complicación surge cuando uno de los progenitores convive con sus ascendientes, o sea, reside en el mismo domicilio; pues de reconocer un derecho de los nietos a relacionarse con sus abuelos, de facto, y al mismo tiempo, se estaría permitiendo que el progenitor no custodio permaneciese más tiempo con sus hijos, lo que podría alterar el equilibrio pactado entre ambos progenitores en convenio regulador o lo decidido por resolución judicial en el ámbito de un procedimiento contencioso. La *sindéresis*, a nuestro modo de ver, no pasa por anular el derecho de los nietos y abuelos por su coincidencia temporal y espacial con el del progenitor no custodio, sino precisamente en fijar unas relaciones que eviten tal concomitancia. Se debe salvar el derecho de los menores a mantener unas relaciones propias con sus abuelos, sin interferencias, sin obstrucciones, en un marco adecuado. De idéntica manera se debe garantizar el derecho de los abuelos, que en la medida en que reivindican un acercamiento a sus nietos, lo hacen ejercitando un derecho propio emanado del artículo 160 del Código Civil, sin que pueda por ende quedar abolido por el régimen de visitas reconocido al progenitor en el marco del artículo 94. Ante tal dilema, al juzgador no le queda otra opción que ponderar todos los intereses en juego, arbitrando, si fuere posible, unas relaciones entre nietos y abuelos que preserven la debida autonomía, ya que ésta constituye un requisito básico para que las relaciones se consoliden más allá y por encima de las desavenencias de los progenitores.

3.3. En supuestos de fallecimiento de uno de los progenitores

Las estadísticas judiciales no dejan lugar a dudas: cuando se produce el fallecimiento de uno de los progenitores es cuando los padres del fallecido intentan mantener los lazos con sus nietos. De ordinario este deseo se canaliza a través de la solicitud de un régimen de comunicación, visitas y estancias similar al que gozaría su hijo si estuviera vivo y en estado de separación o divorcio.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de julio de 2009, ante la petición de los abuelos maternos respecto de su nieto de cuatro años, una vez que se produjo el fallecimiento de la madre, de mantener un régimen de visitas de fines de semana alternos, desde el viernes a las 17,30 horas hasta el domingo a las 20 horas, y mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano; decidió confirmar la sentencia de instancia, a su vez mantenida por la Audiencia Provincial, que establecía un régimen de visitas a favor de los abuelos respecto de su nieto menor, de dos domingos al mes, alternos, desde las 10 a las 19 horas, dos días consecutivos en Navidad en las fechas señaladas, idéntico criterio en Semana Santa, y, 7 días consecutivos en verano.

Las relaciones personales nietos-abuelos en gran parte de los casos no se confrontan, afortunadamente, desde la negación del derecho, sino más bien desde la extensión del mismo. La solución quizás estaría en trabajar sobre tres conceptos, que a la vez hacen de contrafuertes para dar quietud a toda relación:

- a) Posibilidad; posibilidad es alternativa, es opción, es disfrutar con los abuelos el tiempo razonadamente viable.
- b) Compatibilidad; compatibilidad es organización, es estructura, es entendimiento, es disponibilidad de horarios.
- c) Seguridad; seguridad es estabilidad, constancia, compromiso, garantía, responsabilidad y acuerdo.

4. QUIEBRA DE LAS RELACIONES PERSONALES

Cuando hablamos de las relaciones personales entre nietos y abuelos siempre nos situamos en un escenario de conflicto, de falta de entendimiento, es decir, cuando se ponen en duda o se niegan tajantemente las mismas bien por uno o por ambos progenitores; ya que en situaciones de normalidad familiar, nada cabe batallar sobre la necesidad de mantener los lazos de afecto y lo conveniente que, fundamentalmente para los menores, pueden llegar a ser. Con ello queremos hacer hincapié en que cuando se produce el debate acerca de las relaciones personales nietos-abuelos tenemos que abordar forzosamente el por qué se produce su ruptura, o sea, cual ha sido el mecanismo desencadenante para que lo que antes se veía como útil, provechoso y conveniente para los menores, de un día para otro deje de serlo.

Sin ánimo de agotar todos los supuestos, pero sí de resaltar los más significativos, podemos hacer mención de los siguientes:

4.1. Ruptura del matrimonio o pareja

Sin duda la crisis del matrimonio o de la pareja de hecho o estable, según los casos, conlleva como efecto primario la quiebra de la idea de familia, no sólo en su sentido más puro (nuclear), sino también en su sentido más amplio (extensa), y fundamentalmente de la denominada familia política.

Es entonces cuando surge como efecto perverso el pensamiento vengativo, aquél que identifica a la otra parte como la responsable del fracaso del proyecto común, y que se extiende por efecto dominó contra todo su parentesco, en especial contra los abuelos (suegros), por ser éstos los que han mantenido en el pasado los lazos afectivos y más vigorosos con sus hijos o los que en el futuro pueden seguir manteniéndolos, o en el peor de los casos para en detrimento de su postura separadora, fortaleciéndolos. Los abuelos pues se identifican con el problema, forman parte directa del mismo, en absoluto se ven como la solución.

Se olvida con ello que pueden ser agentes fundamentales y privilegiados para que las dificultades del matrimonio o pareja no salpiquen a los menores en su desarrollo personal, así como para evitar la necesidad de acudir a terceros intermediarios, personas físicas o jurídicas: como ocurre en los casos en los que surgen discrepancias a la hora de la entrega o recogida de los menores en el colegio, o en actividades extraescolares, o de su entrega y recogida como consecuencia de los regímenes de visitas, comunicación y estancias con el progenitor no custodio, especialmente en los casos en que por la autoridad judicial se haya establecido una prohibición de comunicación entre los progenitores o una orden de alejamiento o de protección que establezca una distancia de seguridad.

4.2. Fallecimiento o declaración de fallecimiento de uno de los progenitores

Cuando se produce el acontecimiento luctuoso de la muerte de uno de los progenitores, la actuación del supérstite puede tomar una doble dirección:

Por un lado, la que podríamos denominar como postura “continuista”, que consiste en intentar superar la desgracia fortaleciendo los vínculos con la familia del cónyuge finado, en especial, con los abuelos; éstos, aunque anteriormente no hubieran mantenido una postura tan próxima a sus nietos, se convierten en una pieza fundamental para mantener la unión familiar y para inculcar a sus descendientes la imagen de su hijo fallecido, ayudándoles en la transmisión de valores y en la superación del duro trance vital de la muerte de su progenitor.

Por otro lado, la que podríamos denominar como postura de “ruptura”, la cual como indica el sentido etimológico de la palabra, aboga por la idea de cortar los contactos entre la familia del fallecido y los menores. El apartarse de los abuelos y demás parientes por línea del extinto, no surge de manera espontánea, sino que con frecuencia existen distintos factores que van a erigirse como desencadenantes de esta opción más radical, a saber:

*El primero de los factores lo constituye la mala relación existente entre el cónyuge supérstite y los padres del difunto. En efecto, cuando la relación entre los abuelos y el padre o la madre de los menores ya no es buena durante el matrimonio o convivencia, al fallecimiento de uno de los progenitores, ésta se torna más dificultosa, pues es cuando

cada uno por su lado deciden afianzar sus diferencias utilizando a los menores como arma arrojadiza: el padre o la madre negando la comunicación con los abuelos de manera injustificada o con argumentos indefendibles, y los abuelos acudiendo a una defensa a ultranza de su derecho dejando en un segundo plano el verdadero interés de sus nietos.

*El segundo de los factores trae causa del momento en que el sobreviviente decide “rehacer su vida”, esto es, cuando conoce a una tercera persona con la que entabla una nueva relación sentimental. Cuando este hecho tiene lugar, de manera casi automática, se tiende a pensar que efectivamente se está produciendo un desplazamiento de una familia por otra, y en la que la primera se convierte en un obstáculo para el buen fin de la relación que acaba de comenzar. En este escenario las reacciones pueden ser de muy distinta índole:

- En primer lugar cabría destacar la de los propios menores. Su postura puede orientarse de un triple modo: hacía la indiferencia; hacía el apoyo a su progenitor en su idea de dar un nuevo giro a su vida, lo que en ocasiones le puede apartar de sus abuelos si éstos no asumen las nuevas circunstancias; o de apoyo hacía los abuelos, mostrando su oposición a que una nueva persona sustituya a su madre o padre desaparecido, lo que sin duda complicaría el ejercicio diario de la patria potestad.

- En segundo lugar estaría la reacción del progenitor sobreviviente. Éste se enfrenta a la disyuntiva de decidir, bien por mantener el contacto de sus hijos con la familia del fallecido, lo que no en pocos casos suele crear tensiones con su nueva pareja; o por el contrario, priorizar su propia vida y la de su nueva pareja y familia, lo que sin duda contribuirá al surgimiento del conflicto con los padres del difunto si éstos deciden mantener un contacto fluido con sus nietos.

- En tercer lugar, la reacción de los abuelos. La práctica nos enseña que pueden darse los siguientes supuestos:

- 1) hay quienes deciden no enfrentarse a su ex yerno o ex nuera, éstos corren el riesgo de ignorar al gran enemigo en las relaciones familiares entre nietos y abuelos, el paso del tiempo, día que no se relacionan, lazos que se diluyen;

2) hay quienes deciden por realizar un ejercicio razonado de su derecho, intentando por vía de acuerdo o a través de los tribunales, el mantenimiento de las relaciones con sus nietos;

3) y finalmente, quienes no aceptan de ninguna de las maneras que la otra parte haya rehecho su vida, pretendiendo en este caso un ejercicio descabellado del derecho que les asiste.

*El tercero de los factores viene determinado por la causa de la muerte. Si el progenitor fallecido lo ha sido por “muerte natural”, la reacción del supérstite en relación a los abuelos, si no existían desavenencias previas, suele ser de no oposición al legítimo derecho de éstos a relacionarse con sus nietos, o incluso de fortalecimiento de las relaciones personales como deferencia a la familia del fallecido y en aras a mantener los lazos familiares, como un modo de alcanzar la unidad familiar, que actuaría como bálsamo para superar la adversidad. Cosa distinta acontece cuando nos encontramos ante muertes causadas por “extrañas circunstancias”, piénsese en el suicidio, muerte por drogadicción o toxicomanías. Aquí, con frecuencia surge la idea de “culpa”, es decir, de atribución de responsabilidad a la otra parte en la producción del hecho fatídico, y lo hace en doble dirección: a) del progenitor sobreviviente hacia los padres de su marido, o mujer, o pareja, porque cree que éstos pudieron con su conducta activa u omisiva contribuir al resultado, o porque ve en los mismos un obstáculo a la superación de lo sucedido: elementos negativos que no quiere trasladar a sus hijos; y b) de los padres del fallecido, abuelos, hacia la nuera o el yerno, por entender que en cierta medida coadyuvó en el desenlace: consideran por ello que sus nietos son lo único que les queda de su descendiente muerto y pretenden a menudo heredar la posición de aquél frente a sus hijos.

En uno y otro caso la relación se complica por la ausencia total de comunicación, olvidando con demasiada frecuencia que los verdaderamente damnificados son los menores.

Sobre este último supuesto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 17 de diciembre de 2009, concluyó, pese a que el juzgado de instancia había desestimado la petición de la demandante (abuela), de un establecimiento de régimen de visitas con sus

nietos de 5 y 7 años de edad, al considerar probado que la actora había insinuado incluso públicamente, utilizando para ello emisoras de radio y televisión, que su hijo, padre de los menores, había sido objeto en vida de malos tratos psicológicos por parte de su mujer (demandada), y que ello le condujo a la decisión final de quitarse la vida, que:

La justa causa” para privar de derecho de visitas a los abuelos a la que alude el art. 160 del Código Civil, debe estar instalada en motivos no sólo de recelo o resentimiento entre las partes litigantes, sino en causas graves que conduzcan a la inexcusable conclusión de que las relaciones que pretenden mantener o reanudar no se conviertan en causa de desestabilización emocional de los menores que perjudique su posterior desarrollo integral. Tampoco puede dejarse de lado que una relación normalizada entre abuelos y nietos puede ser beneficiosa y que intercomunicada entre ellos suele conducir a un mejor desarrollo de una convivencia familiar estable.

Falló por ende, considerando, que aunque la conducta de la demandante en no pocas ocasiones se había desviado del objetivo de procurar pacíficamente el mayor beneficio de sus nietos y éste había sido un déficit conductual que le era reprochable, “*la relación de la demandante y sus nietos no tiene porqué ser abortada abruptamente y de forma definitiva*”, entendiéndose procedente el establecimiento de un régimen de visitas de una hora y media semanal.

Similar problemática a la reseñada se plantea en los supuestos en los que uno de los progenitores es recluido en establecimiento penitenciario ⁵⁰. Cuando se trata de presidio sentenciado por un corto espacio de tiempo, el conflicto relativo a las relaciones personales entre nietos y abuelos no aflora, la complicación brota sin embargo cuando la prisión es prolongada⁵¹. Nuevamente la praxis nos pone de manifiesto que no en pocos casos, sobre todo cuando el cónyuge o pareja no privado de libertad no era conocedor de las actividades ilícitas del otro, se escoge por confundir la parte con el todo,

⁵⁰ Reglamento General Penitenciario, artículo 173.3: “Se fomentará, en la medida de lo posible, el contacto del interno con su entorno social”.

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 30 de marzo de 2000. El padre se encontraba cumpliendo condena en la cárcel por varios delitos de violación. Ante la petición de los abuelos de un régimen de visitas con su nieto, la madre se opone alegando su temor a que los abuelos aprovechen tal circunstancia para llevar al niño a ver a su padre. Resuelve la Sala entendiéndose que el temor alegado por la madre ante tal situación no es suficiente para negar la concesión de un régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos, acordando no obstante que las mismas se lleven a cabo en presencia de la madre o de la persona de confianza que ella designe.

entorpeciendo o negando a los abuelos las relaciones con sus nietos. Situación que se vuelve todavía más enredada cuando lo anterior, condena a pena privativa de libertad, lo es por atentar contra la vida o la integridad física o moral del cónyuge, ex cónyuge o ex pareja.

CAPÍTULO IV. NEGACIÓN DE LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS- ABUELOS

Como ya se ha indicado en distintas ocasiones a lo largo de este estudio, la piedra angular de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, es que las relaciones personales entre nietos y abuelos se entienden por Ley como beneficiosas para los menores, concretamente en la Exposición de Motivos se deja sentado de manera contundente: que los abuelos pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor, y que disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo, contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis.

Por consiguiente, el legislador no escatima halagos hacía los abuelos en su Exposición de Motivos, pero no se queda ahí, va más allá, y en su desarrollo normativo posterior, plasma ese efecto útil para los menores en su texto a modo de presunción “iuris tantum”, cuando emplea la expresión de que:

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos.

En consecuencia, salvo prueba en contrario, debe partirse en todo caso de la consideración legal de que las relaciones personales nietos-abuelos son especialmente provechosas y enriquecedoras para los menores, y que por ello todo obstáculo que pretenda limitarlas, impedir las o mutilarlas debe ser objeto de interpretación restrictiva y de sólida prueba; prueba, que dicho sea de paso, será a cargo de aquéllos que se opongan a las mismas -como hecho impeditivo a la pretensión de los nietos o abuelos, ex artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, generalmente los progenitores, de consuno o por separado.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 19 de febrero de 2001, entendió que las graves perturbaciones que se invocaban para impedir la relación de los nietos con los abuelos, por basarse en una excepción, siempre incumbirían a quien las alega.

Urge pues acabar con la idea, muy extendida en el ámbito del derecho de familia y de la práctica habitual de los tribunales, de que son los abuelos los que tienen que demostrar que el inicio o el mantenimiento de las relaciones personales con sus nietos le son beneficiosas para éstos, por cuanto en realidad la Ley ya presume tal beneficio, correspondiendo a la parte negadora de tales relaciones asumir la carga probatoria necesaria para desvirtuar en juicio la presunción fijada ex lege.

Mención aparte merece la cuestión de si acudir a la vía de las presunciones en las relaciones nietos-abuelos constituye un acierto o no. Algún sector doctrinal ha entendido que ello es susceptible de crítica por cuanto el establecimiento de esta presunción está basada en datos biológicos y no en el interés real de los menores⁵². No comparto sin embargo tal reproche, ya que la Ley no parte exclusivamente del hecho biológico como elemento único para determinar la presunción, sino que sin ignorar tal circunstancia, sin duda de enorme trascendencia, y la especial relación de parentesco que une a los nietos y a los abuelos, resulta que las máximas de experiencia, y por ello la generalidad de los casos, demuestran que los abuelos aportan en sus relaciones con sus nietos efectos altamente beneficiosos para éstos como transmisores de valores y conocimientos, sin olvidar que en no pocas familias se revelan como los verdaderos cuidadores de sus nietos en el día a día.

1. SOLUCIONES PREVIAS AL CONFLICTO

En nuestra sociedad, así como en las de nuestro entorno, se habla cada día más de una nueva cultura, de una nueva dialéctica, la formada por los sistemas de resolución de conflictos alternativos a la Administración de Justicia, la que huye de la “industria del

⁵² Torres (2001), p. 3.

litigio”. En este futuro se esboza una salida dialogada a muchas de las cuestiones que actualmente atascan los tribunales de justicia, se aboga por una “discordia ordenada” que de posibilidades al acuerdo de las partes fuera del proceso, y que se aleje de los rigores procedimentales.

Las demandas sobre relaciones personales nietos-abuelos no son precisamente la causa del mal denominado “colapso judicial” (pues no se da en todos los lugares ni en todos los órdenes), sino todo lo contrario, suponen una cifra nimia en el conjunto de procedimientos, incluso si nos limitamos al ámbito específico del derecho de familia. Pese a ello no podemos despreciar estas nuevas rutas, pues las relaciones nietos-abuelos, debido a la gran carga de conflictos de intereses que comportan, bien podrían canalizar su resolución a través de ellas, dejando la intervención judicial para los supuestos más espinosos.

1.1 El Defensor Judicial

El artículo 163 del Código Civil indica: “Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2003, nos dice:

El artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2 del mismo texto legal; la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la realización de uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses.... El conflicto de intereses existe cuando, en la realización de los actos de guarda y protección, la actuación de los

representantes pone en peligro el beneficio del menor o incapaz, al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de éstos. Conforme a lo previsto en el artículo 299 del Código Civil, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen; se trata de un cargo judicial porque es necesaria una resolución judicial que acuerde su nombramiento; cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así.

El defensor judicial no es un órgano de vigilancia de la patria potestad⁵³, sino la “persona que representa y ampara temporal y provisionalmente a un menor o incapacitado, supletoriamente (falta de patria potestad y de tutela u oposición de intereses) a los titulares de la patria potestad, al tutor y curador”⁵⁴.

Aunque el Código Civil no establece reservas en su ámbito de aplicación, sí que es verdad que tradicionalmente se asocia la figura del defensor judicial a los asuntos en que existe colisión de intereses económicos o patrimoniales entre los titulares de la patria potestad y los menores (o entre los tutores y curadores y el incapacitado). Pero aquí lo que proponemos es una nueva faceta de actuación, un enfoque diferente de su función en una materia alejada de lo usual, en otras palabras, que el defensor judicial se convierta en un instrumento para evitar el proceso en las contiendas que puedan suscitarse en torno a las relaciones personales nietos-abuelos. Tres reflexiones sustentan esta idea:

*Primera. Que en un número muy sustancial de procedimientos referentes a las relaciones nietos-abuelos los progenitores se apropian de los intereses de sus hijos, los confunden y los subyugan a los propios; piensan en definitiva que si ellos no tienen buenas relaciones con los abuelos, tampoco las tendrán éstos con sus nietos, se erigen en defensores a beneficio de inventario. El defensor judicial es una figura excepcional, porque la regla general es la de representación de los hijos menores por sus padres, pero en las relaciones nietos-abuelos, los padres, a veces sin proponérselo, sin tener en cuenta o ignorando su trascendencia, degradan los derechos de los más pequeños al mantener intereses opuestos e incompatibles.

⁵³ DIEZ-PICAZO y GULLON (2006), p. 264.

⁵⁴ O'CALLAGHAN (1996), p. 335.

*Segunda. Las discrepancias más frecuentes entre progenitores y sus ascendientes no alcanzan a las relaciones nietos-abuelos en sí mismas consideradas , a su cepa, sino al “tiempo”, o sea, a su ejercicio efectivo.

*Tercera. Salvo en presencia de circunstancias muy graves y objetivamente desfavorables para los menores, las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo son especialmente garantes de las relaciones personales entre nietos y abuelos.

Necesitamos pues que las partes contendientes, como los colaboradores de la Administración de Justicia, interioricen que las relaciones nietos-abuelos son objeto de singular defensa, que los intereses individuales tienen que ceder ante el superior interés de los menores, y que las disputas, por muy agrias que sean, pueden conciliarse a través de un diálogo sincero y alejado de venganzas estériles.

A la autoridad judicial corresponderá la elección de la persona más cualificada para acometer esta tarea; y que necesariamente deberá ser aquella que, defendiendo a ultranza los derechos de los menores, pueda servir al mismo tiempo de puente entre todos los intereses involucrados con el objeto de aunar consensos. Los parientes y allegados son a priori los más aptos para este cargo, por ser conocedores de las condiciones familiares, pero por este mismo motivo también pueden estar contaminados, dando paso con ello a la intervención de un tercero que pueda ayudar al mismo fin⁵⁵.

En los juicios sobre relaciones nietos-abuelos no se acude a la figura del defensor judicial, ni dentro del proceso ni fuera del mismo. Las demandas sobre estas relaciones son presentadas en su práctica totalidad por los abuelos, y en este escenario procesal, sorprendentemente, se focaliza exclusivamente la atención en el derecho de los ascendientes, confinando otro superior a éste, el de los menores. No se cae en la reflexión de que la mera oposición de los progenitores a las relaciones nietos-abuelos implica en abstracto un conflicto de intereses con sus hijos, porque, también en abstracto, estas relaciones con sus abuelos le son beneficiosas por ley.

⁵⁵ Artículos 299 a 302 del Código Civil.

1.2 El Ministerio Fiscal

El artículo 3, apartado 7, de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, Reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, indica que corresponde al Ministerio Fiscal:

Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.

El artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la intervención del Ministerio Fiscal, contempla en su apartado 2, que:

Será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

En similares términos se pronuncia la Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

El Ministerio Fiscal pues, por expresa previsión del artículo 124 de la Constitución, se configura como un órgano que ha de representar a la sociedad ante los tribunales. La protección de los menores no sólo se fundamenta en la defensa de su propio interés particular, sino que también, junto a este, concurre un interés general de la sociedad en su cuidado y desarrollo armónico, en la defensa de sus derechos durante su minoría de edad.

En esta función, el Ministerio Fiscal interviene, vía emisión de informe o con intervención directa en juicio, en los procedimientos derivados de las crisis matrimoniales y en los de ejercicio de los derechos previstos en los artículos 160 y 161 del Código Civil. En su defensa de la legalidad y de la adecuada salvaguarda de los menores debe denunciar al juzgador toda actuación, intencionada o no, que perjudique los derechos de los más pequeños, solicitando las medidas oportunas para su corrección.

Sin embargo, como ya hemos hecho ver a lo largo de esta tesis, se echa de menos una auténtica acción fiscalizadora por parte del Ministerio Público en aras a garantizar los derechos de los menores a mantener relaciones personales con sus abuelos. El Ministerio Fiscal, pese a ser el verdadero garante de los derechos de los menores, a la hora de

informar sobre los convenios de mutuo acuerdo, o de intervenir en los actos del juicio, nunca interroga sobre este extremo, nunca inquiere sobre el sentir de los menores al respecto, ni cuando son bebés ni cuando ya están en fases avanzadas de crecimiento; simplemente nada se dice. La opinión de la Fiscalía General del Estado como consecuencia de los informes previos a la aprobación de la ley 42/2003 de 21 de noviembre, parece que sigue siendo una consigna: este derecho sólo puede complicar aún más las relaciones familiares.

Nosotros defendemos con empeño una manera diferente de ver la cuestión, no desde el lado de los progenitores, sino desde el lado de los menores, de los más débiles. Desde el convencimiento de que estamos ante un derecho propio, singular, y de enorme trascendencia en el desarrollo de nuestro hijos. Postulamos por ello una participación más activa del Ministerio Fiscal, que como valedor superior de los derechos de los menores podría cambiar fácilmente la tendencia actual, que no es otra que la de la privación injusta de un derecho de aquéllos que por su minoría de edad no pueden defenderlo por sí mismos.

1.3. La mediación

En los últimos años, desde el ámbito político, jurídico y psicosocial se ha intentado buscar una fórmula que permitiese, al menos en la esfera del derecho civil y en especial en las cuestiones propias del derecho de familia, dar una respuesta más ágil a los conflictos surgidos entre los particulares. Es entonces cuando la mediación emerge como una técnica de resolver conflictos alejada del tradicional esquema legal de vencedor-perdedor. John M Hayner (ex presidente y fundador de la Academia de Mediadores Familiares de los Estados Unidos), definió la mediación como: “un proceso en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los partícipes en una situación conflictiva a su resolución, que se expresa en un acuerdo consistente, mutuamente aceptable por las partes y escriturado de manera tal que permita, de ser necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto”.

BERNAL⁵⁶, a la hora de dar un concepto, entiende la mediación como: “la intervención en una disputa o negociación de un tercero competente e imparcial, aceptado por las partes, que carece de poder de decisión y que les ayuda a alcanzar voluntariamente su propio arreglo extrajudicial, garantizando la confidencialidad”.

TORRERO⁵⁷, define el contrato de mediación, como: “aquél en el que las partes contendientes y el agente mediador acuerdan el inicio de la mediación comprometiéndose a mantener entre ellas un diálogo adecuado para solucionar las cuestiones planteadas y actuar siempre conforme a la buena fe, al uso y a la Ley”.

MEJÍAS⁵⁸, considera que la mediación: “es una forma alternativa, pacífica de resolución de conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, pueden resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes”.

La mediación supone una alternativa óptima a los procesos judiciales contenciosos, a la denominada “via adversarial”, que se caracteriza por un enfrentamiento continuado entre los litigantes y que presenta, en consecuencia, una excesiva litigiosidad, generalmente no deseada por ninguna de las partes en conflicto. En definitiva, la mediación supone la superación del binomio que se refleja en el proceso judicial entre las partes: actora-demandada, ganadora-perdedora, o culpable-inocente; al dirigirse, de forma pacífica y no competitiva, a través de un proceso voluntario, a obtener un resultado de máxima satisfacción para cada una de las partes inicialmente enfrentadas por el conflicto⁵⁹.

La Recomendación R (86) 12, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre medidas de prevención y reducción del colapso en los tribunales, incluyó la recomendación de proveer procedimientos de conciliación previa a los litigios.

⁵⁶ BERNAL (1998).

⁵⁷ TORRERO (2003), p. 864.

⁵⁸ MEJÍAS (2005).

⁵⁹ GOTTHEIL y SCHIFFRIN (1996); CORNELIUS y FAIRE (1995).

La Recomendación R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la mediación familiar, aprobada el 21 de enero de 1998, encargaba a los gobiernos de los estados miembros de la Unión Europea, lo siguiente:

Instituir o promover la mediación familiar o, si no, reforzar la mediación familiar existente. II) Adoptar o reforzar todas las medidas que consideren necesarias para asegurar la puesta en marcha de los principios siguientes –que a continuación enumera- para la promoción y la utilización de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de conflictos familiares.

Y conceptuaba la mediación, aun admitiendo que es una definición incompleta:

Como un proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutro, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto de litigio, con vistas a la conclusión de un acuerdo entre ellas.

Años más tarde, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, presentada por la Comisión en fecha 22 de octubre de 2004, Sobre Mediación en Asuntos civiles y Mercantiles, después de considerar que la mediación era una “cantera sin explotar como método de resolución de litigios y de dar acceso a la justicia a particulares y empresas”, entendía como tal: “todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el derecho nacional de un estado miembro. No incluirá los intentos del juez por solucionar el litigio en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”.

Este impulso comunitario, junto con la puesta en marcha del programa de mediación en ruptura de pareja, provocó que por diversas Comunidades Autónomas se aprobaran leyes reguladoras de la mediación: Ley de Mediación Familiar de Cataluña (1/2001, de 15 de marzo), modificada por Ley 15/2009 de 22 de julio, de “mediación en el ámbito privado”; Ley Reguladora de la Mediación Familiar en Galicia 4/2001 de 31 de mayo; Ley Reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Valenciana, 7/2001 de 26 de noviembre; Ley de Mediación Familiar en Canarias, 15/2003 de 8 de abril; Ley Del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha, 4/2005 de 24 de mayo; Ley de Mediación Familiar de Castilla y León, 1/2006 de 6 de abril; Ley de Normas Reguladoras de la Mediación Familiar de les Illes Balears, 18/2006 de 22 de noviembre; Ley de Normas

Reguladoras de Mediación Familiar en la Comunidad de Madrid, 1/2007 de 21 de febrero; Ley de Mediación Familiar del Principado de Asturias, 3/2007 de 23 de marzo; Ley de Mediación de Euskadi, 1/2008 de 8 de febrero; Ley de Mediación de Andalucía, 1/2009 de 1 de febrero; y Ley 1/2011 de 28 de marzo de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

El Proyecto de Ley 121/000122 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se estaba tramitando en la anterior legislatura y que pretendían incorporar al derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en línea con la previsión de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; decayó por la anticipada disolución de las Cortes.

Este impulso fue sin embargo recuperado por el Parlamento meses más tarde, dando lugar a la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La Exposición de Motivos deja claro lo que el legislador entiende por mediación y el propósito de la reforma:

La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.

La mediación familiar se nos presenta como un instrumento que posibilita la conciliación de manera amistosa en los conflictos que puedan surgir en el seno de la familia para preservar su estabilidad. Pretende ser por ello no sólo un mecanismo solucionador de las disputas surgidas entre los cónyuges o entre la pareja, sino también de aquéllas que puedan darse entre éstos y el resto de miembros de la unidad familiar, hijos, abuelos y demás parientes. Constituye por ende un cauce idóneo para atajar las desavenencias que

puedan suscitarse en relación a las relaciones nietos-abuelos, en el marco del artículo 160 del Código Civil.

El Parlamento Balear no ha sido ajeno a este debate, y tras aprobar la Ley 18/2006 de 22 de noviembre, de mediación familiar, tal norma fue derogada y mejorada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de les Illes Balears. La precitada Ley, en su Exposición de Motivos, nos da un concepto de mediación, al indicar:

La mediación es un procedimiento que consiste en la intervención de terceras personas imparciales y expertas que ayudan a las partes a conseguir por sí mismas soluciones amistosas en sus conflictos. El mediador o la mediadora no adopta ninguna decisión por sí mismo, sino que son las partes las que deciden y consiguen o no acuerdos sobre el conflicto que mantienen.

El texto deja constancia igualmente de que:

La familia constituye el núcleo fundamental de desarrollo de las personas y es también el centro de problemáticas diversas, entre las cuales destacan los conflictos familiares. La mediación familiar se presenta como un instrumento que posibilita la conciliación de manera amistosa en los conflictos que puedan surgir en el seno de la familia para preservar su estabilidad.

La Ley, a la hora de regular las materias susceptibles de mediación, instaura lo que denomina como “red pública de mediación”, o sea, compone la mediación como un servicio público e integrado en el sistema de servicios sociales, superando la ya antigua Ley 18/2006, de 22 de noviembre de mediación familiar, que la dotaba de un carácter exclusivamente privado.

Su finalidad, la clarifica el artículo 1.2:

La mediación, como método de gestión pacífica de conflictos, pretende evitar que se abran procesos judiciales, poner fin a los que se hayan iniciado o reducir su alcance, con la asistencia de profesionales cualificados, imparciales y neutrales que hagan de mediadores o mediadoras entre los sujetos para posibilitar vías de diálogo y obtener acuerdos justos, duraderos y estables.

La Ley, dentro de su ámbito de aplicación:

Incluye no sólo los conflictos originados en las situaciones de ruptura de pareja -tanto si se trata de matrimonios como de parejas de hecho- sino también otras circunstancias conflictivas que se pueden producir en el medio familiar. Así, pueden ser objeto de la mediación familiar los conflictos entre los progenitores y sus hijos e hija y otros familiares, siempre que se trate de materias disponibles por las partes de acuerdo con el derecho de familia y susceptibles de ser planteadas judicialmente; los

conflictos surgidos entre la familia biológica y la familia adoptante o la familia acogedora; y los conflictos por razón de alimentos entre parientes y la atención de personas en situación de dependencia, de acuerdo con la definición introducida por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Ya no se trata por tanto de inferir la posibilidad de acudir a la mediación para resolver las cuestiones referentes a las relaciones nietos-abuelos, sino que la ley balear, a diferencia de la ley estatal, que nada dice, le da cobertura jurídica a la mediación como un medio idóneo para resolver esta problemática⁶⁰. El artículo 5 no admite duda:

Personas legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación.

1. Pueden solicitar la mediación familiar:

a) Las personas unidas por vínculo matrimonial.

b) Las personas que forman una pareja estable.

c) Las personas no unidas por vínculo matrimonial y que no constituyen pareja estable, en relación con las cuestiones que se planteen en el ejercicio de la patria potestad, la guarda, la custodia, el uso de la vivienda, el régimen de visitas, los alimentos y otras cuestiones de derecho de familia en relación con los hijos y las hijas comunes.

d) Las personas unidas por otros vínculos de parentesco cuando sean titulares del derecho de alimentos.

e) Las personas físicas o jurídicas que sean titulares de la patria potestad, la tutela o la curatela.

f) Las familias acogedoras, las personas acogidas y las familias biológicas.

g) Las familias adoptantes, las personas adoptadas y las familias biológicas.

h) Los abuelos y las abuelas, en los procedimientos que establece el ordenamiento civil con el fin de favorecer las relaciones entre abuelos y abuelas y nietos y nietas.

2. Los menores de edad, si tienen suficiente juicio, y en todos los casos los mayores de 12 años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que les afecten. Excepcionalmente en los casos en que exista contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o una defensora.

La Ley acude por tanto a un concepto de familia amplio, con el objeto de proteger bajo su manto los mayores supuestos de hecho posibles. No obstante, nótese que si bien en el

⁶⁰ La Ley 15/2009, de 22 de julio, “De Mediación en el ámbito privado”, de Cataluña, en su art. 2.1f hace expresa mención a que su objeto abarca los conflictos entre progenitores, descendientes, abuelos-nietos, y personas del ámbito familiar.

artículo 3 g se hace referencia a los conflictos entre los progenitores y sus hijos e hijas y otros familiares, como materias propias de mediación, resulta que no se hace mención alguna a estos “otros familiares” a la hora de reseñar las personas legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación. Lo que determina, no se sabe si por voluntad deliberada o por omisión del legislador, que en las cuestiones referentes a relaciones personales de los “parientes y allegados” con los menores en los términos del artículo 160 del Código Civil, no puede aplicarse la mediación como fórmula legal de alcanzar un consenso, empujando tales procedimientos hacia una solución exclusivamente judicial.

La mediación debe desarrollarse de acuerdo a los principios que la rigen, la Ley se encarga de enumerarlos en su artículo 2:

- a) Buena fe: la buena fe presidirá la actuación de todos los sujetos que intervienen en la mediación.*
- b) Voluntariedad: la mediación no se puede imponer; los sujetos de la parte en conflicto se acogerán a ella libremente y, una vez iniciada, pueden desistir en los términos que establece esta ley⁶¹).*
- c) Neutralidad: el mediador o la mediadora ayudará a conseguir la conciliación de los sujetos en conflicto sin imponer criterios propios en la toma de decisiones.*
- d) Imparcialidad: en su actuación, el mediador o la mediadora no puede tener designio anticipado o prevención a favor o en contra de alguno de los sujetos de la parte familiar en conflicto.*
- e) Confidencialidad: el mediador o la mediadora y la parte familiar en conflicto tienen el deber de mantener la reserva sobre los hechos conocidos.*
- f) Inmediatez: los sujetos en conflicto tienen el deber de asistir personalmente a las sesiones de mediación; es decir, no se pueden valer de personas que los representen o hagan de intermediarias.*
- g) Flexibilidad: el procedimiento de mediación familiar se desarrollará de una manera flexible y antiformalista, dado su carácter voluntario, a excepción de los requisitos mínimos que establece esta ley”.*

La mediación no es sólo una opción sin más, como cualquier otra, sino que puede convertirse en la alternativa prioritaria para las partes. Son éstas las que negocian, las que alcanzan un acuerdo impulsadas por la actuación del mediador. El futuro próximo nos

⁶¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 20 de junio de 2003,：“La mediación familiar ha de respetar el principio de autonomía de la voluntad de los litigantes...las partes no solamente son libres de acogerse o no a la mediación, sino también de desistir en cualquier momento”.

permitirá mirar atrás y ver si la mediación se ha convertido o no en un instrumento para resolver los litigios planteados en torno a las relaciones nietos-abuelos, por ahora, solo cabe decir que las expectativas no son nada halagüeñas, en la medida en que los ciudadanos siguen prefiriendo la decisión adoptada “ex imperium” por el juez, frente a la que pueda ser fruto del pacto nacido de su propia autonomía de la voluntad.

2. LA JUSTA CAUSA

El Código Civil, a la hora de regular los supuestos en los que procede denegar las relaciones entre nietos y abuelos, atendiendo a un criterio de flexibilidad, nota característica esencial del texto desde su aprobación y que le ha permitido subsistir a lo largo de este tiempo, opta por la no regulación. Es decir, a nuestro parecer y con buen criterio, no establece cuáles son las causas que pueden provocar la negación de las relaciones personales entre nietos y abuelos, simplemente se limita a decir que éstas, de existir, deben ser “justas”; dejando con ello a criterio de los jueces y tribunales decidir en cada momento, y analizando las circunstancias del caso concreto, si los motivos alegados para impedir las relaciones entre los menores y sus ascendientes de segundo grado caen o no dentro del concepto de justa causa.

El legislador por tanto no sólo prescindió de hacer un inventario cerrado de supuestos, que de concurrir, pudieran denegar las relaciones personales, sino que excluyó también cualquier tipo de enumeración abierta, que funcionase a modo de ejemplo, y susceptible entonces de ser ampliada por la constatación de realidades similares. Decide en suma, con buena técnica legislativa, dejar a la discreción del juzgador qué escenarios y qué circunstancias son merecedoras de ser incluidas en lo que designa como “justa causa”.

No obstante, no han faltado estudiosos de la materia que han intentado dar una respuesta doctrinal a qué debe entenderse como “justa causa”:

CARBAJO GONZÁLEZ⁶², considera que por justa causa hay que entender una relación no conveniente para el menor y para su formación, por desarrollarse en unas circunstancias y en un entorno poco propicio, o por la concurrencia de cualquier otro impedimento.

RIVERO HERNÁNDEZ⁶³, opina, que es muy difícil acotar a priori este concepto de justa causa, porque, unas veces, serán cualidades personales o accidentales concurrentes en el pariente (o allegado), y, otras veces, pueden ser las del menor, en alguna ocasión su recíproco condicionamiento o en conjugada coincidencia con alguna circunstancia exterior a uno y otro.

La justa causa no sólo aparece en el ámbito propio de las relaciones paterno-filiales, sino que también lo hace en otros apartados del Código Civil: en el párrafo tercero del artículo 1124, en el artículo 1707, y, en el artículo 1901. Todas estas referencias no son más que remisiones a la equidad, entendida, en lo que nos ocupa, como la adaptación de la ley a las peculiares circunstancias de las personas, de las cosas, del tiempo y del lugar⁶⁴.

En este contexto, basta con partir del eje vertebrador de la norma, el interés de los nietos menores⁶⁵, para colegir y adelantar ya en este momento, que necesariamente se contemplarán en la casuística como eventos limitativos de las relaciones personales entre los nietos y los abuelos, todos aquellos que tengan la consideración de “no beneficiosos” para los menores, los que les afecten a su normal desarrollo y formación de su personalidad, los que les provoquen perturbaciones, trastornos y perjuicios tanto en su salud, como en su educación, seguridad, dignidad e integridad física y psicológica.

La justa causa debe ser apreciada racionalmente por el juzgador, en base, naturalmente, entre otras consideraciones, a la exploración práctica de los menores; pero no exclusivamente a ella, sobre todo cuando, por su corta edad, no dan un motivo

⁶² CARBAJO (2000), pp. 1502-1512.

⁶³ RIVERO (2000).

⁶⁴ ENTRENA (1990), p.25.

⁶⁵ ALONSO (1997), p.24. “El interés del menor debe ser entendido siempre como una fórmula destinada a facilitar su formación y diseñar las líneas del desarrollo de su personalidad. Este será el único punto de partida que permita llegar a un concepto válido de su propio interés”.

convinciente para justificar su negativa. Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de junio de 2004, ya indicó 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.

La oposición de los progenitores a las relaciones nietos-abuelos debe tener su origen en fundamentos sólidos, de peso, pues de lo contrario, la mera negación sin sustento argumentativo, no merecerá otra calificación que la de abuso de superioridad en el ejercicio de la patria potestad. Los padres no son los únicos y soberanos jueces de las relaciones familiares, su comportamiento en las cuestiones que atañen a sus hijos no puede hacerse a espaldas del interés de éstos. Este es el sentido que a la justa causa se da ya desde las primeras sentencias que abordaron la materia, como fueron la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1935, y la del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939, que siguieron en este punto la tesis mantenida casi un siglo antes por la Corte de Casación Francesa de 8 de julio de 1857. Rivero Hernández, habla de “motivos graves” a la hora de referirse a la justa causa, y los equipara con los que pueden provocar la suspensión del derecho de visita de los padres en caso de separación, nulidad y divorcio, añadiendo que los motivos, además de graves deben ser serios, legítimos y actuales, más que potenciales.

A colación de lo expuesto merece recordar, por extremadamente atinada, la reflexión sostenida por VIVES VILLAMAZARES en la lectura de su tesis doctoral, leída el día 11 de junio de 1948 en la Universidad de Madrid ⁶⁶:

Medítese, en que el padre que sin justo motivo, prohíbe al hijo la comunicación con el abuelo, está preparando el camino, para que años más tarde, aprendiendo su hijo aquella orden corruptora, se revuelva contra él y se oponga así mismo a que sus hijos traten a ese padre, cuando con el trascurso de los años haya llegado a ser abuelo. Aquel padre recogerá la triste cosecha que sembró con su odio.

Llegados a este punto, y sabedores de que no estamos ante un catálogo cerrado, podemos, en análisis de la doctrina y la jurisprudencia recaída sobre el particular, hacer

⁶⁶ VIVES (1948), Ob. Cit, p 69.

referencia a los distintos supuestos que han sido calificados como “justa causa” a los efectos de impedir las relaciones entre nietos y abuelos:

1-Los malos tratos físicos o psíquicos infligidos por los abuelos respecto de sus nietos

Los malos tratos físicos constituyen el ataque más grave que por parte de los abuelos se puede perpetrar a sus nietos. Los abuelos no están legitimados, al igual que no lo están tampoco los progenitores, para en el ejercicio de sus relaciones con sus nietos llevar a cabo actuaciones que comporten un menoscabo de la integridad física de éstos; sino que en todo momento deben velar por su salvaguarda, como parte esencial de la labor de vigilancia y cuidado exigible en el trato con sus descendientes. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica, artículo 154 del Código Civil⁶⁷. De tal manera que, todo comportamiento que revele la existencia de un daño físico para los menores por parte de sus abuelos, necesariamente debe conllevar la imposibilidad de fijar unas relaciones personales entre ellos. Los abuelos nunca han tenido conforme a la legislación civil ni tan siquiera el derecho de corregir “moderada y razonablemente a sus nietos”, derecho que sí reconocía el Código Civil a los progenitores y a los tutores hasta la aprobación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, donde fue definitivamente suprimido por su disposición final primera, al dar una nueva redacción a los artículos 154 y 268 del texto.

El mismo efecto anulador de las relaciones nietos-abuelos producirá todo proceder de estos últimos que suponga un detrimento de la integridad psíquica de los menores. Nos estamos refiriendo con ello a aquellas actuaciones vejatorias, degradantes, humillantes, de sujeción y de sometimiento de los menores a la voluntad unilateral de sus ascendientes

⁶⁷ Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, como la Convención para la Prevención y Sanción de las Torturas y otros Tratos Inhumanos o Degradantes, hacen referencia a la integridad física como un derecho fundamental de toda persona. En relación a los niños, el artículo 19 de la Convención, establece que: “los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que los tenga a su cargo.

de segundo grado sin mayor razón que la propia autoridad mal entendida y falta de mesura; y que acarrea, como secuela, el deterioro de la confianza personal de los menores, con resultados nefastos en su vida personal, familiar y social.

Aquí se ubica también, como manifestación propia y paradigmática de manipulación psicológica de los nietos, la actuación maniquea de aquellos abuelos que someten a los menores a una gran presión psicológica al crear un conflicto de lealtades con sus padres, o con uno de ellos, poniendo de manifiesto día tras día a los menores los defectos, errores o vergüenzas de su progenitor o progenitores, algunas veces ciertas y otras fingidas, buscando el efecto perverso de que sus relaciones se deterioren, o que se inclinen sus preferencias por una familia respecto de la otra. Este actuar es el más claro ejemplo de primar los intereses propios en quebranto de los verdaderamente relevantes, los de sus nietos.

El artículo 236-5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, manifiesta de manera expresa que existe justa causa si los hijos sufren maltrato físico o psíquico.

Huelga decir que tales maltratos deben venir acompañados de densa prueba que acredite su efectiva comisión, no siendo suficiente el simple alegato. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de noviembre de 2008, indicó que:

Como quiera que no ha sido detectado ningún riesgo para la integridad física o psíquica de las menores, se puede afirmar que no hay base para negar de forma radical las visitas de los abuelos maternos con las nietas, siempre que los adultos no las mezclen en sus querellas, teniendo en cuenta el interés superior de las menores como principio inspirador de todo lo relacionado con ellas, que vinculan al juzgador, a todos los poderes públicos, e, incluso, a los padres; de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a fin de evitar que las menores puedan ser manipuladas, buscando en todo momento su formación integral y su integración familiar y social.

2-La incursión de los abuelos en ámbitos propios de la patria potestad.

Según reza el artículo 154 del Código Civil, los progenitores tienen la facultad y el deber de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes. Por consiguiente, los abuelos deben ser respetuosos y prestar su colaboración para garantizar con especial celo

la protección del espacio propio de los padres, no invadiendo por ello sus competencias, erigiéndose en lo que no son.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 29 de septiembre de 2005, apreció en el caso de autos:

Un deseo de intervención posesiva de los demandantes que quieren dirigir la vida de la nieta como lo hicieron con la hija, mediante el agobio y la presión, y entorpeciendo la relación padre-hija. Todo ello se considera negativo y perjudicial para la menor, concurriendo justa causa para impedir la relación personal de los demandantes con su nieta, que, en caso contrario, tendría que ser forzada dada la negativa de la propia menor a dicha relación.

La educación⁶⁸ es el área donde mayormente se da esta injerencia, y más concretamente la educación religiosa. Los abuelos en esa vocación que les es inherente, la de transmitir valores y tradiciones que a su vez les fueron inculcados a ellos por sus antepasados, en algunas ocasiones confunden su función y pretenden que sus nietos se empapen de su propio ideal religioso, siguiendo sus creencias y llevando a cabo prácticas propias de uno u otro credo. Si los abuelos pertenecen a alguna religión o movimiento de tal carácter contrario a la educación religiosa o ética impulsada por sus progenitores, y exigen a sus nietos acudir a actos litúrgicos cuando disfrutan de su compañía, este tipo de comportamientos sólo pueden ser calificados como atentatorios contra la libertad religiosa y moral de los menores, y contra el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, conforme norma el artículo 27. 3 de la Constitución Española.

⁶⁸ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de julio de 2012, aunque dar por probada una actitud altamente intervencionista de los abuelos maternos, sin embargo, de contrario a lo defendido por los equipos psicosociales -que desaconsejaban la fijación de visitas entre abuelos y nieto-, afirma que al no constar otros datos que interfirieran en la relación entre abuelos y nieto, que siempre lo han acogido y tratado como mejor entendían, el interés superior del menor determina, pese a la evidente ausencia de relaciones entre las partes, que es bueno para el menor dicha relación con sus abuelos, en la presunción de que el contacto con los miembros de su familia extensa beneficia el desarrollo del mismo. En cuanto al régimen concreto de visitas, la Sala considera a la vista de la situación actual, y dado que no pueden equipararse las visitas de los abuelos a las que se establecen a favor de los cónyuges o padres no custodios, como indica la STS de 27 de julio de 2009, fijar un régimen de visitas de los abuelos con su nieto consistente en una vez al mes durante un periodo de dos horas en el punto de encuentro de la ciudad, coincidiendo con el fin de semana que no corresponda la visita al progenitor no custodio; régimen que podrá ser revisado en ejecución de sentencia a los tres meses.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su artículo 14, garantiza el “*derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*”. En la misma medida, el artículo 19 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, emitida por el Parlamento Europeo en el año 1992, proclama el derecho de todo niño a gozar de su propia cultura y a practicar su propia religión o creencias. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, establece el compromiso de los Estados parte a “*respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales (..) de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”. En última instancia, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 14.3, recoge el “*derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas*”.

3-Las malas relaciones entre nietos y abuelos

Aunque partamos del hecho de que la relación de los nietos con sus abuelos es siempre enriquecedora, como reseñó el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de julio de 2009, tal beneficio difícilmente podrá obtenerse en aquellos supuestos en los que nietos y abuelos mantienen una postura de abierto enfrentamiento. Efecto distinto provocan las malas relaciones entre progenitores y abuelos, como bien indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 16 de septiembre de 2010:

*La existencia de unas relaciones tirantes o malas entre progenitores y abuelos no pueden afectar al régimen de visitas de los menores con los abuelos, siempre eso sí, que ello no sea perjudicial para el menor*⁶⁹.

⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 14 de diciembre de 2012: “La sentencia recurrida consideró justa causa el enfrentamiento entre el padre de los menores con la abuela, lo que podría “repercutir en la integridad psicológica del menor”; es decir que la hostilidad entre los litigantes es tal que el contacto entre el nieto y la abuela recurrente podría hipotéticamente, ser contraria al interés del menor debido al alto grado de enfrentamiento entre los ascendientes y el posible perjuicio que podría producir. Esta Sala no puede entrar a determinar si la prueba ha sido o no bien valorada, ya que solo se ha formulado recurso de casación; sin embargo, sí puede valorar si la causa justificadora de la negativa al reconocimiento del derecho de visitas a la abuela recurrente es constitutiva o no de justa causa para eliminar este derecho. Y a la vista de ello, debe concluirse que en la valoración de los hechos probados, la sentencia recurrida ha

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de mayo de 2013, ante la resolución de instancia que negó a los abuelos el derecho a relacionarse con su nieta, con el argumento de la corta edad de la niña (tres años), unido al distanciamiento y a las malas relaciones existentes entre los progenitores y la abuela de la menor, resolvió que:

La justa causa para negar esta relación se establece de una forma simplemente especulativa puesto que ningún episodio se concreta para ver si responde a una realidad que pueda servir de argumento para eliminar este derecho que no tiene más restricción que el que resulta del interés del menor. Y a la vista de ello, debe concluirse que en la valoración de este hecho la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta, sino en abstracto, este interés, primando por el contrario el de su madre, lo que contradice la jurisprudencia.

El derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos debe evitar la involucración en los problemas entre progenitores y abuelos. Debe descontaminarse del conflicto, y presentarse, en beneficio de los menores, como puro, limpio, sano en origen, sin vicio, sin manipulación, sin culpables y sin influencias negativas.

Las relaciones nietos-abuelos se configuran desde la idea del beneficio objetivo que aportan a los menores. Partiendo de esta premisa entendemos necesario cambiar el discurso de padres y abuelos, no estamos hablando de bueno o malo, ni de un reparto igualitario o desigualitario en los regímenes de visitas, estamos hablando de compartir, de trabajar en conjunto por el bienestar de los menores. Es injusto someter las relaciones nietos-abuelos a un balance entre “debes” y “haber”, a una lucha entre progenitores y

tenido en cuenta, no el interés del menor, sino el del padre de los menores. Para llegar a esta conclusión debe utilizarse nuestra jurisprudencia más reciente. Así, por ejemplo, la STS 576/2009 decía "Que las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas (S. 20 de septiembre de 2002 , núm. 858)"; la STS 858/2002, de 20 septiembre consideró que no constituía justa causa para la denegación de las visitas de los abuelos a los nietos la animadversión del padre hacia la familia de la madre ya fallecida, ni la influencia hipotética que los abuelos pudieran tener sobre sus nietos. Por todo lo anterior, hay que concluir que en la sentencia recurrida no se ha tenido en cuenta lo que constituye el verdadero núcleo de la cuestión, es decir, el interés del menor, porque la causa alegada solo de manera indirecta e hipotética puede afectar a los menores. Procede, en consecuencia, reconocer el derecho del nieto a relacionarse con su abuela, ahora recurrente".

abuelos. Estos deben evitar la confrontación, deslindar los intereses propios de aquellos que corresponden a sus hijos y nietos, deben en suma centrarse en su interés común.

Las relaciones nietos-abuelos deben ordenarse desde el respeto a los derechos de los menores. Esta actitud de respeto debería ser suficiente para que los progenitores y abuelos no sometiesen a los menores a hirientes conflictos de lealtades, triángulos perversos en los que los niños son los verdaderamente perjudicados. Los progenitores y abuelos no pueden manipular a los menores para satisfacer sus propios deseos, no pueden distorsionar su verdadero interés para edulcorarlo con sucedáneos; pues de ser así se les coloca ante una situación de gran vulnerabilidad y desprotección.

4-Las limitaciones psíquicas de los abuelos

Los deterioros cognitivos asociados a la edad, como el Alzheimer y la demencia senil, incapacitan a los abuelos para el cuidado de sus nietos. Quien no es capaz de cuidarse a sí mismo no puede cuidar a los demás; las personas mayores afectadas por estas enfermedades tornan a la niñez, se convierten en indefensos y vulnerables. El treinta por ciento de las personas mayores de 85 años padece demencia senil ⁷⁰. Aquí, la necesidad de contar con informes médicos, psiquiátricos o psicológicos se presenta como ineludible para calibrar el verdadero alcance de las limitaciones. Debe salvaguardarse la seguridad, la salud y el estado emocional de los menores.

5-El riesgo de abusos sexuales

El artículo 236-5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, manifiesta de manera expresa que existe justa causa si los hijos sufren abusos sexuales. Este supuesto se acopla perfectamente a lo que la terminología empleada por el artículo 94 del Código Civil denomina como “graves circunstancias”, y cuya consecuencia no puede ser otra que la de impedir cualquier tipo de relación personal, o en el mejor de los casos, la de suspender la vigente hasta ese momento.

6-La drogodependencia o alcoholismo de los abuelos o de las personas de su entorno.

⁷⁰ CORRAL (2003).

Conocido es que las toxicomanías o adicciones son el origen de graves descompensaciones de todo orden en las personas que las padecen, de probarse la existencia de esta problemática personal, debe actuarse conforme al principio de protección de los menores, alejándolos del riesgo, y procurando su bienestar físico y psíquico. De igual modo, y aunque los procesos de deshabituación pueden fácilmente naufragar, la probada abstinencia y compensación de las patologías debe surtir el efecto contrario, la instauración o reanudación de las relaciones personales.

7-Cuando los abuelos influyen en las relaciones de los hijos con sus padres, crean conflictos de lealtades y hablan mal de los progenitores o de uno de ellos perturbando el equilibrio psicológico de los menores

Cuando los abuelos, mediante distintas estrategias, transforman la conciencia de su nietos con el objeto de impedir, distorsionar, obstaculizar o destruir las relaciones con sus progenitores, creando un odio hacia ellos, están provocando una alienación de nefastas consecuencias en su desarrollo. Se trata de un comportamiento corruptor que debe paralizar las relaciones personales con su nietos, pues lo inicialmente provechoso se torna en pernicioso ⁷¹.

8-Cuando los abuelos no colaboran en la educación de los menores, sus malos rendimientos escolares requieren que estudien cuando están con sus abuelos, y éstos no ayudan en ello

⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 15 de marzo de 2007: “PRIMERO (...)Adopta el Juzgador de Instancia tan drástica medida, valorando el informe emitido por el Gabinete psico-social adscrito al Juzgado, especialmente en el apartado en que la perito describe el síndrome de alienación parental, que con respecto a la madre sufre el menor. El padre, se dice en el informe, no considera la figura de la madre, la cual trata de anular. De su lectura se deduce que concurre efectivamente tal síndrome, pero que el mismo no es tan solo atribuible a la actitud del padre, si no en gran medida a la de la abuela materna, que teniendo una pésima relación con su hija ha formado un tándem con el padre, desvalorizando la conducta de la madre. (...) Aconseja el gabinete psico-social mantener el régimen de visitas del padre limitado a fines de semana alternos. Asimismo aconseja que la madre busque otro trabajo compatible con las necesidades del menor cuya custodia quiere conservar. Desaconseja claramente las relaciones del menor con la familia extensa materna. Por último prescribe como precisa una terapia a la que deben someterse el menor y sus progenitores en orden a superar el síndrome de alienación parental. La Sala abordando la cuestión falla..apartado...c) se suspende cualquier visita del menor con su abuela materna, en especial no se le permitirá el acceso al punto de encuentro”.

La potenciación de los vínculos de afecto entre nietos y abuelos no puede llevar aparejada un abandono de las tareas escolares; los abuelos no sólo son el divertimento de sus nietos, sino que cuando tienen a los menores a su cargo deben procurar su formación, son responsables en el cumplimiento de sus quehaceres.

9-Cuando los abuelos quebrantan las resoluciones judiciales que restringen o suspenden las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores⁷².

10-Cuando los abuelos tienen una edad avanzada.

Esto no impide las relaciones personales, pero si puede condicionar la extensión y el modo de comunicación entre nietos y abuelos, como puede ser con la consiguiente eliminación de las pernoctas, o la reducción de las visitas⁷³.

11-El sufrimiento por los abuelos o por su entorno más cercano de una enfermedad mental⁷⁴, o de una enfermedad contagiosa.

En el primer caso, para que impida las relaciones personales entre nietos y abuelos, la dolencia debe ser lo suficientemente grave, persistente en el tiempo, y productora de graves alteraciones en el autocontrol y en la racionalidad; pues de lo contrario, lo procedente sería la suspensión de las relaciones hasta tanto en cuanto no desaparezca el

⁷² Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 28 de enero de 2013. “La apelante justifica su oposición alegando básicamente que con ello se trata de encubrir un derecho de visitas del padre, al cual se le ha privado judicialmente de tal derecho. Tal pretensión debe decaer porque la juez a quo adopta una serie de cautelas en el régimen fijado (visitas en presencia de un familiar materno, en un punto neutral, etc) que evita así cualquier finalidad fraudulenta, siendo además inútiles las argumentaciones realizadas por la apelante sobre el hecho de que la abuela paterna conviva con su hijo en el mismo domicilio ya que las visitas fijadas no se realizan en dicho domicilio”.

⁷³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de julio de 2012. En esta resolución, aunque la menor, de 5 años de edad, no ha tenido relación con su abuela, de 92 años, no se consideran tales circunstancias como “justa causa” para impedir las relaciones personales; y en consecuencia, la Sala “reconoce el derecho de la abuela paterna Sra. D a relacionarse con su nieta M, y se establece un régimen progresivo que permita retomar la relación o establecerla satisfactoriamente y consistente en dos horas una tarde a la semana en el Punt de Trobada y a presencia de un profesional, sin perjuicio de los correctivos que puedan imponerse en ejecución de sentencia en función de la evolución que se constate, previa remisión de informes trimestrales al Juzgado”.

⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de septiembre de 2012. Alegada como justa causa, entre otras razones, la estabilidad psíquica de la abuela paterna; entiende el tribunal, que la toma de fármacos, al parecer benzodiacepinas, aún cuando pueda ser debido a un problema de ansiedad, no se trata de una patología psiquiátrica grave, que impida las relaciones entre el nieto y sus abuelos.

padecimiento, o la fijación de un régimen con ciertas cautelas⁷⁵. En el segundo caso, debe derivarse peligrosidad, una situación de riesgo real de infección.

12-El padecimiento por los nietos de una enfermedad o deficiencia que requiera de un cuidado especial y que no pueda ser prestado por sus abuelos⁷⁶.

13-La adopción de los nietos, si éstos son de corta edad y no nos encontramos ante ninguno de los supuestos en los que se mantienen los vínculos con la familia de origen, artículo 178 del Código Civil⁷⁷.

14-Cuando los nietos, por parte de sus ascendientes de segundo grado, son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista

Tal causa, ha encontrado acomodo legal en la previsión establecida por el artículo 236-5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

15-Cuando los abuelos no hacen uso propio de las relaciones personales con sus nietos

Se produce cuando los abuelos, al margen del proceso, ya han podido relacionarse con sus nietos, pero en lugar de ejercitar este derecho adecuadamente y por sí mismos, dejan a los menores a cargo de otros parientes o allegados que no lo tienen reconocido, o de terceros que no tienen derecho a él. Este comportamiento denota un desaire a sus nietos,

⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 7 de marzo de 2002. La esquizofrenia de la madre y la parálisis cerebral y esquizofrenia de un tío que vive en la casa de los abuelos maternos hacen que se conceda a éstos un régimen de visitas reducido a dos horas por semana, a cumplir fuera de la vivienda de los abuelos y en compañía del padre del menor.

⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 7 de julio de 2008. "El interés del menor necesita una especial protección, atendiendo a sus comportamientos hiperactivos y a los pensamientos negativos –idea de la muerte- que han precisado tratamiento curativo específico, de manera que se aconseja que hasta los diez años en que debe procederse a una nueva evaluación, no se aprecia la situación actual como favorable para establecer un régimen de visitas con los abuelos".

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009:"Se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»)", a lo que añade que "Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»)".

así como un incumplimiento respecto de los mismos de las funciones de vigilancia, atención y cuidado.

16- La falta de vínculos afectivos entre nietos y abuelos imputables a los abuelos ⁷⁸.

17-Cuando los abuelos objetivamente son una mala influencia para sus nietos ⁷⁹

18-Cuando los intereses de nietos y abuelos son opuestos⁸⁰.

⁷⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 8 de mayo de 2013. "La sentencia apelada, tras valorar la prueba practicada en la instancia, constata la falta de vínculo afectivo consolidado entre la nieta y la abuela paterna que, unido a la falta de comparecencia de la abuela al acto de la vista conduce al juez de instancia a concluir que no existe un interés real ni una pretensión genuina. El artículo 236.4 del Código Civil de Catalunya (CCCat), normativa aplicable al supuesto objeto de examen, dispone en la línea de la regulación contenida en el Código Civil estatal que "los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, y todos estos tienen también el derecho de relacionarse con los hijos. Los progenitores deben facilitar estas relaciones y solo pueden impedir las si existe una justa causa". Si bien es cierto que los progenitores tienen la obligación de facilitar la relación de los hijos comunes con sus ascendientes, en este supuesto objeto de examen no ha llegado a existir una relación afectiva entre la nieta E y la Sra. Em y ello por desinterés de la propia apelante. Así se desprende de lo declarado en el acto de la vista por la madre de la niña, por los dos hermanos de E, ambos mayores de edad y por el tío materno de la menor. Estos ratificaron de forma rotunda, de una parte, la ausencia de impedimento para que la abuela pudiera relacionarse con su nieta y, de otra, la falta de consolidación del vínculo afectivo entre la apelante y su nieta menor...no hay constancia en este caso del nacimiento de un vínculo afectivo consolidado que deba ser preservado ni siquiera de un vínculo que deba ser reforzado. La menor no tiene en su abuela materna un referente cercano integrado en su núcleo familiar, como tampoco lo tienen sus dos hermanos mayores. Al respecto debe ser indicada además la ausencia de relación de la abuela aquí recurrente con los dos nietos mayores, D de 20 años y S de 24, según expresaron en el acto de la vista; circunstancia que casa mal con la pretensión aquí reiterada y con la tesis mantenida por la recurrente y que cuestiona la genuina intención perseguida con la acción ejercitada y la existencia de un verdadero interés en relacionarse directa y personalmente con su nieta".

⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 3 de diciembre de 2012: "Centrado el debate en la existencia o no de justa causa que impida las relaciones del abuelo con su nieto, "está probado que no resulta beneficioso para el menor M, al menos por el momento, la relación y comunicación que mantiene con su abuelo D. Todos los Informes Médicos aportados al procedimiento, Informe psiquiatra del Dr. D. J. Á, se concluye la influencia negativa que para el menor supone la figura del abuelo paterno recomendando la suspensión e interrupción de las relaciones entre el menor y el abuelo, igualmente el Informe de la Psicóloga Dra. D^a. F determina que para la recuperación de la salud del menor, lo que debe hacerse es la separación del menor de la familia paterna y especialmente del abuelo; en la misma línea el Informe elaborado por el Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado concluye que por el momento no se considera beneficioso para el menor el establecimiento de un régimen de visitas con el abuelo. Todo lo anterior prueba que hasta el momento y salvo que las circunstancias puedan cambiar, no es aconsejable para el menor, cuyo interés es el que debe prevalecer, fijar un régimen de visitas con su abuelo".

⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 20 de abril de 2010. Solicitud del abuelo paterno para poderse relacionar con sus nietos, tras la muerte de su madre por homicidio cometido por su padre. La Sala "en interés de esos mismos menores; tiene presente que uno de ellos con absoluta intensidad, y el otro con menor cercanía recuerdan la muerte de su madre y su causa (incluso el mayor denuncia haberla presenciado); y con la misma firmeza y pese a su edad, rechazan el contacto con la familia paterna (abuelo) cuya intención aparece escasamente clara y no conducente a el interés superior de sus nietos, en cuanto pese a la condena por homicidio, parece no reconocer la situación (dice el abuelo "... su hijo es un gran

Pese a la enumeración realizada de “justas causas”, el trabajo diario de los tribunales de justicia demuestra que en un porcentaje abrumador se opta por acudir a la vía de la suspensión temporal antes que a la privación definitiva de las relaciones nietos abuelos, en espera, sobre todo a través de la función de los Puntos de Encuentro familiares y de los profesionales que sirven en los mismos, que éstas puedan reiniciarse o consolidarse. Lo que sin duda debe interpretarse, como una confirmación por parte de la jurisprudencia de la importante función de los abuelos en el desarrollo personal de sus nietos.

Las relaciones nietos abuelos, en defecto de justa causa que las desaconseje -que nunca debe ser fruto de la arbitrariedad o interpretaciones laxas-, forma parte del núcleo duro del interés de los menores. Las crisis matrimoniales siempre dejan mella en los niños, de mayor o menor calado, y este sufrimiento no debe agrandarse innecesariamente eliminando la figura de los abuelos en su desarrollo vital.

Privar injustamente a los menores de las relaciones personales con sus abuelos es susceptible de desencadenar en los niños frustraciones y secuelas en su desarrollo personal y en su carácter; al mismo tiempo, puede ser un obstáculo demasiado grande en el camino evolutivo de niño a joven y de joven a adulto. También la pérdida de los abuelos que han hecho durante años de padres puede acarrear consecuencias dramáticas en los menores, equiparables a la muerte directa de los progenitores. No debemos minusvalorar estos factores de riesgo.

padre y está deseando verles"), sin excluir el contacto padre-hijo cuya patria potestad no ha sido suprimida por razones técnicas, no de fondo o de procedencia. Es más, ese interés del abuelo choca frontalmente con el de sus nietos, desde luego víctimas y/o perjudicados de ese delito de violencia de género cometido por su padre y que tiene como víctima a su madre, que recuerdan y rechazan; y que según el informe pericial que se viene comentando, haría el contacto o visita perjudicial para el desarrollo integral de los menores”.

CAPÍTULO IV. INCUMPLIMIENTO DE LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS- ABUELOS

En nuestro ordenamiento jurídico vigente, y más concretamente en la regulación contenida en los artículos 160 y 161 del Código Civil, no se recoge mención alguna en relación a las consecuencias de toda índole que pueden derivarse en caso de que no sé de cumplimiento a lo contenido en la norma, sólo se deja entrever, sin determinar, que el régimen de relaciones personales nietos-abuelos puede ser regulado o suspendido por el juez atendidas las circunstancias y el interés del menor. El Código Civil por tanto permite la intervención de la autoridad judicial para solventar aquellas disfunciones que nazcan en el cumplimiento de este derecho, bien a través de un control más específico de su regulación, o bien a través de la suspensión del régimen establecido; pero sin embargo, nada dice acerca de otro tipo de consecuencias que sin duda pueden desencadenarse y encontrar cabida en otras ramas del derecho: con ello nos estamos refiriendo a las consecuencias civiles, económicas y penales derivadas del incumplimiento de las relaciones personales nietos-abuelos, según qué sujeto lo cause.

En torno a esta cuestión podemos pues situarnos ante dos escenarios: a) el derivado del sujeto o sujetos cuya actuación provoca el incumplimiento; y b) el derivado de la naturaleza de las consecuencias.

Aunque la presente tesis pretende centrar la atención en la posición de los nietos en sus relaciones personales con sus abuelos, al tiempo de estudiar las consecuencias que pueden derivarse del incumplimiento de este derecho o del no ejercicio del mismo, se presenta como inevitable, si queremos dar una visión completa de la temática, abordar no sólo este campo, sino también los efectos que desde una perspectiva teórica pueden ocasionarse cuando son los progenitores o los ascendientes los causantes de que tal derecho no se materialice, y cuando ha sido reconocido por un convenio regulador o por una sentencia judicial. Veamos:

1.CONSECUENCIAS CIVILES

1.1.Incumplimiento provocado por los progenitores.

Éste constituye la manifestación más genuina y frecuente. En efecto, suelen ser el progenitor o progenitores los cuales, con una posición obstruccionista a las relaciones personales nietos-abuelos, acaparan en la práctica la mayoría de las controversias que en relación a esta cuestión se plantean ante los tribunales de justicia. Las respuestas que el ordenamiento jurídico nos presenta como posibles pueden ser de doble naturaleza, civil o penal.

En el terreno del derecho civil, nos preguntamos cuáles son las consecuencias que puede provocar un incumplimiento deliberado y reiterado de las relaciones personales nietos y abuelos reconocidas y amparadas por una resolución judicial. O dicho de otro modo, ¿qué vías pueden ser seguidas para que se garantice el derecho de los nietos a relacionarse con sus abuelos cuando los progenitores manifiestan su radical oposición al cumplimiento de una resolución judicial que así lo contempla, o cuando por parte de los mismos se ponen valladares para que tales relaciones fracasen o no redunden en el interés de los menores?

El Código Civil guarda silencio, sin embargo en este discurrir teórico podemos analizar diversos interrogantes:

1. ¿Podrían los progenitores ser sancionados con la privación de la patria potestad?

La patria potestad como función dual viene contenida en los artículos 154 y 156.1 del Código Civil, al prescribir “que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.. y, que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro”. Su contenido, que se extienden tanto a la esfera personal como patrimonial, viene recogido en el artículo 154 del Código Civil, que expone:

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

1º.-Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º -Representarlos y administrar sus bienes.

Según el artículo 170 del Código Civil:

El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial... Los tribunales podrán, en beneficio o interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

El artículo 154 contiene expresiones que permiten su engarce con el núcleo esencial de las relaciones personales nietos-abuelos. Así, cuando el Código menciona que *“la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos”*, podemos colegir que este “beneficio”, en condiciones de normalidad, y ante la ausencia de una justa causa que lo contraríe, también viene integrado por el reconocimiento, respeto y desarrollo de las relaciones con sus abuelos.

En idéntico sentido, cuando el legislador emplea en el precepto de referencia la locución *“de acuerdo con su personalidad”*, debe interpretarse en lógica como un principio base de actuación de los progenitores a la hora de tomar decisiones en relación a sus hijos. Y aquí es donde las relaciones con sus ascendientes encuentran sus raíces primarias, pues son una manifestación del haz de derechos y libertades individuales que conforman la personalidad de los menores.

Para conseguir una protección eficaz de la libertad humana es preciso reconocer y salvaguardar la individualidad humana, esto es, las cualidades, habilidades y características que distinguen e individualizan a una persona determinada, todos esos atributos que otorgan a cada ser humano su significación especial y original en la sociedad: en otras palabras, su personalidad ⁸¹.

De igual manera, el Código Civil contempla como deberes y facultades de la esfera personal de la patria potestad, el deber de velar por los hijos y de tenerlos en su compañía. Velar por los hijos supone procurarles lo mejor en todo momento, desde los primeros pasos hasta su salida del abrigo familiar, y no privarles, caprichosamente o por interés propio de los progenitores, de aquellos derechos que sin duda contribuirán de

⁸¹ LEZERTUA (1996), p. 72

manera decisiva a forjar su individualidad. Tenerlos en compañía no sólo implica proximidad física, es más, ésta se torna en secundaria frente a la intermediación realmente trascendente, la afectiva, la intelectual, la moral, y la de comprensión de su forma de ser y pensar. La compañía no sólo debe ser la de los propios progenitores, sino también la de aquéllas personas que puedan contribuir a su desarrollo integral, y donde la figura de los abuelos constituye un eslabón fundamental para alcanzar ese objetivo con plenitud.

Resulta así posible afirmar, que cuando ambos progenitores entorpecen o niegan, pese a lo establecido en sentencia, las relaciones de los hijos con sus abuelos, la privación de la patria potestad se presenta como una alternativa, dado que puede argumentarse en derecho como respuesta a un incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. No cabe desconocer, sin embargo, que ello sólo podría caber ante un incumplimiento contumaz de lo sentenciado, así como de los requerimientos que para su cumplimiento ordinario necesariamente deben realizarse por el órgano judicial con tales apercibimientos, y en todo caso en proceso dirigido al efecto. Ha de probarse la existencia de un desprecio manifiesto a lo resuelto y de una voluntad intransigente en detrimento de los derechos legítimos de sus hijos, y que puede alcanzar mayor significación cuando éstos, con capacidad y juicio necesario, muestran su deseo y necesidad de relacionarse con sus abuelos.

COLÁS ESCANDÓN sostiene en relación a este debate que no cabe la privación judicial de la patria potestad por el hecho de que los padres se nieguen a que su hijo se relacione con sus abuelos⁸². Apoya tal conclusión en que si bien el artículo 170, párrafo 1º del Código Civil “permite, mediante sentencia firme motivada, la privación total o parcial de la patria potestad, por el <incumplimiento de los deberes inherentes a la misma>” a su modo de ver “el impedimento de las relaciones abuelos-nietos, no es asimilable al incumplimiento de un deber derivado de la patria potestad”, considerando que “cuando el código se refiere a la <formación integral> alude fundamentalmente a su educación escolar y personal, y aunque así lo fuera, y estuviera utilizando esta expresión de un modo más

⁸² COLAS(2005), pp. 127 y 128.

amplio”, no cree “que las relaciones con los abuelos impidan la formación integral de una persona”.

Disentimos de la opinión reseñada. Debe notarse que no sólo estamos ante un derecho de los nietos y de los abuelos, si no también ante un deber de los progenitores. La patria potestad debe ser ejercitada con responsabilidad, sin que sea lícito abusar de su ostentación para cercenar derechos reconocidos por la ley. La piedra angular no debe ser la formación integral de los menores, pues sin desmerecer a ésta, el incumplimiento reiterado y terco del derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos, recogido en sentencia y provocado por sus progenitores, constituye un desprecio al interés de los menores interpretado por el juzgador, así como un ataque al desarrollo de su personalidad; conceptos que la tesis contraria a la privación de la patria potestad no aborda, y que sin embargo en nuestra opinión son troncales para entender la dimensión de este derecho.

No olvidamos que la privación de la patria potestad, “más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo” (STS de 31 de diciembre de 1996), ni tampoco, como destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de abril de 1998, que “la privación judicial de la patria potestad exige, por un lado, la existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla, y por otro, la razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor”. Sino que, en concordancia con ello, defendemos su uso como “ultima ratio”, y ante incumplimientos de los progenitores que merezca el calificativo de muy graves, esto es, cuando para la apropiada protección de los menores se revele como la única medida posible y conveniente.

Tratándose de una medida excepcional, ya que es difícil pensar que los progenitores tensen tanto la cuerda como para romperla, surgen otras posibilidades, como pueden ser la suspensión de la patria potestad o la modificación o cambio en la titularidad o ejercicio; más orientadas este tipo de medidas a casos en los cuales el incumplimiento se ha llevado a cabo por uno solo de los progenitores -lo que puede motivar que la patria potestad se

otorgue exclusivamente a uno de ellos-, o casos en los que el incumplimiento no sea tan grotesco o pertinaz.

Siguiendo la argumentación contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996, de la que nos hemos hecho eco con anterioridad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 25 de enero de 1995, declaró que:

Estando establecida en beneficio de los hijos, la privación total o parcial de la patria potestad deberá hacerse con carácter excepcional y cuando concurren causas poderosas, muy justificadas y gravemente perjudiciales para el menor, por cuanto no tiene el carácter de una sanción a una conducta, sino una finalidad únicamente protectora del interés de los hijos.

En definitiva, como señaló la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 17 de abril de 1998:

Tal privación de la patria potestad, que por su gravedad ha de reputarse excepcional y aplicarse únicamente en casos extremos, no puede ser considerada sin más una especie de sanción abstracta a la conducta indigna de sus titulares, pues sobre tal consideración prima el interés del menor y, por ello mismo, la conveniencia y oportunidad de tan rigurosa medida para su adecuada protección. En suma, la privación judicial de la patria potestad exige, por un lado, la existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla, y por otro, la razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor.

No obstante, no puede desconocerse, que la patria potestad puede recuperarse cuando cese la causa que motivó su privación, recuperación que opera de manera automática, es decir, bastaría con permitir las relaciones personales de los nietos con los abuelos por parte de su progenitor o progenitores para que tal potestad se restaure.

2. ¿Podrían los progenitores ser sancionados con el cambio de la guarda y custodia?

Si defendemos, como hemos hecho en el apartado anterior, que la negativa a las relaciones personales de los nietos con los abuelos provocada por los progenitores es causa suficiente de privación de la patria potestad, en lógica, es fácil colegir, que el cambio de la guarda y custodia se muestra como una opción más factible y menos gravosa. Nos situamos con ello en el supuesto de hecho consistente en que el progenitor custodio utiliza su posición de mayor fortaleza jurídica para, pese a existir un pronunciamiento

judicial que reconoce y establece las relaciones entre sus hijos y sus abuelos, negarse a facilitar su cumplimiento. Aquí la autoridad judicial intentará revertir la situación mediante requerimientos efectuados al incumplidor custodio para que deponga su actitud, y en caso de no ser atendidos, podrá efectivamente abrirse la vía para un cambio en la guarda y custodia de los menores, que necesariamente encuentra sustento legal en la consideración de que el progenitor detentador de la guarda y custodia no protege adecuadamente sus intereses. Pero no debe entenderse con ello, que por existir una actitud incumplidora del progenitor custodio, automáticamente procede el cambio en favor del otro; sino que necesariamente debe evaluarse en este momento la actitud y la capacidad del progenitor no custodio para asumir la guarda y custodia de sus hijos, que inicialmente no le fue reconocida, bien porque no la instó en su beneficio, o bien porque se entendió que reunía peores condiciones para ostentarla.

El cambio en la titularidad de la guarda y custodia de los menores, a diferencia de la privación de la patria potestad, no requiere de una especial complejidad procesal. Podemos utilizar el cauce del artículo 158 del Código Civil:

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará...2º las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda.

También podemos acudir a lo dispuesto en el artículo 776.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al determinar en su apartado tercero, tras la modificación operada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que:

El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas.

3. ¿Podrían los abuelos ostentar la guarda y custodia de los menores ?

Nos situamos en una hipótesis casi de probeta, en la que, ante un incumplimiento de las relaciones personales entre nietos y abuelos, reconocidas por sentencia, estos últimos se plantean pedir para sí la guarda y custodia de sus nietos. El artículo 103 del Código Civil dice:

Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de estos, las medidas siguientes: 1ª- 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 que no ejerza la guarda y custodia 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... 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.

A nuestro juicio, la respuesta a la pregunta debe ser negativa. Una interpretación del precepto mencionado nos lleva a concluir que la posibilidad de otorgar la guarda y custodia a los abuelos sólo está contemplada en las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, no existiendo por tanto referencias de su entrega a los abuelos en otros procedimientos o como solución a un conflicto en vía de ejecución. No obstante, y aunque se sostenga, como sostenemos, que efectivamente esta posibilidad de custodia ordinaria de los nietos por los abuelos es extrapolable a otros procedimientos – es decir, que éstos pueden acudir a la vía judicial interponiendo un proceso con tal suplico-, no pensamos que pueda ser aplicada ante una situación de incumplimiento del régimen establecido en sentencia por parte de los progenitores. El Código Civil, hace hincapié especialmente en la excepcionalidad de tal medida, y aunque no menciona, ni siquiera indiciariamente, los supuestos a los que es de aplicación, se viene a entender, con buen criterio, que con ello se intenta dar una protección a los menores cuando los progenitores se encuentren ante una imposibilidad de cumplir su cometido, por hallarse ausentes, o por concurrir circunstancias que objetivamente les inhabilitan para el ejercicio de esta tarea, piénsese en la drogodependencia, toxicomanía o reclusión en establecimiento penitenciario⁸³.

⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 16 de marzo de 2004. En el supuesto de litis se discute si los abuelos pueden hacerse cargo del cuidado y guarda de los menores. La Sala, de los informes presentados, percibe una enorme dificultad de E (madre) para que asuma las obligaciones inherentes a su maternidad (atención y cuidado de los niños), así como que <E se manifiesta incapaz de valorar las necesidades tanto personales como del resto de la familia.. y no asume la responsabilidades que le competen para con los menores aunque si para su nuevo compañero, encontrándose los niños en una

4. ¿Es posible patrimonializar el incumplimiento por parte de los progenitores de las relaciones personales nietos-abuelos contenidas en sentencia?

El artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la condena de hacer personalísimo, prescribe:

1. Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706.

2. Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711.

3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente por el Secretario judicial responsable de la ejecución los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Sí, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal.

situación de mayor riesgo a partir de las 5 de la tarde y los fines de semana al no garantizarse a los menores los mínimos básicos>, existiendo denuncias vecinales por abandono de los niños en horario nocturno los fines de semana. Y aunque asimismo se consigna que Dña. E es cariñosa en el trato con sus hijos, se añade que, sin embargo, no es capaz de proporcionarles afectos y estables.... se estima por ello aconsejable que los niños sigan al cuidado de los abuelos paternos... medida que siempre tiene un carácter temporal, mientras se mantengan vivas las circunstancias que aconsejaron su adopción, sin perjuicio de que la madre mantenga la patria potestad sobre la hija, de cuya custodia y guarda se encargan, no obstante, los abuelos. La sala, estima pertinente, acordar que la madre pueda comunicarse y estar con los niños todos los sábados desde las 13:30 hasta las 18:30, horario éste que se estima más adecuado a las circunstancias concurrentes, como son la corta edad de los niños y los traslados que impone la distinta ubicación geográfica de madre e hijos.

4.No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquél.

Por otra parte, el artículo 776, ya en materia de ejecución en procesos matrimoniales y de menores, en su apartado segundo, dispone:

En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto.

La obligación de los progenitores de fomentar y garantizar la relaciones personales de los hijos con sus ascendientes constituye una obligación personalísima cuyo incumplimiento no puede solventarse a través del resarcimiento de perjuicios de manera automática. Se trata de un deber desprovisto de contenido económico, y que ahonda sus raíces no sólo en el derecho a la vida familiar, sino también en la esencia del carácter humano.

Dicho esto, la Ley de Enjuiciamiento Civil sí que abre la vía de una manera clara a que los incumplimientos de las relaciones personales nietos-abuelos puedan reconducirse por la vía de la imposición de las multas coercitivas. La utilización de multas pecuniarias coercitivas, constituyó una novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, entendida desde su instauración como una medida disuasoria que pretendía forzar al sujeto o sujetos ejecutados a realizar, o abstenerse de realizar, una conducta.

El artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque prevé la multa coercitiva ante el incumplimiento de las medidas adoptadas en procedimientos de nulidad, separación o divorcio, no puede considerarse como un precepto cerrado que excluya la posibilidad de su aplicación a otros ámbitos íntimamente relacionados con éstos, por lo que debe entenderse extensible a aquellas situaciones de conflicto que se generen en las relaciones nietos y abuelos, y derivadas del artículo 160 del Código Civil. Pero lo importante no es sólo que se trate de una opción más entre otras muchas a las que pudiera acudir, sino que a un buen observador se presenta como la solución más razonable.

Si los progenitores de manera reiterada y deliberada no permiten el derecho de sus hijos a relacionarse con sus abuelos en los términos reconocidos en sentencia judicial, al margen

de la responsabilidad penal que pudiera derivarse, que ya se analizará ad extra, debe acudir a la imposición por parte del juez de multas coercitivas al progenitor o progenitores incumplidores.

Tal proceder judicial no sólo es de sencilla tramitación procesal (pues bastaría con comprobar la conducta reticente al cumplimiento para abrir pieza separada, imponer la multa en la cantidad que se estime adecuada y requerir de pago), sino lo que es más trascendente, que con ello se evita acudir a medidas más gravosas y de aplicación excepcional, como el cambio en la guarda y custodia, o en último extremo la posible privación de la patria potestad. Nótese que la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que estas multas puedan mantenerse el tiempo que sea necesario, incluso superando el plazo de un año, lo que sin duda pone de manifiesto la voluntad del legislador de que esta medida se convierta en la preferente a la hora de ejecutar los incumplimientos de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo.

La experiencia nos dice que, cuando se imponen con seriedad y determinación medidas de esta naturaleza, la respuesta por parte de los incumplidores no se hace esperar, cumplen avivadamente lo acordado.

5. ¿Podrían los nietos o los abuelos exigir responsabilidad civil a los progenitores derivada de su incumplimiento?

Situémonos en las hipótesis siguientes: abuelos que han sufragado gastos de transporte para poder visitar a sus nietos, o que han cambiado de vivienda para poder relacionarse con ellos (por cuanto la anterior no reunía las condiciones necesarias), o que han variado su lugar de residencia para estar más próximos, ¿podrían reclamar su precio ante un incumplimiento por los progenitores de las relaciones personales nietos-abuelos reconocidas en sentencia?, y, ¿podrían exigir los nietos y los abuelos indemnización por daños morales fruto de idénticos incumplimientos?

La jurisprudencia, por ahora, solo se ha ocupado de la aplicación del derecho de daños al Derecho de Familia en tres casos: a) la indemnización derivada de la nulidad matrimonial; b) la infracción de los deberes conyugales; y c) la violación del derecho de visita de uno de los progenitores. Pero lo que ni la doctrina ni la jurisprudencia ha abordado es la

dimensión que puede alcanzar el incumplimiento de las relaciones personales nietos-abuelos desde la perspectiva de la responsabilidad civil.

Como ya hemos indicado en anteriores epígrafes, el Código Civil no prevé las consecuencias que pueden derivarse de un incumplimiento de las relaciones personales nietos-abuelos reconocidas en sentencia, aunque como hemos apuntado, parte de ellas pueden deducirse del conjunto del articulado dedicado al Derecho de Familia. Sin embargo, en materia de responsabilidad civil tales consecuencias ni tan siquiera se divisan en el horizonte, de tal manera que para su construcción necesariamente nos tenemos que remitir a la teoría general de las obligaciones y contratos contenida en el libro IV del Código Civil.

La primera nebulosa que creemos que hay que despejar es si nos encontramos ante una responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil o si por el contrario cabe su encaje en el art. 1101 del mismo texto.

En nuestra opinión, la responsabilidad civil que puede exigirse a los progenitores ante un incumplimiento de las relaciones personales entre nietos y abuelos reconocidas en sentencia, debe enfocarse desde el artículo 1101 del Código Civil y siguientes. Somos conscientes de que se trata de una posición minoritaria, pero entendemos que los argumentos que defendemos para alcanzar esta convicción son lo suficientemente sólidos:

1)-Porque consideramos que de la literalidad del artículo 160 del Código Civil, cuando dice que *“no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos”*, se está diciendo en realidad, a sensu contrario, que existe un deber jurídico de los progenitores de no impedir las mismas, en la peor de las interpretaciones, y en la más correcta e integradora, que existe el deber de beneficiarlas o fomentarlas activamente. El artículo 1101 del Código Civil no es únicamente aplicable cuando la obligación tenga origen contractual, sino también cuando exista entre las partes un vínculo obligacional preexistente, vínculo obligacional que en este caso viene establecido *“ex lege”*. La propia ley por tanto configura las relaciones personales entre nietos y abuelos, desde la posición de los progenitores, como un deber de estos últimos, un deber jurídico con toda su

trascendencia. La patria potestad se considera un deber-derecho, o si se quiere, un derecho-deber, y en esta combinación de luz y sombras, de aspectos positivos y negativos, no están al mismo nivel, sino que predomina el deber sobre el derecho.

Y decimos más, no se trata de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, sino de la derivada de un incumplimiento asentado en el abuso de derecho o contra derecho. El artículo 7 del Código Civil, después de proclamar en su apartado primero que “*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”, añade en su apartado segundo que:

La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

El concepto necesita para su conformación distintos elementos: primero: *acción u omisión*, es decir, conducta humana positiva o negativa; segundo: *daño para tercero*, material o moral, que el tercero no esté obligado a sufrirlo como consecuencia del ejercicio lícito del derecho por el que se lo causó; y tercero: *extralimitación*, o como dice el texto legal, que *sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio*, lo cual viene determinado por tres criterios alternativos: criterio subjetivo: *por la intención de su autor*; criterio objetivo: *por su objeto*; criterio circunstancial; *por las circunstancias en que se realice*⁸⁴.

Los padres ostentan la patria potestad de sus hijos y su ejercicio, configurándose ésta como una función integrada por derechos y deberes; gozan pues de un derecho subjetivo, pero este derecho no es absoluto, sino que tiene límites intrínsecos. Si los progenitores obstaculizan injustificadamente hasta su negación las relaciones personales entre nietos y abuelos, acordadas en resolución judicial, no sólo incurren en un incumplimiento como tal del deber que asumen conforme al artículo 160 del Código Civil, sino que agregan a ello un abuso de derecho, un abuso de la patria potestad: es abuso porque bajo el uso de un

⁸⁴ O'CALLAGHAN (1997), p. 226

derecho objetivo y externamente legal, confunden sus intereses con los de sus hijos; es abuso porque se es consciente del deber contraído y sin embargo se conculca, con intención de dañar a sus descendientes y ascendientes; es abuso por considerar erróneamente que la patria potestad todo lo puede, con evidente extralimitación, y con el objeto de anular otros intereses que también deben ser protegidos; es abuso porque tal proceder ignora y desprecia el interés de los menores y el desarrollo de su personalidad; y es abuso, porque a menudo produce daños ciertos y objetivables que los perjudicados, nietos y abuelos, no tienen el deber jurídico de soportar.

2)-Porque consideramos aplicable el derecho de daños al incumplimiento de las relaciones personales nietos-abuelos, sobre todo y fundamentalmente, porque a diferencia de la nulidad matrimonial, de la infracción de los deberes conyugales, y de la trasgresión del régimen de visitas ordinario entre progenitores, el Código Civil no contempla sanciones específicas para este incumplimiento, se limita a indicar que *“el juez resolverá atendidas las circunstancias”*, fórmula genérica que no establece cauce alguno para solucionar el conflicto, ni siquiera un criterio orientador, por lo que al no estar tampoco excluida la indemnización de daños y perjuicios, entiendo que deviene procedente acudir a la misma, perdiendo así fuste la teoría que en oposición argumenta la autonomía del Derecho de Familia y la exclusión por esta causa de los principios generales del derecho de daños. La imposición de multas coercitivas (artículos 699, 709 y 776.2ª LEC); la posibilidad de modificar el régimen de guarda y custodia (artículo 776.3ª LEC); y la aplicación en el ámbito penal de los artículos 618 y 622 del Código Penal, no resuelven el problema, dado que no se prevé el marco propio de la responsabilidad civil que pueda emerger del incumplimiento.

3)-Porque consideramos que las relaciones personales nietos-abuelos no pueden entenderse como una mera declaración programática o de mínimos por parte del derecho civil para dar cobertura en abstracto al desarrollo personal y psíquico de los menores, ni pueden ser calificadas como una previsión que hace el legislador con efectos simplemente éticos o morales para los progenitores. Constituyen un verdadero derecho de nietos y

abuelos, un DERECHO con mayúsculas, reconocido a nivel interno e internacional, y con contenido obligacional al implicar a los padres en su salvaguarda.

4)-Finalmente, porque consideramos que actuar de contrario al interés de los menores, interpretado por la autoridad judicial en el reconocimiento del derecho a mantener relaciones personales con sus abuelos, no es propio de una conducta negligente, sino más bien lo es de un dolo civil; pues se trata de una actuación llevada a cabo por el incumplidor de manera voluntaria y consciente, en cuanto que conoce y asume de antemano que con ello se está trasgrediendo una obligación, con conciencia de la antijuridicidad del acto. Además el artículo 1101 del Código Civil comprende cualquier medio o forma de incumplimiento.

Argumentada la aplicación del derecho de daños a las relaciones personales nietos-abuelos, debe responderse a continuación a la pregunta: ¿a qué tipo de daños nos estamos refiriendo?

Puede darse la circunstancia de que para mantener las relaciones personales con sus nietos los abuelos hayan realizado gastos de transporte (piénsese en viajes cuando los ascendientes residen en otro país o en otro continente), o hayan tenido la necesidad de adaptar su vivienda realizando obras a fin de adecuarla a las condiciones exigidas por la autoridad judicial, o hayan cambiado su residencia para estar más cerca de sus nietos, ¿sería lícito vedar la posibilidad de reclamar estos costes ante un incumplimiento empecinado de los progenitores?

Desde nuestro punto de vista, no sólo no sería lícito, sino clamorosamente injusto. Si el actuar caprichoso e insolente de los progenitores genera en los abuelos un daño material o patrimonial, que pueda acreditarse con los medios admitidos en derecho, justo es que puedan ser indemnizados por parte de los agentes causantes del daño en todo el perjuicio sufrido.

Pero no sólo el daño material sería indemnizable, sino también el daño no patrimonial o moral. Pensemos en el siguiente supuesto, antaño difícil de imaginar y hoy muy presente: progenitores que trabajan durante toda la jornada, y abuelos, que por tal circunstancia, son los que se ocupan de llevar a los menores al colegio, de recogerlos, de darles

alimentación, y, de acompañarlos a actividades extraescolares. Si por culpa de los progenitores este idilio se rompe, hasta el punto de que los abuelos de un día para otro dejan de ver a sus nietos, recuperado su derecho “apud iudicem”, no es descabellado pensar, que ante una negativa persistente al cumplimiento de lo fallado, su estado psíquico y anímico pueda resultar dañado.

No existe en la doctrina un concepto de daño blindado. ORGAZ dice que: “el daño resarcible es ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”; para ENNECERUS-LEHMANN: “Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honra, crédito, bienestar, capacidad de adquisición)”; CARNELUTTI entiende que: “El daño es toda lesión a un interés”; y finalmente AGUIAR, considera que el Daño es: “la destrucción o detrimento experimentado por alguna persona en sus bienes”⁸⁵.

La Sentencia de 31 de mayo de 2000, del Tribunal Supremo, nos indica que la situación básica para que pueda dar lugar a un daño moral consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual; también puede aparecer en situaciones de impotencia, zozobra, ansiedad y angustia (STS de 6 de julio de 1990); o ante la inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo de 1995).

Para solventar esta cuestión, y reclamar los daños materiales y morales, los abuelos deberán acudir necesariamente a un proceso civil declarativo, verbal u ordinario, según la cuantía que se contenga en el suplico; no siendo posible recabar con justificaciones en la economía procesal soluciones *intra proceso*, vía artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de la liquidación de daños y perjuicios. Cauce jurídico con notables repercusiones en la competencia, pues ésta se aleja de los juzgados de familia para caer en la órbita de los tribunales civiles ordinarios.

Daños que para su resarcimiento no basta con invocar, sino que a mayores demandan prueba sobre su causación. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de abril de 1989, determinó que:

⁸⁵ BREBBIA (1967), p. 31

Tratándose de perjuicios materiales, como de perjuicios morales económicamente evaluables, según declaración constante de esta Sala, es indispensable su alegación, el acreditamiento y su cuantificación, ajustada a determinadas bases, reforzadas, si ello es preciso, con devaluaciones periciales o de otra índole, y si lo debatido son los perjuicios morales strictu sensu, igualmente se precisa reclamación y prueba, si bien esta última puede consistir en declaraciones fácticas concretas realizadas en la declaración de hechos suficientemente acreditados e inferirse inequívocamente de la misma, de la que se trasluce, aflora o fluye; mientras que la cuantificación podrá verificarse por el tribunal de instancia, prudencialmente, y sin más limitación que la impuesta por la racionalidad más elemental y por su discrecional arbitrio.

Perjuicio que ha de apoyarse “en bases firmes y seguras” (STS de 12 de marzo de 1992), debiendo rechazarse “todo aquello que represente consecuencias dudosas, supuestos posibles pero inseguros, meros cálculos, hipótesis o suposiciones”.

Si se comprenden las consecuencias morales que la ruptura de las relaciones personales puede ocasionar en los abuelos, de mejor manera entenderemos su alcance en los niños. No nos engañemos, los menores son el punto más débil. Desposeer bruscamente a unos niños de corta edad (por ejemplo, entre 2 y 5 años), del contacto con sus abuelos, cuando éste era diario, seguramente tendrá repercusiones en su estado psíquico; pero el sufrimiento no será duradero en el tiempo, será absorbido por la fugacidad de su crecimiento y acabarán superándolo y olvidándolo sin secuelas. Pero cuando se trata de menores que ya han interiorizado la idea de familia e identificado sus referentes vitales, siendo uno de éstos sus abuelos, el romper con ellos los vínculos de convivencia, emocionales o afectivos, puede generar en los menores con mayor probabilidad y persistencia en el tiempo, dolor o aflicción, desvalimiento, pérdida de optimismo vital, inquietud, preocupación, melancolía o tristeza; en definitiva daños psíquicos o espirituales nada fáciles de restaurar.

Sobre esta base, los menores agraviados por la conducta de sus progenitores estarían en condiciones de solicitar la reparación del daño sufrido. Pero ante la conclusión extraída, es importante destacar que el Código Civil no establece módulos cuantitativos indemnizatorios de los daños morales. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1994, señala que:

Si bien el CC no contiene referencia normativa alguna respecto a los daños morales, salvo la genérica del art. 1107.2 CC, al imponer el resarcimiento de todos, es a la jurisprudencia a la que corresponde ir completando el vacío legal acudiendo al resarcimiento económico.

Sí esto llegase a ocurrir, los menores podrían reclamar los daños morales por sí mismos, si han adquirido la emancipación, o a través de sus representantes legales: el Ministerio Fiscal o el defensor judicial. Pero la cuestión no puede zanjarse aquí, pues lo más normal es que esa información no haya llegado nunca a manos de las personas o entidades encargadas de la protección de los menores, por lo que difícilmente podrán actuar en su beneficio, al no tener conciencia de la mella psíquica sufrida.

Visto de este modo, no podemos postergar el debate sobre la prescripción. Hemos destacado con encomio que las relaciones nietos-abuelos son un derecho personal y recíproco; y con ello, las acciones que puedan interponer en relación a los daños y perjuicios frente a los que impiden su ejercicio, son también personales; y al no tener término especial de prescripción, lo harán a los quince años (ex artículo 1964 del Código Civil). Para los abuelos, el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que tales acciones pudieron ejercitarse, conforme al artículo 1969 del Código Civil. Para los nietos, sin embargo, en caso de no haber sido ejercitadas por sus representantes legales, debe interpretarse, actuando en su beneficio, que el tiempo para la prescripción no empezará hasta que adquieran la mayoría de edad o la emancipación.

Por razones análogas, todo lo dicho hasta aquí sería extensible a los tutores o guardadores cuando a éstos sean achacables los impedimentos a las relaciones nietos-abuelos.

6. ¿Es posible que los hijos deshereden a sus progenitores por negarles las relaciones personales con sus abuelos?

En el desarrollo de esta tesis dos asertos sobresalen sobre el resto: uno, que las relaciones nietos-abuelos son ante todo un derecho de los menores; y dos, que fomentarlas y garantizarlas es un deber de los progenitores integrante de la patria potestad.

El artículo 854.1 del Código Civil, al regular la desheredación de padres y ascendientes, contempla en su apartado primero, como justa causa:

Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170.

Si ponemos pues en relación este artículo, con el mencionado 170, que contempla como causa de privación de la patria potestad el “incumplimiento de los deberes inherentes a la misma”, la anomia del Código Civil debe rellenarse en el sentido de que esta desheredación es viable jurídicamente.

1.2. Incumplimiento provocado por los menores

Si ya de por sí entraña dificultad de resolución el incumplimiento de las relaciones nietos-abuelos establecidas en sentencia cuando son los progenitores los que reniegan de lo acordado, cuando son los propios menores quienes no desean las relaciones con sus abuelos, entonces el problema alcanza una dimensión superior: doblegar la voluntad de los adultos, progenitores y abuelos, no es cuestionable, es consecuente y lógico; pero cuando de los menores se trata, nos colocamos, a veces inconscientemente, entre dos aguas, en la indecisión, en la disyuntiva de sí se está actuando correctamente.

Al hablar de las consecuencias que puede generar, éstas sólo podrían enfocarse respecto de aquellos que hayan podido verse efectivamente perjudicados, esto es, exclusivamente los abuelos. Aunque esta tesis afronta las relaciones personales entre nietos y abuelos centrándonos en los primeros, no puede obviarse, como ya se ha indicado, que estamos no sólo ante un derecho de los menores, sino también ante un derecho de los abuelos. Dos derechos que son compatibles, pero que cuando colisionan, plantean una seria polémica: ¿Qué ocurre si los menores no quieren relacionarse con sus abuelos pese a que una sentencia judicial lo determina?

Cuando nos situamos en el campo de las consecuencias, no podemos separarlo del campo de la edad; esto es, no puede exigirse el mismo comportamiento a los menores de corta edad, del que puede demandarse a otros, que aún dentro de su minoría de edad, tienen por esta misma razón mayor juicio y capacidad de comprensión de lo que sucede a su alrededor. Ni tampoco pueden disgregarse las hipotéticas consecuencias de la voluntariedad; no puede situarse en el mismo plano a los menores que no desean relacionarse con sus abuelos por voluntad propia, es decir, la que trae causa en unas motivaciones razonables y constatables, de aquella que es fruto de las maquinaciones e

influencias realizadas por sus progenitores, por otros parientes o allegados, o por terceras personas.

Pero cuando hablamos de edad y las posibles consecuencias, ¿A qué edad nos estamos refiriendo: a los siete años; a los doce, a los catorce, a los dieciséis?, el binomio edad-menores encuentra distintas variantes tanto en el derecho material como en la Ley Adjetiva Civil:

a) En el orden sustantivo

El artículo 20 del Código Civil, en el ámbito de la declaración de opción de la nacionalidad española, prescribe que la declaración de opción se formulará:

Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación.

El artículo 23 del Código Civil, en la enumeración de los requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia, exige, en su apartado a):

Que el mayor de catorce años y capaz para prestar una declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia la Constitución y a las Leyes.

El artículo 48 del Código Civil, dentro de los requisitos del matrimonio, establece la dispensa de edad para el mayor de catorce años:

El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales, y de edad a partir de los catorce años.

El artículo 156 del Código Civil, al abordar el ejercicio de la patria potestad, en caso de desacuerdo, contempla que cualquiera de los dos progenitores:

Podrá acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

El artículo 164.3 del Código Civil, al regular los bienes de los hijos y su administración, exceptúa de la administración paterna:

Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiere adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los Padres para los que excedan de ella.

En el mismo capítulo que el anterior, el artículo 166, dice que:

Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios, siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

En materia de adopción, el Código Civil, en su artículo 177, al referirse a los que deben ser simplemente oídos por el juez, señala al:

Adoptando menor de doce años si tuviere suficiente juicio.

Sigue idéntica orientación el artículo 173.2, al normar el acogimiento:

El acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos.

En materia de tutela, el artículo 231 del Código Civil, determina que:

El Juez constituirá la tutela previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años". Más adelante, al desarrollar la normativa referente al ejercicio de la tutela y la necesidad de recabar autorización judicial en determinadas áreas, ordena que: "antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oirá al Ministerio fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considerara oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estimen pertinentes.

En la emancipación, se hace una triple mención, artículo 317:

Para que tenga lugar la emancipación por confesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta.

Artículo 320:

El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres.

En último término, el artículo 321:

También podrá el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare.

En temática testamentaria, de conformidad con el artículo 663 del Código Civil, están capacitados para testar los mayores de catorce años de uno y otro sexo, a excepción del testamento ológrafo que solo podrá otorgarse por mayores de edad (artículo 688 del Código Civil)

b) En el orden procesal

El artículo 770.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al referirse a los procesos contenciosos de nulidad, separación y divorcio, y en materia de prueba, indica:

Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

En otras ocasiones, la ley incluso prescinde de una edad concreta, y alude a expresiones ambiguas e indeterminadas, como ocurre en los ya aludidos artículos 156 y 231, así como en el artículo 162 del Código Civil:

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.

A raíz de estas reflexiones, es del todo evidente que el legislador no contempla una edad “tipo” o “básica” a la que podamos atenernos como punto de partida de la exigencia de responsabilidad o como causa de exoneración de la misma, pero tampoco podemos obviar, que los “doce años”, especialmente en materia matrimonial y de patria potestad, han estado omnipresentes. La primera impresión lleva a pensar que este debe ser el criterio a seguir, y que a partir de esta edad debe presumirse en los menores la existencia de suficiente juicio, siendo así que si nos encontrásemos ante la oposición de nietos menores de doce años a mantener relaciones personales con sus abuelos, nada cabría

discutir acerca de su responsabilidad, y a sensu contrario, de superarse, se habría una hipotética vía de reclamación. Podría ser ésta sin duda una solución ante una eventual responsabilidad de los menores, pero en nuestro sentir, con ello estaríamos realizando una interpretación “en negativo”, cuando la norma nada regula, situaríamos la responsabilidad en el “mínimo”, en lugar del “máximo”, por lo que creemos que necesariamente debemos ir más arriba, debe buscarse una edad que dé mayor seguridad, objetividad y garantía sobre la madurez: los dieciséis años. Naturalmente esta edad no es la cuadratura del círculo, pero sí nos lleva a suponer, desde el punto de vista formal, la presencia en los menores de un suficiente grado de discernimiento, de desarrollo personal, de inteligencia, de sensatez.

Cuando los nietos tengan más de dieciséis años, y la razón de su negativa a relacionarse con sus abuelos lo es por mor de sus progenitores, tampoco generaría una eventual responsabilidad; su comportamiento en estos casos no puede ser valorado tal como se exterioriza, ya que es obra de una decisión tutelada, impuesta, en definitiva fruto de una voluntad viciada que tergiversa y nubla la opinión propia.

De esta construcción teórica, la responsabilidad, de existir, sería el resultado de la negativa del menor, mayor de dieciséis años, a mantener relaciones personales con sus abuelos pese a lo dispuesto en resolución judicial, y como efecto de una decisión propia y razonada.

¿Pero cuáles serían estas eventuales responsabilidades?, no podemos imaginar una multa coercitiva contra los menores por esta circunstancia, ni tampoco la apertura contra ellos de un procedimiento por daños materiales o morales causados a sus abuelos. Se trata de un derecho recíproco de unos y otros, y reciprocidad implica consenso, acuerdo de voluntades, y en este caso, coincidencia de deseos, sentimientos y afectos, que de no darse en los menores, no pueden generar sanción alguna contra ellos, pues de ser así se estaría actuando contra su interés o beneficio, que es el más digno de protección y por tanto superior a cualquier otro con el que pueda coincidir.

Otra cuestión distinta es sí pueden ser perjudicados indirectamente a raíz de su comportamiento, o dicho en román paladino, si los abuelos en sus decisiones legítimas

pueden perjudicar a sus nietos por negarse injustificadamente a relacionarse con ellos. Sugiero tres posibles escenarios:

a) La obligación alimenticia: en el marco de las obligaciones entre parientes (artículo 152 del Código Civil).

b) La ingratitud en las donaciones: en el marco de los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículo 648).

c) La indignidad para suceder y la desheredación: en el marco testamentario (artículos 756, 852 y 853).

La mera lectura de este articulado pone de relieve que el Código Civil no contempla la negativa injustificada de los nietos a relacionarse con sus abuelos como un motivo que pueda desencadenar su desheredación, la revocación de una donación otorgada en su favor, o su exclusión de la obligación alimenticia a cargo de los ascendientes. Naturalmente es entendible que los abuelos se hayan podido sentir gravemente ofendidos por la conducta de sus nietos, y puede incluso que ello haya marcado su devenir vital tanto psíquica como emocionalmente; pero no debemos apartar la atención de que estamos ante normas sancionadoras, y como tales deben ser objeto de una interpretación restrictiva. En los tres casos nos encontramos ante una enumeración taxativa, ante un “*numerus clausus*”, por lo que debe rechazarse la aplicación sobre los mismos de la analogía o disquisiciones extensivas. El artículo 848 del Código Civil disuade cualquier liberalidad del intérprete:

*La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley*⁸⁶.

Podríamos pensar en una reforma del Código Civil que incluyese la negativa injustificada a relacionarse con sus abuelos por parte de los nietos como una causa específica de desheredación, de indignidad para suceder y de negativa a la prestación de alimentos.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1988. Ante una cláusula de desheredación no prevista en la ley, concluye “que tal causa de desheredación deberá estimarse por no puesta”.

Pese a lo llamativo que a priori pudiera parecer tal iniciativa legislativa, la descartamos por diversas razones:

*Un primer argumento sería la innecesaridad o falta de utilidad de la reforma. El legislador a la hora de plantearse modificaciones legales, sobre todo tratándose de normas que llevan aparejada una determinada sanción, debe escrutar el cuerpo social y ponderar con criterios objetivos si en efecto existe una masa ciudadana que reclama la introducción de cambios, o en el peor de los casos, debe asegurarse que éstos sean necesarios y provechosos para el desarrollo de una determinada normativa jurídica o institución de idéntica naturaleza. Como se suele decir, la realidad es tozuda, y nos hace ver con la práctica diaria que en la inmensa mayoría de los supuestos los nietos se relacionan sin trance alguno con sus abuelos, y que son por tanto una excepción aquellos que se niegan a ello de manera infundada. Si ya es difícil de por sí imaginar este comportamiento en los menores, más complicado resulta pensar que los abuelos respondan al mismo con repulsas hereditarias.

*Un segundo argumento sería la imposibilidad de interpretaciones extensivas. Las causas de desheredación y de indignidad, son las que son, las previstas en la ley, sin que quepa acudir a la analogía ni a interpretaciones en sentido lato que permitan su extrapolación más allá del tenor literal del texto. Como ya dijimos, la redacción del artículo 848 del Código Civil ataja cualquier intento de interpretación. Por consiguiente, el hecho de que los nietos se nieguen injustificadamente a mantener relaciones personales con sus abuelos no puede equipararse con un maltrato de obra ni con un acto injurioso o vejatorio que lesiona y menoscaba la estima de los ascendientes, en el modo y manera que contempla el artículo 853.2^º del Código Civil. Ni tampoco vemos razonable su inclusión en la norma como una causa separada, con identidad propia, porque ello supondría convertir la excepción en regla, lo extraordinario en ordinario, la hipótesis improbable en realidad cotidiana; y esto aplicado a normas que restringen derechos no podría ser calificado más que de un uso inapropiado y desmesurado de la técnica legislativa.

*Finalmente, un tercer argumento sería la singular naturaleza del derecho en cuestión. Las relaciones personales nietos-abuelos se constituyen como un derecho de los menores, no

como una obligación a su cargo, pues sólo adquiere tal carácter en los progenitores. Un derecho, sin su contrapunto obligacional, no puede ser objeto de cumplimiento coactivo, ya que su razón de ser reside en la voluntariedad; y el no ejercitarlo, no conlleva consecuencias jurídicas. En este punto los incumplimientos de los nietos no pertenecen a la esfera del derecho, sino a la ciencia de las buenas costumbres, a la moral, donde tiene jurisdicción únicamente el tribunal de la conciencia.

1.3. Incumplimiento provocado por los abuelos

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, reconoce por primera vez las relaciones personales entre nietos y abuelos, y frente al desprecio mostrado por anteriores legislaciones, ensalza las mismas como un derecho recíproco. El Código Civil, cuando se refiera a los abuelos, en algunas ocasiones lo hace como receptores de derechos y obligaciones, tal es el supuesto del artículo 103, en lo que se refiere al ejercicio por los abuelos de la custodia ordinaria de los nietos; y en otras ocasiones, lo hace únicamente como destinatarios de derechos, sin la presencia de otras sujeciones normativas.

El artículo 160 del Código Civil instituye un derecho, no una obligación, pues para el caso de no ser ejercitado no se prevé sanción que pueda forzar su cumplimiento. Claro que transmitir valores, principios vitales, experiencias, emociones y sentimientos supone un cierto grado de responsabilidad para los abuelos en relación con sus nietos, al ocupar una posición capital en el forjamiento de su personalidad, pero de ello no puede extraerse que contraigan un deber jurídico para con los mismos.

Cuando el legislador emprende la labor de regular el marco normativo de las relaciones personales entre nietos y abuelos en ningún momento tiene en mente el incumplimiento de los ascendientes, parte así del criterio lógico de que los abuelos, en el común de los casos, son los que muestran su voluntad de mantener unas relaciones cercanas con sus descendientes, siendo a su vez los que accionan ante los tribunales para materializar su derecho. Dando por supuesto con ello, de que en caso de existir oposición, ésta vendrá por el lado de los progenitores. Ciertamente por tanto, que los abuelos se nieguen a relacionarse con sus nietos cuando una resolución judicial así lo establece, no puede calificarse sino de un supuesto extraordinario, por infrecuente.

*¿Se puede obligar a los abuelos al cumplimiento de unas relaciones personales con sus nietos en contra de su voluntad?

Desde nuestro punto de vista no es admisible una relación personal impuesta. Los abuelos no contraen deber jurídico alguno de relacionarse con sus nietos, son titulares de un derecho que pueden o no ejercitar. La posibilidad de que en caso de incumplimiento se puedan imponer a los abuelos multas pecuniarias para ejecutar lo acordado judicialmente, en nuestra opinión, no es sostenible. Las relaciones personales entre nietos y abuelos se rigen por el principio insoslayable del “interés de los menores”, y éste viene integrado por una contribución efectiva y real a su desarrollo personal, a su estabilidad psíquica, a su tranquilidad de ánimo; difícilmente podemos predicar estas bondades de unas relaciones con sus abuelos cuando éstos no las desean, cuando no muestran aprecio, cuando las vacían de cariño y sentimiento verdadero. Las relaciones personales de los abuelos con sus nietos deben ser necesariamente beneficiosas para éstos, y de no ser así, hay que desterrarlas por contrarias a “natura et legem”.

La misma razón que explicamos en anteriores epígrafes en relación con los nietos, es la que reproducimos aquí con los abuelos: no es posible, por razón de incumplimiento, excluirles de su condición de alimentistas, ni de su condición de herederos forzosos, ni cabe contra ellos acción por daños y perjuicios.

Cosa distinta son los incumplimientos parciales, esto es, cuando los abuelos no cumplen en sus estrictos términos lo acordado en sentencia, o “cumplen a su manera”, o hacen una interpretación ventajosa para sí de la misma, a título de ejemplo y sin ánimo de agotar la casuística, podemos pensar: cuando no recogen ni entregan a los menores en los días fijados, cuando se extienden en las comunicaciones o estancias más allá del tiempo que le fue reconocido, o cuando llevan a cabo injerencias, que sin ser graves, si influyen en el ejercicio ordinario de la patria potestad. Para estas situaciones, aunque no se contempla una sanción específica, si entendemos aplicable por analogía la medida prevista en el artículo 776.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues aunque recoge la posibilidad del tribunal de modificar el régimen de guarda y visitas ante el incumplimiento reiterado de las mismas por parte del progenitor guardador como del no guardador, pensamos que

nada impide que pueda seguirse el mismo camino, y por consiguiente modificar las relaciones personales de los abuelos con sus nietos, cuando son ciertamente los primeros los que con sus incumplimientos periódicos las desnaturalizan.

Senda ésta que en todo caso es la que parece trazar el Código Civil, cuando al referirse al menor acogido el artículo 161 indica que este derecho *“podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor”*. Necesariamente el concepto de *“circunstancias”* engloba al de *“incumplimiento”*, y lo más a lo menos, o sea, la suspensión a la modificación. En suma, ante los incumplimientos parciales de los abuelos, doble consecuencia: *“modificación”*, que suele traducirse en una reducción de las comunicaciones y visitas; o *“suspensión”*, privación temporal hasta que las circunstancias desfavorables que han motivado la medida hayan sido superadas sin riesgo para los menores.

2. CONSECUENCIAS PENALES

Expuestas las consecuencias civiles derivadas del incumplimiento, o mejor dicho, las hipotéticas consecuencias, dado el silencio del Código Civil, resta saber si existe una responsabilidad penal nacida de este comportamiento. Es conocido que el derecho penal se rige por el principio informador de *“intervención mínima”*, que es lo mismo que decir que el derecho penal constituye la *“última ratio”*, el último recurso, y que por tanto sólo debe acudir a él cuando se vean atacados bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la sociedad, y cuando resulten ineficaces los demás medios de tutela y sanción. El Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dedica un título a los delitos contra la familia, el título XII, del libro II, bajo la denominación de <<Delitos contra las relaciones familiares>>, cuando el código anterior los incluía dentro <<De los delitos contra la libertad y seguridad>>.

El Código Penal, en su actual formato, no contiene disposición alguna en la que se haga referencia a las relaciones personales entre nietos y abuelos, ni por ende tampoco a que su quebranto conlleve la aplicación del poder punitivo del Estado. Debe quedar claro igualmente, en sintonía con la responsabilidad civil, que son únicamente los progenitores

los que asumen el deber de garantizar y fomentar las relaciones personales entre sus descendientes y sus ascendientes, de ahí que solo éstos ostentan a efectos penales la condición de sujetos incumplidores.

Partiendo de lo expuesto, sí que puede tener un reproche penal, tanto por la vía del delito como por la vía de la falta, la actividad de los progenitores de incumplir las relaciones personales entre nietos y abuelos establecidas en resolución judicial o convenio homologado judicialmente. In abstracto, pueden darse tres tipos penales:

1º) Una falta contra las personas. Artículo 618.2 del Código Penal

El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de diez días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

Aunque el Código utiliza la expresión “el que incumpliere”, sin constreñirla por tanto a los progenitores, debe entenderse dirigida a éstos, ya que son los únicos que pueden asumir obligaciones familiares en sentido estricto. El Código no recoge dentro del tipo penal los procedimientos que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil, de conformidad con el artículo 250.12º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero debemos recordar que tales derechos no solamente se logran por el cauce procesal específicamente establecido para ello en la ley rituarial civil, sino que también se pueden reconocer en los procesos de separación, divorcio, y de guarda, custodia y alimentos, tanto contenciosos como de mutuo acuerdo, siempre claro está que los abuelos hayan sido oídos y mostrado su conformidad.

El incumplimiento por los padres de las relaciones nietos-abuelos establecidas en sentencia o convenio colmarían a priori los elementos objetivos del tipo, restando para el acto del juicio la valoración de los elementos tendenciales. La Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de fecha 24 de Octubre de 2.008, indicó que:

Lo que se protege en el artículo 618.2 es la dignidad de los menores, sus derechos a la estabilidad familiar, al equilibrio en su desarrollo psico-afectivo, a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas (artículo 9 Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño),

y lo que se pretende con la intervención penal es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de "cosificación", de conversión en instrumentos arrojados de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, entre los progenitores.

A nuestro parecer, el texto penal también ampara las relaciones nietos-abuelos en cuanto obligación familiar, pues los progenitores están obligados no sólo a no impedirlos si no también a fomentarlos.

El artículo 618.2 dimana de la reforma producida en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. En la Exposición de Motivos de dicha norma se dice que la reforma del Código Penal, que a través de la misma se realiza, tiene como finalidad abordar nuevas necesidades, manteniendo los delitos de incumplimiento de obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales, y se incorpora una falta (la del artículo 618.2) para el caso de las conductas de ínfima gravedad, incluyendo en ella, "cualquier incumplimiento de obligaciones no sólo aquellas que tengan contenido económico".

Sin embargo, atendiendo al principio de intervención mínima, última ratio y subsidiariedad que preside el derecho penal, no todo incumplimiento es sancionable. La Audiencia provincial de Madrid, en Sentencia de 20 de mayo de 2013, marcó perfectamente los requisitos que deben concurrir:

El incumplimiento de los deberes familiares, para ser sancionable conforme al precepto citado, ha de tener como mínimo una cierta entidad, de modo que no cabe la sanción penal de un hecho aislado. Así lo han entendido, por otra parte, otras Audiencias Provinciales (p.ej., AP Zaragoza, Sec. 3ª S.ª 151/2006, de 19 de mayo ; AP Palencia, S.ª 86/2006, de 8 de mayo).

En segundo lugar, la conducta sancionable ha de responder a los criterios generales de los arts. 5 (exigencia de dolo o culpa), 12 (necesidad de tipificación expresa de las conductas imprudentes) del Código y a los principios de culpabilidad, imputación personal del hecho y personalidad de la conducta punible, de modo que nadie ha de ser responsabilizado por la conducta de otro.

Finalmente, hay que entender que la propia finalidad de la norma exige que la conducta punible vaya dirigida directamente a ignorar, obstaculizar o hacer ineficaz el cumplimiento de las obligaciones específicamente contenidas en el convenio o la resolución judicial, y que no sea posible incluir en el

tipo penal cumplimiento defectuosos u otras formas incompletas de infracción de los deberes familiares.

Sólo de este modo podría entenderse suficientemente precisa la tipificación legal y, con ello, suficientemente cumplida la garantía de seguridad jurídica derivada del principio de legalidad penal.

En cualquier caso, lo que no cabe es la subsunción del incumplimiento de las relaciones nietos-abuelos⁸⁷ en el tipo de la falta descrito en el artículo 622 del Código Penal⁸⁸, dado que este no menciona la expresión “visitas”, si no la de “custodia”; luego sólo puede ser víctima quien la ostenta. Debemos recordar que no es posible la interpretación analógica de los tipos penales.

2º) Una falta contra el orden público. Artículo 634 del Código Penal

Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de 10 a 60 días.

La diferencia entre esta falta y el delito sancionado en el artículo 556 del Código Penal es meramente cuantitativa, reside en la intensidad con la que aparece en el supuesto concreto la negativa al cumplimiento. El tipo se colmaría con una actitud de rebeldía de baja intensidad. En la práctica, cuando el juez de familia da el paso de deducir testimonio contra los progenitores por hechos de esta naturaleza, lo hace cuando se han practicado

⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de mayo de 2013: “La conducta que se declara probada en la sentencia recurrida no admite su subsunción en el art. 622 del Código Penal por el que se condena a la denunciada apelante. En dicho precepto se tipifica penalmente la conducta de *los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa*. En la sentencia civil en la que se estableció el régimen de custodia de la hija menor del matrimonio formado por el denunciante y la denunciada, la *custodia* de la menor se atribuye a la madre. Por ello, la conducta de ésta, al infringir el régimen de visitas establecido a favor del progenitor a quien no se atribuye la custodia, no supone infracción alguna al régimen *de custodia* del menor. Debe señalarse que el art. 622 del Código Penal, como cualquier precepto en el que se describan tipos penales, no puede ser objeto de una interpretación extensiva; no debiéndose extender a conductas no previstas taxativamente en el tipo penal. Por ello, tipificándose en el art. 622 la infracción del régimen *de custodia* de los hijos menores, no pueden comprenderse en dicho precepto la infracción del régimen de visitas y *comunicación* del progenitor a quien no se le ha atribuido la custodia de los hijos. En consecuencia, los hechos declarados probados en la sentencia recurrida no son constitutivos de la falta del art. 622 del Código Penal por la que viene condenada en la sentencia recurrida la denunciada apelante, por lo que debe absolverse a la denunciada respecto de dicha falta”.

⁸⁸ Artículo 622 del Código Penal: “Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses”.

múltiples requerimientos de cumplimiento con resultados infructuosos; de ahí que en este ámbito la falta sea más una posibilidad que una realidad. A decir verdad, por el camino de la falta se podrían encauzar aquellos comportamientos, que sin ser contumaces en incumplimiento, sí que lo facilitan sistemáticamente con el propósito de minar los derechos de nietos y abuelos.

3º) Un delito de desobediencia. Artículo 556 del Código Penal

Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

Los bienes jurídicos protegidos por la desobediencia grave del artículo 556 del Código Penal son el principio de autoridad y el principio de orden público. La conducta, en el caso que nos ocupa, significa un incumplimiento de una orden o mandato con el ánimo de desprestigiar el principio de autoridad judicial.

El tipo penal exige para su comisión que se den determinados elementos:

a) La existencia de un mandato concreto y legal dictado por la autoridad judicial en el ejercicio de funciones y en el marco de sus competencias. Para que se consuma este delito es necesario que el juez de familia haya requerido en varias ocasiones (no menos de dos) al progenitor o progenitores para que cumplan con las relaciones personales nietos-abuelos; la orden debe revestir precisión, debe estar claramente definida, no debe dejar margen a la ambigüedad. No surgirá el deber correlativo de acatamiento si el que ordena no es competente o el mandato no reviste las formalidades legales.

b) Que la orden se notifique a quien la debe obedecer con claridad y contundencia; y en todo caso, con las advertencias de las consecuencias que pueda tener su incumplimiento. Los errores en la notificación que hayan podido privar al sujeto activo de conocer el alcance de su conducta impedirán la apreciación de la infracción penal. Los progenitores deben tomar conciencia de que están incumpliendo una resolución judicial y que ello les puede deparar graves consecuencias penales.

c) Que por parte de quien debe cumplir la orden haya una actitud de abierta negativa al cumplimiento de lo que se le ordena, de renuencia firme. Para que los progenitores sean

condenados se exige probar en los mismos una voluntad persistente y reiterada de oposición.

Si la conducta de los progenitores es consecuencia de la negativa de los menores a relacionarse con sus abuelos, o concurren otras razones igualmente fundadas, normalmente de tipo médico o psicológico, que justifican el no cumplir el régimen de relaciones personales o no facilitarlos, la conducta no caería dentro del tipo penal al no cumplirse los elementos subjetivos propios del mismo.

El juez, en cualquier caso, debe velar porque se cumpla la resolución en sus propios términos, debe evitar que los progenitores sustituyan las razones justas que impiden las relaciones personales por otras caprichosas, y debe frenar en definitiva la utilización de artimañas para hacer inoperante o vaciar de contenido el pronunciamiento judicial.

3. EJECUCIÓN FORZOSA

Si en los apartados anteriores hemos centrado el foco del estudio en el incumplimiento y sus consecuencias, entendemos que merece un tratamiento separado el valorar si esta actividad incumplidora de los nietos puede ser contestada mediante la ejecución forzosa. Para ello consideramos necesario distinguir tres etapas dentro del iter vital de los menores:

- a) La situada entre el nacimiento y los siete años.
- b) La situada entre los siete y los doce años.
- c) La situada más allá de los doce años.

Al configurar la posición de los menores en relación a sus abuelos como un derecho de los nietos, y no como un deber, nos debemos preguntar: ¿cuándo este derecho adquiere su verdadera dimensión?, ¿cuándo se despliega?, está claro que en la primera etapa de la vida los menores no tienen la suficiente capacidad para comprender la complejidad de las relaciones personales; en la segunda, están en posición de valorar si desean o no mantener relaciones con sus abuelos, pueden tener ya un cierto criterio, pero se viene a entender que éste no responde a una decisión fundada y libre, que tiene que ser tutelado;

en la tercera, en cambio, hay una transformación, los menores están en puertas de la pubertad, pueden comprender lo que les rodea, pueden fijar opiniones, deben ser oídos en lo que les atañe, en definitiva su sentir ya cuenta.

Hasta los doce años, los menores tienen el derecho, pero está latente, carecen de entendimiento para comprender su alcance. Que es tanto como decir, que el derecho de los abuelos, que no deber, prevalece y domina sobre el derecho de los nietos. El vuelco se produce a los doce años, en esta edad ya se presume suficiente juicio, y el derecho de los nietos supera al de los abuelos, se coloca por encima, y ello es así porque al recíproco y voluntario ejercicio, debe añadirse en el caso de los menores su propio interés, como principio rector que lo inspira todo, desequilibra la balanza por ser más digno de protección.

En todas las cuestiones de familia la ejecución forzosa resulta complicada, y por supuesto la temática de las relaciones personales nietos-abuelos no es una excepción. La dificultad deriva no sólo de lo arduo de aunar voluntades e intereses, a veces manifiestamente contrapuestos, sino además de la carencia de una regulación específica que acometa el problema de la ejecución desde unos parámetros estables, o al menos que sirvan de punto de referencia. Nos batimos en el terreno de la indefinición, y cuando de menores se trata, no parece ser este el escenario más propicio.

Si los menores cuentan con una edad inferior a los doce años, aunque su deseo sea nítidamente contrario al mantenimiento de unas relaciones personales con sus abuelos, su parecer sin embargo no es determinante. El juez, en caso de que no se cumpla el régimen de relaciones personales acordado en sentencia, por negativa frontal de los menores, una vez solicitado el despacho de ejecución, tiene en su mano varias alternativas:

a) Una primera podría ser la de requerir de cumplimiento a sus progenitores. En este supuesto la labor de éstos respecto de los menores será la de concienciarlos de la obligatoriedad de la conducta que se les impone, la de explicarles que no hay otras alternativas posibles, así como, por muchas que hayan sido las discrepancias mostradas en el proceso, la de realizar una terapia en positivo en favor de la relación con sus abuelos,

descartando cualquier valoración desaprobadora que pueda afianzar sus objeciones. Aunque sea en fase de ejecución, la autoridad judicial no debe cesar en el empeño de que progenitores y abuelos convengan soluciones para evitar a los menores perjuicios innecesarios.

b) Una segunda podría ser la decisión del juez de oír a los menores. Esto no es una práctica habitual cuando se tiene una edad inferior a los doce años, pero sin duda es un recurso que tiene a su disposición la autoridad judicial para comprobar de propia mano los motivos reales que sustentan sus recelos. El juez deberá exponerle a los menores, en lenguaje comprensible para su edad, por qué se ha decidido lo que se ha decidido, y por qué se ha interpretado que las relaciones con sus abuelos les pueden ser beneficiosas. La práctica nos dice que la intervención del juez en tal sentido suele dar buenos resultados.

c) Una tercera podría ser la de someter a los menores a un tratamiento psicológico en el tiempo. Esta medida exige que por parte de los profesionales designados se trabaje en la psique de los menores, exige profundizar en los verdaderos motivos que condicionan su comportamiento, y exige buscar las soluciones más viables para dar debido cumplimiento a la resolución judicial.

d) En última instancia, si pese a todos los esfuerzos no se consigue flexibilizar su postura, y como último extremo, deberá acudir al empleo de la fuerza. Cuando hablamos de la ejecución forzosa del régimen de visitas en las relaciones paterno-filiales, en el marco del artículo 94 del Código Civil, la propia naturaleza de la patria potestad, la filiación con todas las connotaciones que supone, y la innegable necesidad de que los menores tengan relaciones con sus progenitores no custodios, refuerza la decisión de que en determinadas circunstancias no quepa más remedio que acudir a la ejecución forzosa. Pero cuando nos referimos a las relaciones personales entre nietos y abuelos, a duras penas podemos defender esta postura, parece como si el derecho de los abuelos no fuera suficiente para doblegar la voluntad de sus nietos, como si lo de forzar las relaciones no fuera tan necesario, como si por muchos que sean los beneficios éstos no compensaran ante el riesgo que se asume. En esta área la autoridad judicial debe actuar con sumo cuidado, el camino de la prudencia es el único despejado, no deben precipitarse las decisiones. El

empleo de la fuerza es una opción, pero no es la mejor de las opciones, sino manifiestamente la peor. El interés de los menores obliga al juzgador a ser especialmente meticuloso en el análisis de las consecuencias que pueden derivarse de sus decisiones, y a la mínima comprobación de que este interés está comprometido, debe actuar en dirección contraria, rectificando o suspendiendo la aplicación de lo sentenciado hasta que se den las circunstancias que permitan su cumplimiento.

Lo dicho hasta ahora sirve para menores de entre siete y doce años. Los que ostenta una edad inferior a los siete no plantean estas dificultades, al ser su voluntad fácilmente manejable y claramente dependiente de la de sus progenitores. Si sus padres les dicen que tienen que ir a ver a sus abuelos, irán sin duda a verles.

En los mayores de doce años el tratamiento es claramente diferenciado, pero esta edad es un límite imaginario, en tanto que la ley no lo fija como tal. El Código Civil nos habla de distintas edades al referirse a la capacidad para realizar determinados actos jurídicos: los artículos 20 b), 23, 48, 662 y 663, de los 14 años; los artículos 157, 164.3, 317, 320 y 321, de los 16 años. Sin embargo en los artículos 156, 177.3º y 231 del Código Civil, así como el artículo 770, regla 4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se utiliza el axioma siguiente *“si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años”*; expresión que también utilizaba el artículo 92 del Código Civil y el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes de la modificación operada por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Esta redacción utilizada por la ley viene a indicar dos cosas:

- a) Que puede haber menores de doce años que hayan adquirido suficiente juicio.
- b) Que debe presumirse su presencia *“en todo caso”* a partir de esta edad.

La Ley de Enjuiciamiento Civil sólo se refiere a la ejecución forzosa en el artículo 776, sin que en tal precepto se haga alusión alguna a la edad, que tal como hemos resaltado anteriormente sólo se hace notar por el legislador cuando regula los procesos matrimoniales y de menores, y más concretamente en el artículo 770, regla 4ª, al hacer mención a las pruebas que pueden practicarse en los procedimientos de naturaleza contenciosa. Sintetizando: si estamos ante procesos contenciosos, y se estima necesario

de oficio o a petición del fiscal, partes o miembro del equipo técnico judicial o del propio menor, oír a los menores, se oirán si tuviesen suficiente juicio, y en todo caso los mayores de doce años; si estamos ante procedimientos de mutuo acuerdo, o presentados por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, se oirá a los menores si tuviesen suficiente juicio y cuando se estime necesario.

El Código Civil al regular las relaciones nietos-abuelos en los artículos 160 y 161 de su texto, nada dice acerca de la edad, ni del derecho de los menores a ser oídos. Pero si nos enfrentamos a un problema de ejecución, fruto del hecho de que los menores se niegan a relacionarse con sus abuelos, contraviniendo una resolución judicial, estos dos factores necesariamente deben entrar en juego.

La Exposición de Motivos de la Ley de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996, de 15 de enero) resalta cómo la Convención sobre los Derechos del Niño:

Marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

Y cómo:

El concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo el ejercicio directo de sus derechos.

Debemos subrayar además, que la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, contempla en el artículo 12.1 lo siguiente:

Los estados partes garantizan 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.

Añadiendo el nº 2 del mismo precepto que:

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Y en consonancia con esta normativa internacional, el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, dice que:

El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

La conclusión que se alcanza de este desarrollo normativo es que estamos en presencia de un verdadero derecho de los menores, que debe materializarse con independencia del proceso en el que éstos se encuentren inmersos, y que se configura como un verdadero derecho fundamental, del que la propia ley orgánica sólo permite prescindir en dos situaciones: a) *“cuando ello no sea posible”*; y b) *“cuando no convenga al interés del menor”*, lo que en modo alguno no impide que se conozca su opinión, pues podrá obtenerse a través de sus representantes legales o a través de personas que por su profesión o relación de especial confianza puedan transmitirla objetivamente.

El “suficiente juicio” está implícito en los mayores de doce años. Si los menores, alcanzada esta etapa, no quieren ver a sus abuelos ni relacionarse con ellos de ningún otro modo, para el caso de que no hayan sido oídos en el procedimiento, deberán ser escuchados en fase de ejecución y así verificar el sentido de su pensar. A partir de esta edad la vía de la ejecución forzosa se difumina, los menores ante un mayor grado de madurez y de capacidad de discernimiento fortalecen y refuerzan su derecho, a la vez que se debilita el de sus abuelos. Recurrir a la ayuda de terceros que puedan limar las asperezas, o al auxilio psicológico profesional, ya no es una alternativa más, sino la única posible. Acudir en estas edades a entregas obligadas, incluso con presencia policial, es una equivocación que choca contra todos los principios que inspiran la legislación sobre los menores y que puede causarles graves trastornos de difícil superación.

Razonamientos que entendemos responden al auténtico espíritu que preside la Ley de Protección Jurídica del Menor, cuando en su Exposición de Motivos nos hace ver que el ordenamiento jurídico:

Va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de 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.

CAPÍTULO V. LOS MENORES EN SU CONTEXTO GLOBAL DE RELACIÓN. INCIDENCIA EN LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS.

“Durante la mayor parte de su desarrollo la Humanidad vivió principalmente en sociedades en las que los grupos basados en el parentesco eran sus unidades constitutivas. La seguridad y la riqueza de un hombre, su propia vida e incluso su posibilidad de inmortalidad se hallaban en manos de sus parientes. Un hombre <sin parientes> era, en el mejor de los casos, un ser sin posición social, en el peor, un hombre muerto. Incluso nuestra sociedad, con vínculos familiares relativamente escasos, no ha conseguido despojarse de esa sabiduría, lentamente acumulada y casi innata, de la sangre. Si en nuestra naturaleza es fundamental confiar en lo familiar y temer a lo extraño, entonces quienes comparten nuestra sangre comparten algo de nosotros mismos, y así ocurre por definición con los más allegados”⁸⁹.

Reproduzcamos nuevamente el contenido del artículo 160 del Código Civil:

Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto por resolución judicial.

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.

El legislador utiliza la expresión “parientes y allegados” inmediatamente después de haber aludido a los abuelos, pero a diferencias de éstos, que son fácilmente identificables sin mayores reseñas, no define tal locución ni la persona o personas que están integradas en la misma.

⁸⁹ FOX (2006), p. 15

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “pariente”: “respecto de una persona, se dice de cada uno de los ascendientes, descendientes y colaterales de su misma familia, ya sea por consanguinidad o afinidad”⁹⁰.

“Allegado”: “dicho de una persona, se dice de la cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza”⁹¹.

Analicemos por separado ambas figuras:

1. PARIENTES

Para LACRUZ BERDEJO⁹², el parentesco “es la relación que existe entre dos personas por descender la una de la otra o tener un ascendiente común (consanguinidad), o por ser la una consanguínea del cónyuge de la otra (afinidad). El parentesco puede ser de sangre o de elección: dentro del de sangre, matrimonial y extramatrimonial (según tenga su base en el matrimonio o fuera de él); y asimismo de vínculo doble y de vínculo sencillo, según sea por parte del padre y de la madre o de uno solo de ellos”.

DIEZ-PICAZO y GULLÓN⁹³ lo entienden “como la cualidad recíprocamente atribuida a dos personas ligadas entre sí por la existencia de un ascendiente común o por el matrimonio de alguno de los miembros de una familia con el de la otra. El parentesco se clasifica doctrinalmente en parentesco de consanguinidad y de afinidad. Es parentesco de consanguinidad aquel que se establece entre personas que tienen un ascendiente común (padre, abuelo, bisabuelo..etc). Es de afinidad aquel que se establece entre un cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro (p.ej, suegros, cuñados..etc). Desde el punto de vista jurídico, no existe parentesco recíproco entre los que son simplemente consanguíneos de cada uno de los cónyuges (p.ej los llamados consuegros, concuñados..etc). Además la doctrina admite la existencia de un parentesco legal y de un parentesco espiritual; el parentesco legal es el nacido de la adopción; el parentesco

⁹⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda Edición (2001).

⁹¹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda Edición (2001).

⁹² LACRUZ y otros (1990), p. 43.

⁹³ DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2008), pp. 45 y 46.

espiritual, que no tiene reflejo en el Derecho positivo español, se utiliza únicamente en la medida en que lo refleja el Derecho canónico y se da entre los padrinos del bautismo y los llamados ahijados”.

El Código Civil contiene referencias a los parientes, y a la relación de parentesco, en distintos preceptos:

-En el título sexto, del libro segundo, al referirse a los alimentos entre parientes (artículos 142 a 153)

-En los artículos 160 y 161, dentro de las relaciones paterno-filiales

-En el artículo 751, a la hora de regular las estipulaciones hereditarias.

-En los artículos 915 a 958, dentro de la sucesión intestada.

Los artículos 143 y 144 del Código Civil determinan qué personas están sujetas recíprocamente a darse alimentos y el orden de prelación entre los mismos; en tanto que los artículos 930 y siguientes del Código Civil identifican los herederos intestados y su orden de llamamiento a la herencia del difunto.

Empero, el artículo 160 del Código Civil mantiene un absoluto silencio. Al utilizar la expresión “otros parientes” se auxilia de un concepto poco preciso, y con ello impide determinar con seguridad quiénes son efectivamente estas personas y las generaciones o grados que la integran. El legislador, en el momento de dar redacción a este precepto, tenía meridianamente claro lo que era importante regular, y lo que no lo era tanto, tenía perfectamente interiorizado que las relaciones personales entre nietos y abuelos son singulares, que son privilegiadas, y, que deben predominar sobre las del resto de familiares; a ellos se dirige y con ellos rubrica la ley, rescata a los abuelos de la categoría genérica de “parientes”, y en lo tocante a éstos, figuran como añadidura, como una expresión residual para cerrar el círculo de protección de los menores. Tanto es así que el legislador olvida incluir a los parientes y allegados en la previsión contenida en el último párrafo del artículo 160, como si no fuera necesario establecer cláusulas <<ad cautelam>> para que el resto de parientes o allegados no infrinjan las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores. Da a

entender el legislador, que si la petición de los nietos o abuelos de mantener relaciones personales entre ellos ya es excepcional, la propuesta en relación al resto de parientes y allegados, lo es aún más.

Aunque en la práctica no hemos detectado casos de reclamación de relaciones personales con los menores más allá de las pretendidas por sus tíos, tercer grado en línea colateral, nada impide que sigamos en este punto la normativa contenida el artículo 954 del Código Civil para la sucesión intestada, extendiendo el derecho de los menores a relacionarse con sus parientes hasta el cuarto grado en línea colateral. Y en dirección opuesta, si son los primos hermanos los últimos parientes en heredar al difunto, no hay base jurídica sólida para defender relaciones más allá de esta generación⁹⁴.

Como hemos adelantado, el artículo 160 del Código Civil antepone en su redacción a los abuelos frente al resto de parientes en las relaciones personales que puedan entablar con los menores, pero aunque resulte paradójico, no es posible deducir de aquí un orden de prelación ni de exclusión. Si el legislador no lo hizo, es porque no estaba en su “mente” hacerlo; optó por la flexibilidad frente al rigorismo normativo.

El fundamento de las relaciones personales de los menores con sus parientes, incluidos los abuelos, no está en la proximidad de parentesco, que de ser así supondría un orden de llamamiento del pariente más cercano frente al más remoto, con descarte del resto al concurrir uno preferente, si no, como ya recalcamos en las primeras disertaciones de esta tesis, en el interés de los menores, en el beneficio que estas relaciones pueden aportarles en su desarrollo personal. La consecuencia no es trivial: ante una hipotética coincidencia del derecho de unos y otros, si el interés de los menores deja ver que las relaciones con sus colaterales son más provechosas para ellos que las que puedan entablar con sus abuelos, dentro de la compatibilidad de ambas, las primeras prevalecerán respecto de las segundas. Pensemos en unos abuelos que han tenido escaso contacto con sus nietos

⁹⁴ O'CALLAGHAN (1997), p. 377. “La Novísima Recopilación llamaba a la sucesión intestada en los colaterales hasta el cuarto grado. La Ley de mostrencos, de 16 de mayo de 1835, elevó el llamamiento de la sucesión intestada al décimo grado entre colaterales. El Código Civil en su redacción original, y hasta su modificación por Real Decreto-Ley de 13 de enero de 1928, fijaba el límite de suceder entre los colaterales en el sexto grado”.

frente a unos tíos que lo han tenido a diario. La Ley pretende fortalecer la posición de los abuelos, alzarla frente a otros parientes, pero con el texto de la ley en la mano, la primacía de los abuelos en algunos casos puede ser efímera, “ex pluribus unum”. De todas formas el legislador no disponía de otro camino por el que transitar, el Código Civil, en cuanto ley ordinaria, ocupa inferior rango frente a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y aquí el mensaje es cristalino: el interés del menor es un principio general que está por encima de cualquier derecho o vicisitud.

Las relaciones personales entre sobrinos y tíos se pueden exteriorizar de dos formas: una, de manera independiente al resto de parientes, siendo generalmente los tíos los que accionan en la defensa de su derecho⁹⁵;

y otra, cuando se fusionan con las pretensiones que con igual propósito emprenden los abuelos.

Si los tíos y abuelos son de la misma rama familiar, y demandan conjuntamente, y comparten asimismo domicilio, las relaciones con los menores se confunden como si de una sola se tratara, el tiempo será uno, no caben duplicidades⁹⁶. Si los ascendientes y colaterales son de distinta línea, o siendo de la misma, no conviven juntos, su derecho adquiere por separado sustantividad propia, sin yugo alguno.

⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 14 de diciembre de 2012. Después de razonar que en relación con este tipo de controversias se pone de relieve la necesidad de mantener los contactos entre los menores y los parientes más alejados, revoca la sentencia de instancia y fija para el demandante, tío del menor, un régimen de visitas con su sobrino de 4 años, que consistirá en tener al menor en su compañía los miércoles alternos desde las 17 horas hasta las 19 horas, recogiénolo en el colegio y retornándolo a su domicilio, excluyéndose los días festivos que coincidan en ese día, que se pasará al siguiente, y en cuanto al fondo, significa: que “en el caso que nos ocupa, la única razón por la que se deniega el derecho del tío del menor para relacionarse con el mismo, se funda en que no lo conoce, que ni siquiera tienen relación con su propio progenitor y que tan sólo tienen dos años de edad. Pues bien, ninguna de las razones son atendibles a tenor de la doctrina antes expuesta, ya que resulta irrelevante que el menor conozca o no a su padre, ya que de lo que se trata es que se relacione con parientes allegados como es su tío”.

⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 24 de febrero de 2011. Confirma la sentencia de instancia que establecía un régimen de visitas a favor de los abuelos y tíos que se desarrollará en el PEF, en régimen tutelado de dos horas semanales el día y hora que se fije en el PEF, y agrega que no debe olvidarse que a quien se le otorga esa posibilidad de relación es a los abuelos y tíos de la menor, y esa condición les legitima salvo causa acreditada a mantener relación con sus nietos y sobrinos”.

2. ALLEGADOS

Si ya al referirnos a los “parientes” hablábamos de que el legislador se ayudó de un término poco preciso, dadas las variaciones conceptuales que ha sufrido a lo largo de la historia, y porque además está vinculado a la idea de familia, que también ha ido evolucionando con el paso del tiempo; el vocablo “allegados” solo puede calificarse de abstracto. Y decimos abstracto porque su construcción es teórica, y en consecuencia está desprovista de puntos de referencia normativos en torno a los sujetos que conforman tal categoría, la palabra “allegados” aparece por primera y única vez en el artículo 160 del Código Civil.

SANCHO REBULLIDA sostiene que: “El término allegado carece de una significación jurídica unívoca; parece que, no existiendo justa causa para impedir esta comunicación, el simple interés del menor o del tercero por tenerla ya convierte al tercero en allegado”⁹⁷.

Ante la ausencia de un concepto legal tenemos que acudir a la acepción contenida en el diccionario, la cual, fruto de la cambiante realidad del idioma, marca un amplio recorrido, que va desde la proximidad de una persona a otra en parentesco, pasando por la amistad, el trato o la confianza. Este significado académico nos sugiere una distinción entre dos grupos de allegados:

a) En primer lugar, los que tienen con los menores un especial vínculo desde su nacimiento, es decir, los unidos por vínculos de sangre.

El parentesco, aparece y desaparece, los parientes lejanos, más allá del cuarto grado en línea colateral, que no hayan conseguido relaciones personales con los menores con los que mantienen un ascendiente común, pueden lograrlo como “allegados”.

b) En segundo lugar, los que tienen con los menores un especial vínculo sobrevenido. Aquí caben a su vez varias realidades:

-El vínculo religioso

⁹⁷ REBULLIDA, en LACRUZ, ob cit, p.247.

- El vínculo fruto de la amistad
- El vínculo producto del trato o de la confianza
- El vínculo de haber convivido con los menores en el hogar familiar.

El vínculo religioso.

El denominado “parentesco espiritual” se produce entre los padrinos del bautismo y los ahijados. El código de derecho canónico dedicada a los padrinos los cánones 872 a 874, regulando que la función de la madrina o del padrino consiste en: *“Asistir en su iniciación cristiana al adulto que se bautiza, y, juntamente con los padres, presentar al niño que va a recibir el bautismo y procurar que después lleve una vida cristiana congruente con el bautismo y cumpla fielmente las obligaciones inherentes al mismo”*. Es frecuente que los padrinos formen parte de la familia extensa de los menores, pero también lo es que no pertenezcan a ninguna línea de parentesco, ni cercana ni lejana; en este último caso suele recaer esta condición en personas “próximas” a los progenitores, fundamentalmente por razones de amistad.

La mera condición de padrino o de madrina no da derecho a interesar relaciones personales con los ahijados, hay que demostrar además que ese vínculo religioso no se ha quedado en la formalidad, que ha cuajado en compromiso, en confianza, en buenas relaciones, en suma, que ha sido importante para el desarrollo de los menores y que puede seguir siéndolo en el futuro.

Los padrinos, aunque hayan fraguado unas relaciones personales consistentes con sus ahijados, prefieren por lo general mantenerse en un segundo plano y no inmiscuirse en la crisis familiar⁹⁸. Sin embargo, en algunas ocasiones participan en los conflictos familiares como “personas de confianza”, para colaborar en la recogida y reintegro de los

⁹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 22 de julio de 2011. Y Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, de 14 de septiembre de 2001.

menores⁹⁹; y son afortunadamente residuales los supuestos en los que se exceden en sus cometidos¹⁰⁰.

El vínculo de la amistad

“La amistad no es otra cosa que un acuerdo pleno en todas las cosas divinas y humanas en combinación con el afecto y el cariño: no sé si puede haber algo mejor que le haya sido dado al hombre por los dioses y mortales, excepción hecha de la sabiduría. La amistad incluye muchísimas cosas: donde quieras que vuelvas la mirada, allí la encuentras disponible, no está fuera de ningún lugar; nunca es inoportuna ni molesta. Así, no utilizamos el agua y el fuego, como suele decirse, en más situaciones que la amistad. En efecto, la amistad hace más espléndidas las situaciones favorables, y las adversas, al compartirlas y comunicarlas, más livianas”¹⁰¹.

La amistad, en su sentido más noble, es colaboración, apoyo, intimidad y familiaridad, es dar sin esperar a recibir. Sobre estos perfiles puede construirse una participación del amigo en la vida familiar, en la crianza de los propios hijos: hablamos de un amigo que “echa una mano” cuando se le necesita, que a veces lleva a los menores al colegio, o los recoge, o se queda con ellos durante un viaje de los progenitores, o que les ayuda en sus estudios; en definitiva un amigo al que los pequeños admiran y respetan, y que les brinda afecto y protección. Ni que decir tiene que este amigo es sin duda un “allegado” al que los menores no tienen porqué renunciar.

El vínculo del trato o de la confianza

Sin duda los vecinos, por compartir el mismo espacio físico, o uno próximo al nuestro, en ocasiones se convierten en unos miembros más de la familia -incluso por delante de

⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de marzo de 2010. Y Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 14 de enero de 2004.

¹⁰⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 26 de mayo de 2011, donde se critica el excesivo protagonismo de los padrinos “quienes se deben limitar a apoyar el cuidado del menor sin pretender asumir papeles o roles que a ellos no les corresponden, ni tomar actuaciones susceptibles de interferir el vínculo del menor con sus padres”.

¹⁰¹ CICERÓN: *Sobre la amistad*, clásicos de Grecia y Roma, Alianza Editorial 2009, pp. 119 y 120.

aquellos que lo son por propio derecho-, en personas perfectamente conocedoras de nuestras preocupaciones y necesidades. No es nuestro cometido enfatizar en el vecino que nos auxilia con la sal o el que nos deja una herramienta para reparar algún desperfecto en la vivienda, nos interesan aquellas relaciones de vecindad que ahondan en lo humano, en la esfera íntima y personal, en la colaboración desinteresada y comprometida, en la que forja sólidas amistades y en la que confluyen vivencias. Todos conocemos casos, o hemos sido protagonistas en primera persona, de vecinos que tienen hijos de similar edad a los nuestros, y de cómo esta proximidad lleva a los menores a asistir a la misma guardería o escuela, a jugar juntos, y, a comer, cenar y dormir alternativamente en los respectivos domicilios.

Cuando los vínculos sobrepasan los lindes de las ordinarias relaciones de vecindad, y adquieren la intensidad y trascendencia descrita, se integran en el concepto de “allegados” del artículo 160 del Código Civil. En este escenario es cuando surge el derecho recíproco a mantener relaciones personales, de los menores a relacionarse con éstos allegados y de los allegados con ellos.

No hemos encontrado en la jurisprudencia ningún espejo de esta cuestión, por lo que una vez más viajamos por dimensiones desconocidas. Sin embargo las opciones que pueden presentarse en la práctica son fundamentalmente tres, según quien sea la persona o personas que soliciten la instauración de las relaciones personales:

- 1-Cuando lo soliciten los menores respecto de los cuales se va a determinar sus relaciones personales.
- 2-Cuando lo soliciten los vecinos mayores de edad.
- 3-Cuando lo soliciten los hijos menores de edad de los vecinos.

Si bien todos los supuestos tienen pocas posibilidades de darse, sin duda el primero es el que tiene mayor potencial de realismo. Es perfectamente posible que las relaciones mantenidas por los menores con sus vecinos hayan sido tan vividas, tan intensas, que les hayan marcado su infancia; y es también perfectamente posible, que ante una crisis familiar, su deseo de que no desaparezcan tales relaciones no obedezca a un capricho, sino a una necesidad definida, a un anhelo de no perder referentes vitales, de estar más

protegidos. Y no es desatinado tampoco pensar que puedan preferir estas relaciones frente a otras que se le imponen por razones de parentesco. Aquí, encontrar el verdadero interés de los menores, podría dar lugar a más de una sorpresa.

El vínculo de haber convivido con los menores

Si verdaderamente hay una circunstancia que permite crear lazos entre las personas lo suficientemente fuertes para condicionar su devenir vital, ésta es sin duda el hecho de ser miembros del mismo hogar familiar. La vida bajo un mismo techo nos aporta experiencias compartidas, refuerza nuestros sentimientos, genera confianzas, y estimula la dependencia en nuestras relaciones personales; y es aquí, precisamente, donde tiene su encaje una nueva concepción de “allegado”, el marido, pareja o compañero sentimental del progenitor de los menores. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 22 de abril de 2008, posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de mayo de 2011, la cual analizando una pareja de hecho del mismo sexo, recogió un régimen de visitas con el menor a favor de la madre no biológica.

Queda claro, pues, que aunque el proceder acostumbrado es que los menores se relacionen principalmente con sus abuelos, atrevido y equivocado sería afirmar que con la sola presencia de los ascendientes se colma su interés, ya que de modo semejante también el resto de parientes y allegados pueden contribuir eficazmente a este fin, “el summum bonum minoris”.

3. EL SÍNDROME DEL MENOR AGOTADO

En epígrafes anteriores, analizamos las distintas relaciones que pueden entablar los menores en el marco del artículo 160 del Código Civil: con sus abuelos, con sus parientes, y, con sus allegados. Hemos puesto igualmente la atención, en que el código no establece entre estas personas, o entre estos grupos -en alusión a los dos últimos-, ningún orden de prelación ni de exclusión, al contrario, utiliza expresiones que por su amplitud pueden

englobar a múltiples destinatarios. Digamos que el legislador hizo la escalera y colocó los peldaños, pero no indicó la dirección, si era de subida o de bajada.

El legislador reconoció el derecho de todos: menores, abuelos, parientes y allegados; pero en esta faena eludió deliberadamente el rigor y lo domeñó a la flexibilidad, al criterio judicial, a la valoración del caso concreto. Da la impresión de que en la “mens legislatoris” sólo tenía cabida una eventualidad: que las relaciones de los menores se instaurasen sólo con sus abuelos, o sólo con sus parientes, o sólo con sus allegados; no pensó en otras contingencias, como en la colisión de derechos de unos y otros.

Los menores suelen tener dos parejas de abuelos, y al mismo tiempo también pueden tener tíos, primos, parientes lejanos, y otras personas por las que sientan especial estima. Imaginemos a título expositivo varios supuestos:

*Padres que viven divorciados, y dos menores de 8 y 10 años, que pese a la oposición de sus progenitores, desean mantener relaciones personales con sus abuelos, paternos y maternos, así como con sus cuatro tíos, existiendo en todo caso mala relación inter-familiar.

*Padres que fallecen en un accidente, sobreviviendo sus dos hijos de 8 y 10 años, existiendo una disposición testamentaria de los progenitores nombrando tutor a persona que no es ninguno de los parientes, pidiendo los menores relacionarse con todos sus abuelos, con sus tíos, y con sus primos, así como con la madrina de uno de ellos, con la cual, en vida de sus padres, pasaban quince días de vacaciones en verano.

Ambos ejemplos son hipótesis, pero perfectamente dables en la realidad, la vida se enreda, y a veces lo hace más en sí misma que sobre el papel. La nota esencial es el deseo firme de los menores de no desarraigarse, condimentado en el segundo caso con la presencia de dos personas ajenas a la propia familia, el tutor y la madrina. Los menores en estos casos, sobre todo en el segundo, motivados por una sensación de pérdida, pueden canalizar su desesperanza de diversas maneras, pero desde una posición de extremos, podrían adoptar dos actitudes fundamentales: o bien aislarse de todo lo que les rodea, o bien, iniciar una empresa prometeica consistente en mantener relaciones personales con

todas aquellas personas que han significado algo en sus vidas y que en cierta manera les pueden aportar cariño y protección.

Cuando ante este crisol de opciones los menores toman partido por mantener extensas relaciones personales, es cuando corren el riesgo de caer en lo que denominamos “síndrome del menor agotado”. Es un síndrome porque supone un conjunto de fenómenos o de síntomas que caracterizan una situación determinada en relación con los menores, y que tendría lugar si se dieran cuatro circunstancias:

- 1) Que los menores afectados por esta situación muestren un deseo y una voluntad firme de mantener relaciones personales amplias.
- 2) Que los menores se encuentren atrapados en un conflicto de lealtades, ya no sólo con sus progenitores, sino también con los abuelos, parientes o allegados.
- 3) Que los menores no sean capaces de poner límites a sus relaciones personales, que se vean arrastrados por ellas.
- 4) Que tanto abuelos, como demás parientes y allegados, se muestren receptivos al unísono o sucesivamente en la fijación de relaciones personales con los menores.

De concurrir estos elementos nos encontraríamos ante unos menores “agotados”, orgullosos de agradar, pero exhaustos y absorbidos por unas relaciones personales desenfocadas; atrapados entre dos bandos, por un lado, el de su propio interés, y por otro, el de el interés de los demás.

Hay que evitar que las desventuras de la familia, en sentido lato, no se extiendan también a los hijos, pero en realidad, ¿qué es lo que está en juego en este caso?, ¿a qué nos enfrentamos?; cualquiera puede entender la decisión de los menores de no romper lazos, de tender puentes, de llevarse bien con todos; pero en ocasiones esta actitud puede tornarse pernicioso para ellos, ciertamente lo que está en juego es su equilibrio emocional y personal, su propia personalidad.

Las relaciones personales en “cascada” de abuelos, parientes, y allegados, pueden llevar aparejadas para los menores varios riesgos, como efectos colaterales:

-El riesgo de sufrir una infancia y pubertad “deslocalizada”. Al concurrir tantos participantes en su desarrollo y formación, con distintos modos y formas de relacionarse, esta circunstancia puede ocasionar en los menores una sensación de falta de estabilidad, de no encontrarse consigo mismos, de no identificar un lugar natural propio donde sentirse seguros.

-El riesgo de sufrir inconvenientes serios en su vida personal, social y académica. Al recibir información, consejos e instrucciones por diferentes personas, es más complicado controlar el desarrollo de los menores y más fácil incurrir en planteamientos abiertamente contradictorios que pueden desequilibrarlos.

-El riesgo de que aflore hostilidad entre los parientes, lo que podría afectar negativamente a la integridad psicológica de los menores.

De nuevo la pelota se sitúa en el tejado del juzgador, será la autoridad judicial la que tendrá que analizar todas las variables presentes, las ventajas y los inconvenientes, salvaguardando en todo caso la persona de los menores y evitando su “agotamiento”. Para ello el juez no puede apartarse de la “ratio decidendi”, debe retomar la idea del interés del menor, debe verificar si su voluntad y su interés son coincidentes, y en caso de resultar procedente, debe fijar unas relaciones personales llevaderas y sostenibles en el tiempo¹⁰². En otras palabras, debe evitar la desmesura y seguir la senda del equilibrio, de las relaciones personales saludables, respetuosas y armónicas, de las relaciones personales ejercitadas con gusto y no como una obligación o carga.

Los menores tienen que tener tiempo para estudiar, para descansar, para salir con sus amigos y para jugar, no pueden ser rehenes de un exceso de responsabilidad para con sus parientes y allegados.

¹⁰² Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 6 de octubre de 2005. La Sala, estimando en parte el recurso de apelación, reconoció un régimen de visitas a favor de (abuela, dos tíos maternos, dos primos maternos, y tía política), respecto del menor A, de 9 años de edad, un sábado al mes desde las 12 a las 20 horas debiendo recogerlo y regresarlo en su domicilio paterno a excepción de los períodos vacacionales, escolares y festivos.

A continuación la pregunta es obligada, ¿el síndrome del menor agotado puede ser entendido como una “justa causa” que limite o impida las relaciones de los menores con sus abuelos, parientes y allegados?

Si el juez, por sí mismo, a instancias del Ministerio Fiscal, de los propios menores, o de los abuelos, parientes y allegados advierte una situación de riesgo provocada por la existencia de una pluralidad de relaciones personales, deberá actuar en consecuencia y proteger de inmediato la integridad de los menores. Y si para ello fuere necesario reducir, suspender temporalmente o eliminar definitivamente visitas o comunicaciones, deberá sin duda hacerlo. Un derecho sobreexplotado a veces puede acabar siendo un derecho insano.

CAPÍTULO VII. DIMENSIÓN PRIVADA Y PROCESAL DE LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS

1.RELACIONES NO PACTADAS VERSUS RELACIONES PACTADAS

La inmensidad de las relaciones personales nietos-abuelos no son fruto de un pacto, ni tan siquiera de una decisión judicial, sino de un acuerdo de voluntades no escrito, de un automatismo conductual no contrariado, de un vínculo natural desarrollado sin mayores ambages. Acudir a los tribunales para dar efectividad a este derecho es sin lugar a dudas una decisión minoritaria, y si atendemos al porcentaje de pleitos que de esta naturaleza se interponen en relación con el número de familias, podríamos calificarla sin temor a errar, de testimonial.

Siendo este nuestro punto de partida, la conclusión no se hace esperar, de ordinario los menores se relacionan con sus abuelos. Pero la cuestión no es ésta, si no si lo hacen apropiadamente, si se respetan en toda su extensión los derechos de los menores, si se toman en cuenta sus consideraciones, si se repara en su interés; desgraciadamente no podemos saberlo, y tenemos que acudir al tópico de que “cada familia es un mundo en sí misma”. En todo caso, lo que queda fuera de toda duda, es que, ante la ausencia de regulación, la voluntad de los progenitores es la que impera, y este “poder”, mal entendido y sobre todo mal conducido, incita al abuso de derecho, a la privación injusta de pretensiones legítimas; desgraciadamente en no pocas ocasiones desconocidas para sus titulares.

A propósito de esto, podemos plantearnos sí además de estas “relaciones personales de hecho”, es posible configurar pactos sobre relaciones personales nietos-abuelos, tanto en documento privado como en documento público, tanto en el marco de un proceso judicial como fuera de él, y los efectos, que en caso de admitirse, se derivarían de ello.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de abril de 1997, reconoció la autonomía de la voluntad de los cónyuges, poniendo de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: a) en primer lugar, el convenio, en

principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; b) en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente, que queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; y c) en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil.

Las relaciones personales nietos-abuelos, “si se considera necesario”, pueden formar parte del contenido mínimo del artículo 90 del Código Civil. Por tanto si los progenitores y los abuelos acuerdan, en el seno de un convenio regulador, el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 160 del Código Civil, y sus condiciones, éste acuerdo de voluntades deberá pasar el filtro del Ministerio Fiscal y precisará de la necesaria aprobación judicial para surtir efectos, que podrá rehusarlo si es gravemente dañoso para los hijos.

Hasta aquí nada novedoso, ¿pero qué ocurre si este acuerdo entre progenitores y abuelos se instrumentaliza en un documento privado o en un documento público?

Nos encontraríamos ante un negocio jurídico de derecho de familia, bilateral, aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, y en el que concurren el consentimiento, el objeto y la causa¹⁰³; ¿pero progenitores y abuelos deben cumplir el negocio jurídico concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil¹⁰⁴, en relación con el artículo 1091¹⁰⁵ y 1278¹⁰⁶, o pueden negarse a ello?, ¿y en este último caso cabe acudir a la vía jurisdiccional y solicitar la ejecución forzosa?: a nuestro parecer no podemos negar a tal acuerdo la condición de negocio

¹⁰³ Artículo 1261 del Código Civil: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes. 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca”.

¹⁰⁴ Artículo 1255 del Código Civil: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

¹⁰⁵ Artículo 1091 del Código Civil: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

¹⁰⁶ Artículo 1278 del Código Civil: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”.

jurídico¹⁰⁷, un “negocio jurídico familiar”¹⁰⁸, ya que el artículo 1254 del Código Civil determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse¹⁰⁹. Pero sí podemos negar la eficacia procesal, y ello porque disponen de un derecho no susceptible de disposición fuera del proceso, de un derecho, que aunque compartido con los ascendientes, es fundamentalmente de los menores, de los nietos.

El libre ejercicio de la facultad de autorregulación en materia matrimonial¹¹⁰ permite celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, generalmente de contenido económico o patrimonial, y conforme a este pacto, la posibilidad de instar su ejecución en caso de incumplimiento por alguno de los contratantes. Sin embargo, entendemos, que las relaciones personales nietos-abuelos forman parte de lo que se ha venido en denominar “orden público familiar”, cuya existencia defienden DIEZ-PICAZO y

¹⁰⁷ DIEZ-PICAZO (1962), p 171. Lo define: “Como el acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar”.

¹⁰⁸ O’CALLAGHAN (1996), p 16: “Sus caracteres son: 1º) Ausencia de verdadera representación; únicamente cabe que el representante, o más bien *nuntius*, transmita la voluntad del representado, para contraer matrimonio, reconocer hijos..etc, 2º) Predominio de las formas solemnes y amplia intervención de la autoridad. 3º) Prohibición de términos y condiciones. 4º) La causa es siempre la teleología del negocio tipificada en la Ley: la existencia de un *numerus clausus* de causas impide la existencia de negocios jurídicos de Derecho de familia atípicos”.

¹⁰⁹ DIEZ-PICAZO y GULLON (2008), p 45: “Los negadores de la admisibilidad de la figura del negocio jurídico en el Derecho de familia se apoyan en la premisa de que en este campo jurídico está dominado por el interés público, de cuya tutela se encargan los órganos del Estado y los órganos familiares. Los actos familiares de declaración de voluntad serían según esta opinión actos de heteronomía y no de autonomía: actos de poder estatal o actos de poder familiar”.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de dos mil once: “Los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 octubre 2007). Asimismo, la Sentencia de 15 de febrero de 2002 reconocía la validez de un contrato privado de liquidación de la sociedad de gananciales con la consideración de que “los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio) en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 C.c .) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 C.c .), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter «ad solemnitatem» o «ad substantiam» para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia”. En el mismo sentido debe citarse la sentencia de 17 de octubre de 2007. Esta jurisprudencia ha dado lugar al art. 233-5 CCCat, que establece que estos pactos vinculan a los cónyuges”

GULLÓN ¹¹¹ “en la medida en que las reglas básicas sobre las que la familia se organiza se encuentran recogidas en el texto constitucional”. Las relaciones nietos-abuelos dado que contribuyen al desarrollo de la personalidad de los menores, de conformidad con los artículos 10 y 39 de la Constitución, se integran dentro de este concepto de orden público, con un valor constitucional básico, como un principio irrenunciable.

Por esta razón las relaciones personales nietos-abuelos constituyen un límite a la autonomía de la voluntad familiar. Los padres y los abuelos no son libres para disponer de ellas, ni aun cuando lo hicieren amparando innegablemente el interés de los menores; no basta pues con una voluntad coalescente de los mayores, sino que se precisa además un respeto escrupuloso al orden público familiar. Hablar de orden público en esta cuestión, es hablar de garantizar el principio de protección de los menores, y esto se consigue: a) actuando en su beneficio; b) oyéndoles siempre que fuere posible; y, c) respetando las garantías procedimentales: informe del Ministerio Fiscal y aprobación judicial.

Ensamblando todo lo expuesto, se alcanza la conclusión de que el incumplimiento del régimen de relaciones personales pactado en documento público o privado, no faculta la ejecución forzosa ni genera per se responsabilidad del sujeto incumplidor. Cosa distinta es si junto a estas relaciones personales entre nietos y abuelos se han pactado asimismo obligaciones de carácter patrimonial vinculadas, a título de ejemplo, que los abuelos deben trasladar su domicilio o cambiar de vivienda para relacionarse con sus nietos: aquí, en caso de incumplimiento de los progenitores, sí que consideramos posible solicitar la indemnización de daños y perjuicios contra ellos en aplicación del artículo 1101 del Código Civil.

2. DIMENSIÓN PROCESAL

2.1. Procedimientos consensuales

El artículo 90 del Código Civil, en el ámbito del grupo de preceptos destinados a regular los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, tiene por objeto establecer el

¹¹¹ DIEZ-PICAZO y GULLON (2008), p 43.

contenido mínimo del convenio regulador cuando la solución al conflicto de la pareja se articule a través de la vía del consenso, regulada materialmente en los artículos 81 y 86 del Código Civil.

Nos dice pues el Código Civil, que el convenio regulador deberá contener:

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

Situándonos en una perspectiva crítica, lo primero que nos llama la atención es el hecho de que el legislador introduzca en el tenor literal del artículo una expresión dada a distintas interpretaciones; pues cabe pensar a qué se refiere cuando alude a “si se considerara necesario”. Imperiosamente debemos preguntarnos quién es el que debe valorar esta necesidad. En los procesos consensuales son las partes las que establecen por medio del asesoramiento prestado por sus letrados, vía negociación previa de éstos, el contenido de los pactos a suscribir y posteriormente ratificar a presencia judicial. Por lo cual en esta fase inicial, cuando alguno de los ascendientes de segundo grado ha mostrado predisposición a relacionarse con sus nietos, surge la posibilidad de que los progenitores atiendan tal voluntad y decidan fijar un determinado régimen de relaciones personales entre los menores y sus abuelos¹¹².

Esto significa, que la previsión establecida en el artículo 90 del Código Civil, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, funciona como una facultad que está exclusivamente en manos de los progenitores; ya que son éstos, los únicos que aparecen como legitimados para decidir incluir o no dentro de los términos de su pacto cuestiones referentes a las relaciones nietos-abuelos, lo que supone tanto como decir, que los menores y los ascendientes carecen de voz y voto en esta negociación.

Pero si seguimos nuestro argumento rector -que los menores tienen un derecho a relacionarse con sus abuelos al margen de los criterios de sus progenitores y de sus

¹¹² La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 11 de abril de 2003, aprueba la transacción convenida por las partes, y en la cual uno de los puntos versaba sobre el establecimiento de un régimen de visitas para los abuelos del niño.

ascendientes, y que no le puede ser sustraído por éstos-, concluimos, que necesariamente, el legislador ignora su protección.

Si tenemos en cuenta, que según la Exposición de Motivos de la Ley, los abuelos “pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad de los menores, y que disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo, contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar a los menores de referentes necesarios y seguros en su entorno que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis”; resulta, que la lógica jurídica nos conduce a presumir que las relaciones personales de los nietos con sus abuelos son buenas y provechosas para los menores. Pero es más, constituyen la plasmación material de un derecho que les es propio, por lo que los cónyuges en todo caso, y no sólo si lo consideran necesario -ya que ello supone vaciar de contenido el derecho-, actuando como deben actuar en su beneficio, deberían tener presente este derecho de los menores a la hora de fijar las cláusulas del convenio regulador; indagando de manera particular, en la situación de sus respectivos ascendientes, y después, conjuntamente en ambas líneas, y sólo limitar las relaciones personales entre los nietos y los abuelos, o no hacer referencia a las mismas en los pactos concertados, cuando en efecto puedan resultar objetivamente perjudiciales o no se den las circunstancias imprescindibles para su fijación, como pueden ser la no existencia de ascendientes de segundo o tercer grado o que éstos hayan manifestado expresamente o por actos concluyentes que no desean mantener relaciones con sus descendientes.

Entendemos, que el legislador actúa contra sus propios actos y no es coherente con la reforma impulsada, pues paradójicamente, y tras resaltar las bondades de las relaciones personales nietos-abuelos, no duda acto seguido en dejar su fijación en los convenios reguladores al arbitrio de los progenitores; los cuales, muy a menudo, y enfrascados en la defensa de sus propios intereses, raramente tienen en consideración la importancia que para sus hijos puede suponer no perder el contacto con sus abuelos.

Podemos afirmar, sin temor a errar, que en la práctica los convenios reguladores en los cuales los cónyuges consideran necesario recoger las relaciones personales de sus hijos con sus abuelos están siendo una excepción.

¿Cómo entonces casa esta exigua incidencia con la Exposición de Motivos de la Ley, si tanto beneficio aporta a los menores?

El legislador, con la modificación legislativa introducida por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, quiso resolver la cuestión de las relaciones personales entre los nietos y los abuelos, pero en lugar de optar por el camino más recto, que no era otro que reconocer sin reservas el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos y la obligación de los progenitores de fijar “en todo caso” el modo y manera de llevarlo a cabo según las concretas circunstancias, se decidió finalmente por el camino del medio, o sea, dejando su establecimiento al libre arbitrio de los padres. El legislador con esta regulación ha relegado de facto el derecho de los menores sólo a aquellos supuestos en los que los progenitores, en una exaltación de sentido común y de buena relación entre ambos, decidan así acordarlo; excluyendo por consiguiente, todos aquellos otros en los que el trato entre los padres no sea tan cordial como para considerar lo beneficioso de las relaciones nietos-abuelos, cuando precisamente son éstos asuntos, de comunicación tortuosa, en los que la relación con los abuelos puede ser más satisfactoria para los niños, pues en palabras de la Ley, pueden *“neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis en el matrimonio o pareja”*.

Pero la contradicción reseñada anteriormente, va más allá del artículo 90 del Código Civil, nos explicamos. El art. 160 del Código Civil, de manera taxativa prevé *“que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos”*. Nos preguntamos, cómo es que si son tan apreciadas estas relaciones personales se permite que los progenitores puedan obviarlas de la manera más burda, esto es, mediante la simple omisión de las mismas en el convenio regulador.

Urge, a nuestro juicio, una modificación del artículo 90 del Código Civil a los efectos de que el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos no quede desnaturalizado por la apatía de los padres o por criterios de necesidad sujetos a su apreciación subjetiva.

El derecho de los menores debe plasmarse en el convenio regulador, y por tanto debe ser un extremo más de su negociación, y ello con independencia de que la intervención de los abuelos, o mejor dicho la muestra de su parecer ante el mismo, no se produzca hasta más tarde, a los efectos de ser oídos. El Código Civil debería haber contemplado la obligación de los progenitores de fijar en todo caso las relaciones de sus hijos con sus ascendientes de segundo grado, dejando su concreción definitiva a la valoración que en un primer momento pueda realizar el Ministerio Fiscal –una vez examinado el acuerdo y oídos los abuelos-, y posteriormente el juez competente, antes de aprobar el convenio.

La omisión de estipulaciones en este sentido, sólo tendría cabida en los casos en los que por razones objetivas no se considere necesario o resulte claramente perjudicial para los menores su plasmación; motivos que aún así, deberían especificarse en el convenio regulador, para que fuera el juez quien valorase, previo informe del Ministerio Público, la procedencia o no de la limitación del derecho de los menores.

La situación actual, en la que los cónyuges fijan el contenido del convenio regulador sin hacer mención alguna a la relación entre los nietos y sus abuelos, hace inoperante, por ambiguo, el artículo 90 del Código Civil. Otorga erróneamente a los progenitores la facultad de dar contenido y efectividad a un derecho que no les pertenece, y lo que es peor, deja a los menores, en lo que a las relaciones personales con sus abuelos se refiere, a expensas del desenlace incierto de un proceso posterior al que los abuelos tienen que acudir para poder garantizar sus derechos, que ante todo, como defendemos, es de sus descendientes.

Puede oponerse a esta tesis que tal planteamiento emponzoñaría las crisis matrimoniales complicando enormemente la posibilidad de alcanzar un acuerdo entre los cónyuges o ex cónyuges. Es menester reseñar en torno a este particular, que el Derecho, a la hora de resolver los conflictos sociales, y el seno de las relaciones familiares es un ejemplo claro donde se dan esta clase de trances, no debe nunca inclinarse por la solución más sencilla o la que da menos problemas a las partes implicadas y a los operadores jurídicos, sino por la más justa, las más equitativa, y, la que más garantice el ejercicio pleno de los derechos que se vean afectados. La regulación actual del derecho civil no respeta esta idea, y sigue

de contrario transitando por el sendero menos problemático, el de concebir el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos como mera expectativa, en lugar de un derecho en sí mismo con verdadero alcance y eficacia.

No debemos desconocer, como nos recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 11 de marzo de 2010, que:

La facultad de los abuelos de comunicarse con sus nietos regulada en el art. 94 del Código Civil, que a su vez remite al art. 160 del mismo cuerpo legal, no es tanto un derecho de ellos como del menor para el adecuado desarrollo de sus facultades sociales y culturales y adecuada formación y, el establecimiento de la forma concreta de dicha comunicación, que queda al criterio ponderado del juez, debe estar presidido por el interés superior del menor, que como sabemos constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelven cuestiones que afectan al mismo.

En similares términos se había referido años atrás la Audiencia Provincial de Tarragona, en Sentencia de 19 de diciembre de 2003, al indicar que conceder a los abuelos el derecho a relacionarse con sus nietos:

Se trata más de un derecho de éstos, de un derecho del menor, que de los primeros, pues es la única manera de que los menores tengan un desarrollo normal en sus aspectos familiar, emotivo y social.

Debemos reflexionar, si con la vigente regulación no estamos de facto ante un monopolio de los progenitores a la hora de decidir las relaciones que mantienen sus hijos con otros familiares, especialmente con los abuelos, y si ello no está siendo foco de situaciones de abuso en el ejercicio de la patria potestad. Escenarios que no deben ser admisibles, en cuanto merman derechos de los menores, como ya estableció en otro tiempo el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de octubre de 1935, y la Resolución del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939.

Los progenitores, como personajes principales de la escena familiar, no sólo deben contribuir a la formación de la identidad individual de sus hijos, con el respeto a sus opiniones y a su manera de ser, sino que deben además proporcionar a los mismos estabilidad y continuidad.

2.2. Procedimientos contenciosos

De modo distinto a los procesos consensuales, el Código Civil no contempla norma alguna que permita integrar las relaciones personales de los nietos y abuelos en los procesos

contenciosos en materia de nulidad, separación, divorcio, o guarda, custodia y alimentos; siendo así, que éstos se centran en dilucidar las cuestiones propias de la guarda y custodia, régimen de visitas del progenitor no custodio, pensión de alimentos, uso y disfrute de la vivienda familiar, pensión compensatoria y cargas familiares, dejando al margen toda pretensión en garantía del derecho previsto en el artículo 160 del Código Civil.

Sin embargo, se sostiene en esta tesis, que dado que las relaciones personales de los nietos con los abuelos, son ante todo un derecho de los primeros, no debe permitirse que las partes litigantes omitan tal pretensión. El Ministerio Fiscal, o el juez en defecto del mismo, deben averiguar la posición en la que queda el derecho de los menores a mantener relaciones personales con sus abuelos: si es que los progenitores se oponen a su fijación, si es que los menores no mantienen contacto con sus abuelos, si es que no hay conflicto y las relaciones son frecuentes..etc. No se trata tanto de que se establezcan unas concretas relaciones personales, cómo de sí se ha tenido en cuenta el derecho de los menores a disfrutar de las mismas, para lo cual el interrogatorio de las partes aportará luz sobre este extremo.

Debemos defender el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos en condiciones mínimas que garanticen su adecuado desarrollo personal. Hasta el momento creemos que no estamos orientando bien la relaciones personales nietos-abuelos, se focaliza la atención en los ascendientes, y esta dialéctica nos lleva a preguntar, ¿qué les aportan los niños?, cuando en realidad hay que centrar la cuestión en los menores, y la pregunta debe ser, ¿qué les aportan los abuelos?; parece lo mismo, pero la reformulación es totalmente distinta. El interés de los menores, como piedra miliar, no sólo debe ser un planteamiento deseable, sino que al mismo tiempo tiene que ser una realidad palpable; no debe quedarse en la retórica y en la abstracción, hay que darle realismo, concreción y contenido.

Corresponderá al Ministerio Fiscal, en cuanto protector legal de los menores, impetrar de la autoridad judicial la garantía de tal derecho, si considera, de la prueba practicada en juicio, su carácter beneficioso y necesario para el desarrollo integral de los mismos.

Se puede argumentar en oposición, que tal actividad atentaría contra el principio dispositivo, dado que las partes no serían las dueñas del objeto del proceso. Empero, debe incidirse, en que el derecho de los menores a mantener relaciones personales con sus abuelos es un derecho fundamental de los niños, su interés, en cuanto eje de todas las medidas que puedan adoptarse, constituye una cuestión de orden público, por lo que ni el Ministerio Fiscal, ni el juez que conozca de la causa, pueden ignorarlo.

Si en los procedimientos de familia, a través del convenio regulador, o de la resolución judicial que resuelva la cuestión litigiosa, omitimos o prescindimos abiertamente del derecho de los nietos a relacionarse con sus abuelos, nos habremos saltado un paso en su desarrollo evolutivo; y aunque de futuro esto pudiera paliarse con un reconocimiento a posteriori de las relaciones personales nietos -abuelos, será sin embargo difícil volver a hacer el camino para recuperar lo perdido.

En el ámbito procesal, nada impide que un progenitor pueda interesar en su demanda unas concretas relaciones personales de sus hijos con sus abuelos, o que la contraparte lo solicite por vía de demanda reconvenzional, pues aunque para su establecimiento se requiera del consentimiento de los abuelos, no se está incurriendo en una indebida acumulación de acciones, ya que los padres están ejercitando un derecho de los menores que tiene conexión directa con el resto de cuestiones del proceso que les afectan. Por lo que el procedimiento verbal previsto en el artículo 250.13 de la LEC, con las particularidades dispuestas en el capítulo I del título I del libro IV, sería el procedente para los casos en los que la petición de relaciones personales entre nietos y abuelos es instada por los menores, al tener intereses contrapuestos con sus progenitores o con uno de ellos, o cuando se ejercita directamente por los abuelos en desarrollo de la legitimación que les otorga el artículo 160 del Código Civil.

CAPÍTULO VIII. LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS EN LOS ORDENAMIENTOS CIVILES AUTONÓMICOS

Cualquier análisis, por muy tenue que éste sea, que aborde aspectos normativos de los distintos ordenamientos jurídicos civiles que existen dentro del territorio español, debe partir de lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª de nuestra Carta Magna, y 13 del Código Civil. Las relaciones familiares entre nietos y abuelos no están reguladas dentro del Título IV, del libro I, del Código Civil; sino dentro del Título VII, bajo el ladillo “De las relaciones paterno-filiales”, capítulo I, artículos 160 y 161. Se trata por tanto de una materia en la que se aplicará preferentemente la legislación civil propia, allí donde la hubiere, siendo las normas del Código Civil supletorias.

En este ámbito, son tres los ordenamientos jurídicos civiles autonómicos que contienen en sus textos menciones a las relaciones personales entre nietos y abuelos, a saber: Derecho Catalán, Derecho Foral Navarro, y Derecho Aragonés.

1. DERECHO CATALÁN

El derecho catalán fue el primer derecho civil autonómico que dio cabida dentro de su articulado al derecho de los nietos a relacionarse con sus abuelos. En un primer momento lo hizo siguiendo la ya sorprendente timidez legislativa del Código Civil, esto es, sin mencionar de manera expresa el derecho de nietos y abuelos a relacionarse entre sí, utilizando, al igual que en el derecho común del Código Civil, el término “parientes”. En este sentido el artículo 4.2 y 3 de la Ley Catalana 12/1996, de 29 de julio, de la Potestad del Padre y de la Madre, contemplaba:

El padre y la madre, han de facilitar la relación del hijo con los parientes y otras personas y sólo la pueden impedir cuando haya justa causa.

El juez puede suspender, modificar o denegar el derecho a mantener las relaciones personales indicadas en el apartado 2, en cuanto al padre y a la madre, si éstos incumplen sus deberes, y en todos los casos, si las relaciones pueden perjudicar al menor o si concurre otra justa causa. También puede tomar las medidas necesarias para la efectividad de estas relaciones personales.

Sin embargo, será el legislador catalán el pionero dentro de los ordenamientos civiles españoles en acabar con la pereza anteriormente indicada, pues antes de cumplirse los dos años de vigencia de la Ley 12/1996, llevó a cabo la elaboración del Codi de Família de Catalunya, aprobado por Ley del Parlamento Catalán 9/1998, de 15 de julio. En esta ocasión el texto afrontó las relaciones entre nietos y abuelos con una mención expresa en el artículo 135.2 y 3 de la ley a la figura del abuelo y de la abuela. Reseñaba el indicado precepto:

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 a 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 pueden tomar las medidas necesarias con vistas a la efectividad de estas relaciones personales.

El legislador catalán se adelantaba pues al legislador común a la hora de mencionar específicamente a los abuelos, dando singularidad a su normativa en cuatro concretos puntos:

1-En primer lugar, el Codi de Família realizaba la posición de los abuelos en las relaciones con sus nietos, y lo hacía con una expresión elocuente y significativa, *“especialmente con el abuelo y la abuela”*. Con esta frase el legislador parecía querer singularizar la posición de los abuelos en relación a otros parientes, y con ello primar las *“especiales”* relaciones que de costumbre suelen tener los abuelos con los nietos, dándoles por tanto un plus de confianza y compromiso. Obsérvese igualmente que el precepto, a diferencia del Código Civil, no utilizaba la palabra *“allegados”*, sino la locución *“y demás personas”*, lo que sin duda, a priori, dejaba una puerta abierta a que al amparo de este artículo se pudiera petitionar relaciones personales con los menores por personas que no formaban parte del núcleo familiar, ni siquiera en sentido amplio.

2-En segundo lugar, se empleaban las expresiones padre y madre, abuelo y abuela; evitando con ello caer en un lenguaje que pudiera calificarse como sexista. Esta

terminología pretendió ser incluida por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) como enmienda al Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, no siendo sin embargo aprobada ni por tanto introducida en el texto del artículo 160 del Código Civil modificado por Ley 42/2003, de 21 de noviembre.

3-En tercer lugar, el Codi era, desde un punto de vista subjetivo, más extenso que el Código Civil, pues no sólo afectaba a los nietos menores, sino también a los mayores de edad incapacitados.

4-Finalmente, en cuarto lugar, la postura en la que se colocaba a los padres frente a las relaciones personales de sus hijos con sus abuelos no era pasiva, sino todo lo contrario, el padre y la madre debían facilitar la relación del hijo o hija, especialmente con el abuelo y la abuela. El Codi era consciente de que en la práctica la actitud favorable de los progenitores es fundamental a la hora de resolver los conflictos que se producen en torno al régimen de visitas de los abuelos, pues es precisamente el comportamiento obstruccionista de los padres, provocado por las malas relaciones con sus ascendientes, el que suele desembocar en los tribunales por la negativa de los primeros a que los segundos mantengan relaciones con sus hijos. El hecho de que el Codi estableciera como obligación expresa del padre y de la madre la de facilitar la relación entre el hijo o hija con sus abuelos era pieza clave para que el tribunal pudiera analizar la conducta de unos y otros, y reprochar, en sentencia, si procedía, todas aquellas maneras de los padres que supusiesen un quebrantamiento de este deber legal, y por tanto un abuso en el ejercicio de la patria potestad. Este deber legal sin duda se traducía en la necesidad de que por todas las partes implicadas (abuelos y progenitores) se caminase en la búsqueda del consenso, de una decisión que permitiese armonizar los derechos e intereses de todos, evitando que el inmovilismo de los progenitores enquistase las relaciones entre nietos y abuelos con el consiguiente perjuicio para el desarrollo de los menores.

Esta regulación a la que hemos hecho referencia, fue derogada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. El actual texto dedica diversos preceptos a las relaciones nietos-abuelos:

*El capítulo III, los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial, en la sección segunda, destinada a regular el cuidado de los hijos, el artículo 233-12, bajo la denominación de “relaciones personales con los abuelos y los hermanos”, señala:

1. Si los cónyuges proponen un régimen de relaciones personales de sus hijos con los abuelos y con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar, la autoridad judicial puede aprobarlo, previa audiencia de los interesados y siempre y cuando estos den su consentimiento.

2. Las personas a quien se haya concedido el régimen de relaciones personales están legitimadas para reclamar su ejecución.

*Más adelante, dentro del capítulo VI, al examinar la potestad parental, en el epígrafe dedicado a las relaciones personales, en el artículo 236-4, se contiene:

2. Los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, y todos estos tienen también derecho de relacionarse con los hijos. Los progenitores deben facilitar estas relaciones y solo pueden impedirlos si existe una justa causa...3. La autoridad judicial puede adoptar, en todo caso, las medidas necesarias para garantizar la efectividad de estas relaciones.

*En última instancia, cuando trata la cuestión relativa a la denegación, suspensión y modificación de relaciones personales, el artículo 236-5 regula:

1- La autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores o de las demás personas a que se refiere el art. 236-4.2 a tener relaciones personales con los hijos, así como puede variar sus modalidades de ejercicio, sin incumplan sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o existe otra justa causa. Existe justa causa si los hijos sufren abusos sexuales o maltrato físico o psíquico, o son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista”.

La nueva regulación introducida por la Ley 25/2010, de 29 de julio, si la ponemos en correlación con la derogada Ley 9/1998, de 15 de julio, nos permite apreciar varias diferencias normativas entre una y otra.

De inicio, llama la atención el hecho de que la nueva normativa abandona la terminología de padre y madre, y de abuelo y abuela, para reconducir tales locuciones a los términos neutros de progenitores y abuelos.

Resulta igualmente sorprendente que la Ley 25/2010 elimine la especialidad y singularidad dada a las relaciones de los nietos con los abuelos por la anterior legislación, al suprimir la expresión “especialmente”, lo que de facto supone una vuelta atrás, al poner en un mismo nivel las relaciones que corresponden a los abuelos con las que también ostentan otras personas próximas a los nietos (tíos, primos).

Merece destacar asimismo el hecho de que la nueva Ley regula expresamente las relaciones de los hijos menores con sus hermanos mayores de edad que no convivan en el hogar familiar; así como la supresión del término “parientes”, por otro más genérico y amplio, como es la expresión “personas próximas”, concepto jurídico indeterminado que la Ley no define ni concreta.

Finalmente, es de resaltar a su vez el intento de la Ley de concretar el término “justa causa”, y cuáles son los supuestos que pueden incluirse en el mismo; y si bien no se hace una enumeración exhaustiva y cerrada, si que el legislador deja constancia de cuáles, por su especial gravedad, deben al menos reputarse como tal.

2. DERECHO ARAGONÉS

Por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, se aprobó, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas.

La actual normativa hace mención a las relaciones nietos-abuelos en su artículo 60, al analizar, dentro del título dedicado a las relaciones entre ascendientes y descendientes, la relación personal del hijo menor. Con el siguiente tenor:

- 1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja.*
- 2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija.*
- 3. El Juez, a petición del menor, padres, abuelos, parientes o allegados, y atendidas las circunstancias, podrá suspender, modificar o denegar la relación con el menor si su interés lo requiere. También*

puede adoptar las medidas necesarias con vistas a la efectividad de esta relación personal, especialmente cuando los padres vivan separados.

Si atendemos a la terminología empleada por el legislador aragonés y al modo en que el precepto es redactado, se constata que no existen diferencias sustanciales con la contemplada en el artículo 160 del Código Civil. Se utiliza al igual que este último la expresión “abuelos y otros parientes y allegados”, quedando limitadas las diferencias a meros matices, como es la constante referencia en cada uno de los tres apartados al interés del menor, al ser éste el principio que preside la reforma.

El artículo 86, cuando examina la autoridad familiar de los abuelos, en su apartado 2, hace mención a “que tendrán preferencia los abuelos de la rama con los que mejor relación tenga el nieto”. Esta redacción nos hace pensar si tal preferencia puede ser extendida a los casos en que se pretenda una relación personal con los nietos por las dos ramas de abuelos al mismo tiempo. Si bien en el elucubrar jurídico casi todo es admisible y defendible, creo que la intención del legislador no es tal, no cabiendo pues distinguir donde éste no distingue, máxime cuando se trata de una norma, que al quebrar el principio de igualdad, necesariamente no puede ser objeto de interpretación extensiva.

3.DERECHO FORAL DE NAVARRA

El derecho foral navarro, al igual que el derecho catalán y el derecho aragonés, contempla en su ámbito de aplicación un precepto dedicado a las relaciones familiares. En efecto, la Ley 72, párrafo 4º, del Fuero Nuevo de Navarra, tras la modificación experimentada por Ley Navarra 5/1987, de 1 de abril, determina:

El progenitor que por decisión judicial, no tenga en compañía al hijo menor o incapacitado, podrá comunicarse con éste en las condiciones que apruebe, o en su caso determine el juez.

En este caso, y en clara diferencia con el derecho civil catalán y aragonés, el derecho foral navarro no hace ninguna alusión, ni expresa ni tácita, a los abuelos. La exégesis literal del precepto nos pone de manifiesto que el legislador navarro, consciente o inconscientemente, omite cualquier mención a las relaciones familiares entre abuelos y nietos así como también a la de éstos últimos con sus parientes y allegados. A primera

vista, podría extraerse la conclusión de que en la Comunidad Foral Navarra el único régimen de visitas que puede reconocerse es el del progenitor no custodio respecto de sus hijos menores o incapacitados, y en correlación con ello, que ni los abuelos ni los demás parientes y allegados tienen este derecho. Sin embargo, el carácter supletorio del Código Civil, consagrado en el artículo 13.2 de su texto, permite en el ámbito de la Comunidad Foral la aplicación de la normativa prevista en el artículo 160.

CAPÍTULO IX. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS UNIONES DE HECHO.

En el ámbito del derecho europeo, por ahora, no se ha apostado por una armonización en esta materia; de forma que en la mayor parte de los países de la Unión la regulación de las uniones de hecho se circunscribe a las parejas de hecho homosexuales, así: la Ley danesa, de 7 de junio de 1989 sobre “Registro de Parejas de Hecho Homosexuales”, equiparada al matrimonio heterosexual; la Ley noruega, de 1 de agosto de 1993, sobre “Registro de Parejas de Hecho Homosexuales”, equiparada al matrimonio heterosexual; Ley sueca, de 23 de junio de 1994, sobre “Registro de Parejas de Hecho Homosexuales”, equiparada al matrimonio heterosexual; y la Ley holandesa, de 1 de enero de 1998, sobre “Uniones Civiles”.

Algunos legisladores europeos han optado, no obstante, por la equiparación entre la unión de hecho y el matrimonio. Son exponentes de ello: la Ley belga, “Loi instaurant la cohabitation legale”, de 23 de noviembre de 1998, que se remite al artículo 1253 del Code judiciaire; la Ley francesa, “Loi sur pacte civil de solidarité et du concubinage” de 13 de octubre de 1999; y la Ley alemana, “Ley de Parejas de Hecho” de 1 de agosto de 2001.

Fuera del orbe europeo, en Latinoamérica, nos encontramos con regulaciones específicas sobre esta materia en países como El Salvador, Bolivia, y los códigos de los estados federales de Hidalgo y Zacatecas (México).

1. LAS UNIONES DE HECHO: SOMERA MENCIÓN A SU ORIGEN Y REGULACIÓN EN LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS.

De la locución inglesa *unmarried couples*, se ha afianzado mayoritariamente en el ámbito internacional la expresión «parejas de hecho», frente a otras expresiones utilizadas con menor frecuencia, como «parejas estables», «parejas (estables) no casadas», «parejas no matrimoniales», «uniones de hecho», «uniones estables de pareja» o «uniones civiles (de hecho)». El Tribunal Constitucional, en Sentencia 184/1990 de 15 de noviembre, señaló que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades constitucionalmente

equiparables, ya que el matrimonio es un derecho constitucional y la unión de hecho no está reconocida en el Texto Fundamental.

En esta tesitura, han sido múltiples las normas que ante una creciente aceptación social han acabado con el rechazo y el silencio inicial ante las uniones extramatrimoniales, y que contemplan por ende en su articulado menciones específicas a esta nueva realidad, ad exemplum:

- Ley 24/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, ha asimilado la relación matrimonial con las relaciones análogas de afectividad (donde podrían incluirse las parejas homosexuales).
- Ley de Adopción, 21/1987 de 11 de noviembre, establece en su disposición adicional 3º la posibilidad de que los miembros de una unión de hecho heterosexual puedan adoptar conjuntamente.
- El Código Penal, 10/1995 de 23 de noviembre (artículos 23, 153, 173.2, 424, 443, 443.2, y 454).
- Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo.
- Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”.
- Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985 de 1 de julio.
- Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados.
- Ley 35/1995 de 11 de noviembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.
- Ley 32/1999 de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del Terrorismo.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de marzo de 1998, entendía la convivencia “more uxorio” como una relación a semejanza de la matrimonial sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida en derecho: es ajurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del derecho.

La idea es evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en derecho en una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.

Desde esta primera mención la situación ha dado un vuelco significativo, pues ante la falta de una normativa estatal, han sido las Comunidades Autónomas las que se han apresurado a definir y regular otras “formulas familiares”, como reza la Exposición de Motivos de la Ley Balear.

En prueba de tal vorágine legislativa se han aprobado al respecto las siguientes leyes:

1-Cataluña. En su Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, en su artículo 1 reseñaba que:

Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, y sin impedimento para contraer matrimonio que hayan convivido maritalmente, como mínimo por un periodo ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando su voluntad de acogerse a esta ley. Al menos uno de los dos miembros ha de tener vecindad civil catalana.

Esta norma fue derogada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. La ley, en su artículo 234-1, dedicado a la pareja estable, dispone que dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: a) si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos; b) si durante la convivencia tienen un hijo común; o, c) si formalizan la relación en escritura pública”.

2-Aragón. La Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no casadas, en su artículo 1, alude a que será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal; y el artículo 3, así lo considera cuando se haya producido la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública.

3-Navarra. La Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables, en su artículo 2.1, la define como la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona. Ley declarada parcialmente inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013, en concreto considera no acordes con la Carta Magna, y por ende nulos, los artículos 2.2 y 2.3, parte del artículo 3, artículo 4.4, parte del artículo 5.1, resto del artículo 5, artículo 6, artículo 7, artículo 9, artículo 11, y , artículo 21.

4-Comunidad Valenciana. Sancionó la referida figura, en su Ley 1/2001 de 6 de abril, de la Generalitat, sobre Uniones de Hecho. Esta ley fue derogada por la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana. En su artículo 1 entiende por uniones de hecho formalizadas las formadas por dos personas que, con independencia de su sexo, convivan en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos de inscripción del artículo 3 de esta ley. Contra esta ley se han interpuestos diversos recursos de inconstitucionalidad.

Asimismo, han legislado sobre las uniones de hecho las siguientes Comunidades Autónomas: Madrid, Ley 11/2001 de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (ley declarada parcialmente inconstitucional por Sentencia de Tribunal Constitucional de 11 de abril de 2013); Asturias, Ley 4/2002 de 23 de mayo, de Parejas Estables; Andalucía, Ley 5/2002 de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; País Vasco, Ley 2/2003 de 7 de mayo, reguladora de Parejas de Hecho; Canarias, Ley 5/2003 de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; La Rioja, Decreto 10/2013 de 15 de marzo, por el que se modifica el Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se regula el registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Rioja; Extremadura, Ley 5/2003 de 20 de marzo de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Castilla y León, Decreto 117/2002 de 24 de octubre, de creación del Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León; Cantabria,

Ley 1/2005 de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Galicia, a través de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia; y, finalmente, Decreto 124/2000 de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla- la Mancha.

2. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY BALEAR, 18/2001, DE 19 DE DICIEMBRE DE PAREJAS ESTABLES

2.1. Concepto.

Es Pareja Estable en las Illes Balears, de conformidad con los artículos 1 y 2 de la ley autonómica, las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

El germen lo constituye la unión de dos personas, y ello por cuanto la regulación se aparta del tratamiento diferenciado entre parejas homosexuales y heterosexuales. La Ley balear da pues cobertura jurídica a las nuevas formas de convivencia que presenta la realidad actual. La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, sobre igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en Europa, considera implícitamente que un trato no idéntico es un trato discriminatorio por razón de la orientación sexual. Esta resolución no encontró eco inicialmente en otras legislaciones autonómicas, que distinguieron claramente ambos supuestos, como así ocurrió en la Ley 10/199 de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja en Cataluña, hasta su derogación por Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

Por consiguiente, la Ley establece tres notas distintivas de esta figura: que se constituya de forma libre, que sea pública, y, notoria. La definición se aparta por tanto de los clásicos pronunciamientos jurisprudenciales que para apreciar tal situación exigían continuidad, estabilidad y permanencia. Así, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992, “ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años”. Por el contrario la Ley

centra más el concepto en la imagen ante la sociedad, al contemplar dos elementos conexos, público y notorio, que no distan de lo que ha venido entendiendo la jurisprudencia como *“una convivencia practicada de forma externa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los miembros de la pareja”* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de junio de 1994; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de diciembre de 1998), entre otra muchas.

La libertad encuentra su encaje en la voluntariedad del acto, pero también en el hecho de que la decisión emana del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad ante la ley, piedras angulares de nuestro ordenamiento jurídico, como bien reza la Exposición de Motivos de la Ley de Parejas Estables.

2.2. Notas distintivas

Del análisis sosegado de la Ley, se pueden extraer una serie de características de su regulación, que en algunos casos son genuinas de la misma, y en otros se comparten con otras legislaciones autonómicas:

- 1) El eje central de la normativa pasa por la voluntad de las partes para someterse a la Ley o mantenerse al margen de la misma. Para hablar de pareja estable se exige como requisito insoslayable una declaración de voluntad expresa de constituir el negocio jurídico en relación análoga a la conyugal y con vocación de permanencia.
- 2) Aunque parte de la convivencia efectiva, exige la inscripción en el Registro de Parejas Estables como requisito constitutivo (artículo 2 in fine). Registro creado por Real Decreto 112/2002 de 30 de agosto.
- 3) Pretende establecer una analogía directa entre pareja estable y constituida y la matrimonial, rompiendo por tanto con la mayoría de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales defensores de las semejanzas y paralelismos, pero no de equiparación ente parejas estables y matrimonio.
- 4) No distingue si la unión de dos personas es de carácter homosexual o heterosexual, a diferencia de lo que hicieron inicialmente otras legislaciones como la catalana, hoy derogada.

- 5) No incluye en su ámbito de aplicación las uniones convivenciales de ayuda mutua.
- 6) No recoge previsiones respecto de la acreditación de la pareja estable. Cabe entender por tanto, que podrá realizarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho, fundamentalmente a través de la certificación expedida por el Registro de Parejas Estables.
- 7) Frente a la postura tradicional, de que los pactos no pueden extenderse a los aspectos personales de la convivencia ni a los derechos y deberes de los convivientes (respetarse, guardarse fidelidad, vivir juntos, socorrerse mutuamente), por quedar fueran de la disponibilidad de las partes, la Ley lo permite expresamente (artículo 4.1).
- 8) No puede pactarse la constitución de una pareja estable con carácter temporal ni sometida a condición (artículo 4.2).
- 9) Pese a que no existe vínculo conyugal o de parentesco, se fija la obligación prioritaria entre los convivientes de prestarse alimentos (artículo 6), al igual que lo hacen la normativa catalana y aragonesa; obligación solo exigible constante convivencia.
- 10) Equiparación expresa de las parejas estables a los cónyuges en lo referente a la tutela, curatela, incapacitación, ausencia legal y prodigalidad.
- 11) En caso de cese, la pareja puede pactar la guarda y custodia, régimen de visitas y comunicación y estancias de los hijos. Sin perjuicio de lo que pueda acordar el juez si lo considera “perjudicial” para alguna de las partes o para los hijos comunes.
- 12) Expresa aplicación de la ley a los menores emancipados. Zanja el debate que se ha producido por la indefinición legal en la regulación llevada a cabo por ciertos parlamentos autonómicos, como es el caso del aragonés, y en clara sintonía con la legislación navarra.
- 13) Relación no incestuosa. Respecto al impedimento de parentesco colateral, el límite de grado se eleva hasta el tercero, cuando lo mayoritario es hasta el segundo; lo que supone una traslación de lo previsto para las parejas matrimoniales en el artículo 47 del Código Civil.

2.3. Régimen de visitas y relaciones personales nietos-abuelos

El artículo 4 de la Ley, bajo la rúbrica de la regulación de la convivencia, y al abrigo del título segundo relativo al contenido de la relación de pareja, regula la convivencia entre la pareja y los pactos que en desarrollo de la misma pueden alcanzar los convivientes, reseñando:

4.1 Los miembros de la pareja pueden regular válidamente por cualquier forma admitida en derecho, oral o escrita, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los derechos y deberes respectivos. También pueden regular las compensaciones económicas en el caso de la extinción de la convivencia, con el límite de los derechos mínimos que establece la Ley, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles.

4.2 No puede pactarse la constitución de una pareja estable con carácter temporal ni sometida a condición. Asimismo son nulos los acuerdos contrarios al derecho y los que limiten la igualdad de derechos que corresponden a cada miembro de la pareja.

Del articulado expuesto, destaca “prima facie”, el amplio margen dado por la Ley a los convivientes; y que, de contrario con lo sostenido hasta ahora, no se queda en las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia, sino que va más allá, permitiendo y dando por lícitos los acuerdos relativos a las relaciones personales así como aquéllos en que se plasmen los derechos y deberes respectivos.

La Ley permite, en correlación con el espíritu de equiparación al matrimonio que la preside, que los deberes legales de los cónyuges que el Código Civil regula en los artículos 66 a 68 (respetarse, guardarse fidelidad, ayudarse, socorrerse mutuamente, y vivir juntos) puedan formar parte de estos pactos. Convenios por tanto que son reflejo del principio genuino de la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil, y que destierran definitivamente la inmoralidad como motivo para oponerse a la validez de estos contratos, y la consideración de que en tales supuestos nos encontrábamos ante una nulidad por ilicitud de la causa, fruto de una concepción subjetiva de la causa apoyada en el tenor del artículo 1275 del Código Civil. Se sigue en consecuencia, el patrón marcado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que en Resolución de 7 de marzo de 1988 reconocía la validez de los contratos concertados entre miembros de parejas no casadas.

Las resoluciones de los tribunales vienen abriendo camino en este sentido, y frente a los antiguos criterios, se reconoce la licitud de los convenios suscritos por las parejas de hecho. Sirvan de ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992 y de 21 de octubre de 1992. Y en nuestro territorio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de febrero de 1993.

La ley establece dos tipos de límites al pacto libre entre las partes:

a) No puede pactarse la constitución de una pareja estable con carácter temporal ni sometida a condición. La pareja estable tiene que tener una vocación de permanencia, de estabilidad, y de continuidad; siendo incompatible, con su espíritu y naturaleza, el establecimiento de limitaciones temporales y condicionamientos previos.

b) No caben acuerdos contrarios a derecho, ni los limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a las partes. Ello supone, que no pueden ser contrarios a la ley, a la moral y al orden público, de conformidad con el artículo 1255 del Código Civil. Deben respetar a su vez los requisitos de validez y eficacia previstos en el artículo 1261 y siguientes del citado texto.

Los convivientes son iguales en derechos y en deberes. Y en tanto que relación análoga a la matrimonial, los pactos deben ser escrupulosos en el respeto a la igualdad jurídica sancionada en el artículo 32 de la Constitución. La Ley utiliza así la misma terminología que para la validez de las capitulaciones matrimoniales recoge el artículo 1328 del Código Civil.

El artículo 11 de la Ley viene dedicado a la guarda y régimen de visitas de los hijos.

Prescribe el precepto:

1-En el supuesto de ruptura de la convivencia en vida de ambos miembros de la pareja, éstos pueden acordar lo que consideren oportuno en cuanto a la guarda y custodia de los hijos comunes, el régimen de visitas, de comunicación y de estancias. No obstante, el juez podrá moderar equitativamente lo acordado, cuando lo considere lesivo para uno de los miembros de la pareja o para los hijos comunes.

2- En defecto de pacto, el juez o la jueza debe acordar lo que considere procedente respecto de los hijos, en su beneficio y previa audiencia de éstos si tienen suficiente juicio, y en todo caso, de los mayores de doce años.

Las relaciones verticales (relaciones paterno-materno filiales) derivadas de la unión de hecho, se rigen -como no puede ser de otro modo, y en aplicación del mandato constitucional previsto en el artículo 39 de nuestra Carta Magna- por el principio de protección integral de los hijos y la igualdad ante la ley de los mismos, sea su origen matrimonial o extramatrimonial. En este caso, el principio de autonomía de la voluntad se encuentra muy restringido, pues se trata de materias que se escapan de la libre disponibilidad de los contratantes, a tenor de lo previsto en el artículo 39.3 de la Constitución, en relación con los artículos 92, 93, 111 y 154 del Código Civil. Se trata de normas que tienen una naturaleza imperativa, de “ius cogens”, dirigidas al juzgador, cuyo cumplimiento debe ser ajeno al principio de justicia rogada. El juzgador sólo se siente vinculado por el principio “favor filii”. Resulta significativa en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de abril de 1998.

En consecuencia, la problemática que pueda suscitarse respecto de la guarda y custodia y régimen de visitas, deberá resolverse aplicando analógicamente los preceptos que contempla el Código Civil para los supuestos de nulidad, separación y divorcio.

En lo concerniente a las relaciones nietos-abuelos, la Ley 18/2001 de 19 de diciembre, como ocurre con el resto de leyes autonómicas sobre la misma materia, no le dedica precepto alguno en su articulado, hasta el punto de que ni tan siquiera se hace uso de las expresiones nietos o abuelos. A pesar de la omisión legislativa, razonable si tenemos en cuenta que la Ley 42/2003 fue aprobada dos años más tarde que la Ley balear, no cabe duda de que los menores fruto de una pareja estable disfrutan del mismo derecho que los nacidos de una relación matrimonial para relacionarse con sus abuelos en los términos reseñados en el artículo 160 del Código Civil. Pero es más, la libertad de pacto a la hora de regular la convivencia prevista en el artículo 4 de la Ley, debe extenderse a la posibilidad de la pareja de concertar cuestiones referentes a las relaciones nietos-abuelos, ya que ello entraría dentro de la facultad de regular, en palabras de la Ley, los “derechos y deberes respectivos”. Debe recordarse que constituye un deber de los progenitores facilitar las relaciones de sus hijos con sus abuelos, sin perjuicio, claro está, de que su fijación definitiva cuente con el consentimiento de éstos últimos, y que el pacto alcanzado en este

sentido no sea perjudicial para los menores o limitativo de sus derechos. En defecto de pacto, o ante la nulidad del mismo, debe estarse al contenido del artículo 160 del Código Civil y a la normativa ya estudiada respecto del ámbito matrimonial y de las parejas no sujetas a la Ley de Parejas Estables.

Hacemos nuestras las palabras del legislador andaluz, plasmadas en el artículo 8 de la Ley 5/2002 de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho: de respeto a los derechos de los menores “con independencia de la unidad de convivencia de la que aquellos formen parte y de la relación jurídica existente entre sus miembros”.

CAPÍTULO X. LAS RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS ANTE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE MENORES.

1.INTRODUCCIÓN

Difícilmente podemos entender completada una tesis sobre las relaciones personales nietos-abuelos si no analizamos con la misma profundidad y exhaustividad la dimensión que tales relaciones alcanzan en el ámbito administrativo, o dicho de otro modo, se presenta como necesario estudiar las relaciones de los menores acogidos con los abuelos fruto del ámbito de protección que reconoce el artículo 161 del Código Civil. Nos encontramos pues ante un nuevo contexto, el que hay actores que repiten función (nietos, abuelos, y progenitores), y otros que aparecen en este momento en escena, como son la Administración Pública, los acogedores y los adoptantes. Desde esta perspectiva inicial todo parece apuntar a que las relaciones personales nietos-abuelos encontraran en este campo una dificultad añadida, como consecuencia de la existencia de mayores intereses a conciliar, sin embargo veremos cómo esto no siempre es así.

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, da una nueva redacción al artículo 161, incluyendo al efecto la siguiente previsión:

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.

Este precepto constituye el punto de partida, en correlación con el artículo que le precede, para poder adentrarnos en el ámbito del derecho administrativo y ver en qué forma y manera las relaciones personales nietos-abuelos se materializan.

El artículo 161 del Código Civil no agota el marco normativo en relación a esta cuestión, sino que al contrario, existe un amplio abanico legal que lo desarrolla o lo complementa y que va desde la legislación internacional a la autonómica, pasando por la regulación estatal.

2. MARCO LEGAL

2.1. Normativa internacional y estatal

a) Marco normativo internacional. Este viene integrado por diversas disposiciones de singular importancia:

-Declaración de los Derechos del Niño proclamada por Naciones Unidas en su Resolución 1386 de 20 de noviembre de 1959.

- Resolución (77) 33, de 3 de noviembre de 1977, del Consejo de Europa sobre Acogimiento de Menores.

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de septiembre de 1989, ratificada por España el 30 de diciembre de 1990.

-Convenio de la Haya, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 20 de mayo de 1993, ratificado por España el 1 de agosto de 1995.

-Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo. Resolución A3-0172/92, de 8 de julio.

b) Marco normativo estatal. Comprende los siguientes textos:

- Constitución Española de 1978.

- Código Civil.

- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

- Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela.

- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción.

- Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación a los menores.

- Real decreto 2170/1993, de 10 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en materia de protección de menores.
- Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora la directiva 89/552/CEE relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la Ley Orgánica 5/2000.
- Ley orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la administración.
- Ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 5/2000 de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

2.2. Normativa de las Islas Baleares

El marco normativo autonómico viene integrado tanto por la legislación aplicable al conjunto de las Islas, como por aquella regulación llevada a cabo por los Consells insulars:

a) Legislación Autonómica

- Ley 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados.
- Decreto 187/1996, de 11 de octubre, regulador de la habilitación y actividades a desarrollar por entidades colaboradoras de mediación familiar en materia de adopción internacional (BOCAIB nº 141, 14/11/1996).
- Decreto 46/1997, de 21 de marzo, por el cual se ordena en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, el establecimiento y la regulación de los

requisitos para la acreditación y habilitación de las entidades colaboradoras de la Administración en materia de guarda de menores e integración familiar (BOCAIB nº 45, 15/4/1997).

- Ley 8/1997, de 18 de diciembre, de atribución de competencias a los consejos insulares en materia de tutela, acogimiento y adopción de menores.

- Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y de la adolescencia de las Islas Baleares.

- Decreto 40/2006, de 21 abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de la idoneidad.

- Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.

- Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Islas Baleares.

b) Normativa Insular

- Reglamento de régimen jurídico de los centros de acogimiento residencial de personas menores de edad en Mallorca (BOIB núm 72, de 13 de mayo de 2010).

- Resolución de creación de la Comisión Técnica Asesora de la dirección ejecutiva de protección al menor y atención a la familia (BOIB núm 42, 22/3/2011).

3. GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES. CONCEPTOS FUNDAMENTALES.

La materia que nos ocupa, a caballo entre el derecho civil y el derecho administrativo, requiere de una distinción nítida de todas aquellas figuras jurídicas que se integran en la legislación aplicable, y que abarcan tanto determinadas situaciones protegidas por la ley, como instituciones jurídicas y medidas de protección.

El libro primero del Código Civil, en su título séptimo, bajo la rúbrica de las relaciones paterno-filiales, dedica su capítulo quinto, sección primera, a la guarda y acogimiento de los menores, artículos 172 a 174. Los mencionados preceptos fueron redactados por la Ley de 11 de noviembre de 1987, la cual introdujo la figura del acogimiento en el Código Civil

atribuyendo la tutela automática, la guarda legal y el control del acogimiento a la entidad pública correspondiente.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificó parcialmente la normativa anterior presentando a todos los efectos una ampliación de la protección de los menores de edad con especial incidencia en la prevención, la reparación de situaciones de riesgo y la atención en supuestos de desamparo. La Ley introdujo además una distinción que se torna fundamental, entre las situaciones de riesgo y las situaciones de desamparo. Empecemos pues por estos conceptos los cuales sirven de puente para poder examinar otros de igual calado o importancia:

a) Declaración de riesgo.

Supone una situación, en la cual, el menor, por distintas circunstancias, normalmente de carácter personal, familiar o de su entorno, se ve afectado y perjudicado en su desarrollo personal o social, lo que determina la intervención de las Administraciones Públicas competentes para reducir o compensar tales deficiencias y evitar una situación más grave que pudiera desencadenar en su desamparo. La declaración de riesgo no conlleva la extracción del menor de la familia, si no que dentro de ésta, se adopta un programa de trabajo para recuperar su persona en todos aquellos parámetros en los que presenta dificultades.

b) Declaración de desamparo.

Se considera en situación de desamparo al menor que se haya privado de la necesaria asistencia moral o material, por razón de incumplimiento, o mal cumplimiento de los deberes de protección que impone la ley, respecto a la patria potestad, la tutela o la simple guarda de hecho de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material, artículo 172 párrafo segundo del Código Civil¹¹³.

¹¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de noviembre de 2011: “Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa...la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos

La Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y adolescencia de las Illes Balears, en su artículo 63, se refiere al concepto y situaciones de desamparo¹¹⁴ en los siguientes términos:

1. Constituye una situación de desamparo la que se produce de hecho, a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, para la

individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno, el buen ambiente social y general que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con los familiares, en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc”.

¹¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 24 noviembre de 2009: “En lo que hace específicamente a la situación de desamparo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil se considera como tal la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. De modo que el desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica en la que se encuentran los menores caracterizada, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias; situación que determina, por ministerio de la Ley, la tutela automática del menor por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada su protección, e implica por ende la privación de la guarda y custodia que pudiera corresponder a sus padres. De otra parte, se ha reiterado doctrinal y jurisprudencialmente que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, sin perder de vista que la legislación aplicable ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando así un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia de desamparo cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común. Lo anterior entronca directamente en el principio de prioridad de la propia familia natural proclamado en el artículo 9 de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 30 de diciembre 1986, que reconoce el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, lo que por otro lado recoge también el artículo 172.4 del Código Civil.

Descendiendo al supuesto enjuiciado, se estima que la medida adoptada por la Administración obedece plenamente a la situación de desamparo de las menores, y que su ingreso en un centro de acogida no es desproporcionado, dada la negativa de la madre a preservarlas de todo contacto con su presunto agresor. En efecto, el argumento principal proclive a la legalidad de los acuerdos impugnados descansa en la propia conducta de la actora, quien a pesar de conocer la existencia de la denuncia por abusos sexuales contra su compañero sentimental desde meses antes, no adoptó ninguna medida de protección de las víctimas, ni tampoco reaccionó positivamente hasta que se vio alejada de las menores; pues cabe recordar que tres días después de la declaración de desamparo la actora decidió dejar de vivir con el presunto agresor, y que en el mes siguiente a tal separación seguía pensando en la falsedad de los hechos denunciados. Por consecuencia de lo anterior, la decisión administrativa impugnada, encuadrada en el contexto en que fue adoptada, aparece como jurídicamente irreprochable, pues la Administración se ocupó de ofrecer a las menores la necesaria protección frente al compañero sentimental de la madre, ante la dejación que ésta hizo de su obligación de amparar a sus hijas”.

guarda de las personas menores de edad, o cuando éstas queden privadas de la necesaria asistencia moral o material de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se consideran situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, las siguientes:

a) Malos tratos de orden físico o psíquico, en cualquiera de sus manifestaciones. También tienen tal consideración los abusos sexuales, las situaciones de explotación y cualesquiera otras de naturaleza análoga.

b) Inexistencia de las personas a las que legalmente corresponden las funciones de guarda.

c) Ausencia del reconocimiento de la filiación, así como la renuncia de ambos progenitores de las obligaciones y los derechos que tienen hacia la persona menor de edad.

d) Negligencia en la atención física, psíquica o emocional de la persona menor de edad de manera sistemática y grave.

e) Cualquier otra situación de desprotección que suponga la privación de la necesaria asistencia a la persona menor de edad y que tenga su origen en el incumplimiento o inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de guarda, y que aconseje o haga necesaria la separación de la persona menor de edad del contexto familiar.

f) Suministro de sustancias tóxicas o psicotrópicas.

g) Inducción a la mendicidad y a la delincuencia.

c) Tutela. Institución jurídica que sirve para la guarda, protección, administración del patrimonio y representación de las personas menores de edad no sujetas a la patria potestad y de las personas mayores de edad judicialmente incapacitadas. Según los beneficiarios y la forma de constituir la tutela, están admitidas dos distinciones:

-tutela automática, y

-tutela ordinaria.

La primera constituye la tutela que por ministerio de la Ley asume la entidad pública cuando hace la declaración de desamparo de una persona menor de edad, de conformidad con el artículo 172 del Código Civil; la segunda, es la que se constituye mediante resolución judicial para proteger y representar una persona menor de edad o una persona judicialmente declarada incapaz.

d) Guarda. Se podría definir como aquella institución jurídica que ejercitan padres y madres respecto de sus hijos no emancipados o los tutores respecto de sus pupilos, y que comprende los deberes y facultades previstos en el artículo 154 del Código Civil, esto es: el de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Sin embargo, la Ley prevé que en determinadas circunstancias pueda la Administración Pública competente en materia de protección de menores asumir al igual que los padres y los tutores la guarda de los menores.

La guarda, como institución jurídica que es, puede adoptar cuatro formas:

d.1) Guarda derivada de la Ley. Es aquella que se produce cuando se lleva a cabo la declaración de desamparo y se asume la tutela administrativa de la persona menor de edad. Sobre este punto, el artículo 172.1 del Código Civil, contempla:

La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas.

d.2) Guarda voluntaria. Es aquella que se produce cuando ante un futuro desamparo del menor, las personas que ejercen la patria potestad o la tutela, solicitan a la autoridad pública que se encargue de su cuidado por concurrir causas ajenas a su voluntad u otras circunstancias de fuerza mayor que se lo impiden. Artículo 172.2 del Código Civil:

Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

d.3) Guarda judicial. Como se infiere de su propia denominación, es aquella que se establece a favor de la entidad pública porque así lo entiende procedente la autoridad judicial: *“Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerda el juez en los casos en que legalmente proceda”*, artículo 172.2 in fine del Código Civil.

d.4) Guarda de hecho. A diferencia de las tres instituciones mencionadas con anterioridad, la guarda de hecho viene regulada al margen del derecho administrativo, siendo el Código Civil el que da cuerpo y contenido efectivo a esta figura, concretamente en los artículos 303, 304 y 306. Responde al ejercicio de hecho de un derecho, contempla en esencia

situaciones en las que una persona, sin nombramiento al efecto, se encarga de la guarda en su más extenso significado de un menor no sometido a la patria potestad, o de alguien en quien concurra una causa de incapacitación. No actúa en virtud de un nombramiento legal o judicial, sino que lo hace por oficio de piedad.

e) Acogimiento.

Es una medida de protección que adopta la entidad pública competente como forma de ejercicio de la guarda otorgada por ley. El acogimiento, como determina el artículo 173 del Código Civil, puede ser de dos tipos: 1) acogimiento residencial; y 2) acogimiento familiar.

1. Acogimiento residencial. El acogimiento residencial es una medida de protección cuya nota esencial reside en el hecho de que una persona menor de edad es acogida en un centro residencial titularidad de la Administración y donde recibirá los necesarios servicios de alojamiento, manutención, soporte educativo y educación integral. El Código Civil se refiere a ello cuando el artículo 173, apartado primero, en su último párrafo, alude al *“responsable del hogar funcional”*.

2. Acogimiento familiar. El acogimiento familiar, al igual que en el caso anterior, consiste en una medida de protección adoptada por la entidad pública competente y que se vértebra bajo la idea de que la Administración ha de llevar a cabo una búsqueda de una familia que pueda ocuparse del cuidado del menor. Como prescribe el artículo 173 del Código Civil, en su apartado primero:

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

El acogimiento familiar¹¹⁵ admite a su vez varias modalidades. Así, por un lado, si atendemos a su finalidad, de conformidad con el artículo 173 bis del Código Civil, cabe diferenciar tres clases de acogimiento familiar:

¹¹⁵ Con el borrador del Anteproyecto de Ley Orgánica de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia, fechado el 16 de mayo de 2011, el Gobierno pretendía mejorar la protección de los menores en nuestro país, evitar situaciones de desamparo y potenciar la acogida familiar frente a su ingreso en centros de acogida, especialmente para los menores de seis años. Es más, el Anteproyecto establecía expresamente que los menores de tres años no ingresarían en los centros de protección, salvo que existiese imposibilidad

*Acogimiento familiar simple

*Acogimiento familiar permanente

*Acogimiento familiar preadoptivo

Por otro lado, teniendo en cuenta la vinculación de la familia acogedora y la persona menor de edad, el acogimiento familiar puede ser:

*Acogimiento familiar con familia extensa

*Acogimiento familiar con familia externa

4. CRITERIOS QUE PRESIDEN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.

El sistema de protección de la infancia debe tener como fin primordial e indeclinable la protección de los menores de edad ante situaciones que puedan mermar su desarrollo personal o que puedan provocar una situación de desamparo.

El Decreto autonómico 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad, establece en su artículo 4 los principios, que para el ejercicio de la acción protectora, han de tener en cuenta los Consejos Insulares, destacando los siguientes:

a) Apoyo familiar como principal recurso de carácter preventivo, para garantizar el derecho del menor a permanecer en el núcleo familiar originario en condiciones que permitan el desarrollo integral.

muy justificada. Tanto el Gobierno como los organismos e instituciones relacionados con la protección a los menores consideraban que el entorno familiar es el ambiente más favorable para el desarrollo de los menores en situación de desamparo. Respecto del acogimiento familiar, el Anteproyecto suprimía el acogimiento provisional y el preadoptivo, con el objetivo de simplificar y acortar los procedimientos. Se diferenciaban los objetivos de acogimiento familiar de los de adopción. A su juicio esta reforma posibilitaba que las entidades públicas atribuyesen funciones de tutela a acogedores permanentes para dotar de más autonomía a la familia acogedora, se establecía su vez un régimen de derechos y deberes de los acogedores. Con relación a la adopción, además de suprimir el acogimiento preadoptivo, se acortaba el período previo establecido para la presentación de la propuesta de adopción ante el juez (pasaba de un año a tres meses). Además, se posibilitaba la adopción de mayores de dieciocho años en los casos en los que estén previamente en situación de acogida familiar (ahora sólo es posible si el acogimiento se produce antes de los catorce años) o convivencia estable (normalmente con un familiar). El objetivo del Gobierno era afrontar los problemas que se habían identificado, actualizando la regulación de nuestro sistema de protección de la infancia; porque según decía, este es un aspecto básico y esencial del Estado del Bienestar, porque afecta a los más vulnerables entre los vulnerables.

b) Primacía del interés del menor y de sus derechos, en especial el derecho a la integración familiar, sobre cualquier otro interés de personas que puedan concurrir.

c) Preponderancia de la integración familiar sobre el acogimiento en instituciones.

d) Evitar, siempre que sea posible y se valore como hecho positivo para los menores, la separación de hermanos y procurar que los acoja una misma familia.

e) Favorecer la permanencia del menor en su contexto sociocultural, procurando el acogimiento en la familia extensa, a no ser que resulte contrario al interés del menor.

f) Fomento de la información, la formación y el respeto como garantías de una integración familiar correcta”.

En esta tarea, tanto en su índole judicial como administrativa, deben seguirse una serie de criterios para que el amparo institucional y judicial de los menores sea efectivo y completo, y así dar cobertura a todas las necesidades que éstos puedan presentar en cada momento:

a) El interés de los menores.

El interés de los menores no sólo constituye un principio fundamental en esta materia, sino que es la piedra angular de todo el derecho de familia y de la protección de los menores o incapacitados. En la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés de los menores como principio orientador de las medidas de protección, como se extrae de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2008, y lo mismo sucede en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso WW contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987, entre otras resoluciones.

En el ámbito que nos ocupa, actuar en beneficio de los menores supone dotar al sistema de protección de todos los recursos necesarios para poder responder a sus necesidades y a las de su familia, teniendo en cuenta las circunstancias individuales concurrentes en cada caso. El interés de los menores no está claramente definido, sino que es mutable según cuales sean las realidades a las que nos enfrentamos: puede ser su retorno a la familia de origen; puede ser su acogimiento por familia extensa; y puede ser también un nuevo entorno alternativo y diferente que garantice su estabilidad, a través del acogimiento familiar permanente por una familia externa o su adopción.

La Audiencia Provincial de A Coruña, nos disecciona claramente este principio en Sentencia de 19 de junio de 2013:

En efecto, el niño, en cuanto individuo en formación, precisa de una protección especial en los órdenes fisiológico y psicológico, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario, en la medida de lo posible, salvaguardar, en este sentido en el derecho alemán se viene hablando del principio de promoción de su personalidad ("förderungsprinzip) como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades públicas sobre los menores. La infancia conforma un periodo de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del ser humano, de ahí la importancia que alcanza desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el art. 10.1 de la Carta Magna, en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, quien no puede por su edad defenderse por sí mismo, velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas que han de cuidar por que aquéllos sean debidamente respetados.

El borrador del Anteproyecto de Ley Orgánica de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia, de 16 de mayo de 2011, en su artículo primero, pretendía la modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Y en lo que aquí nos atañe, proponía un cambio sustancial en la redacción de su artículo 2, relativo a los principios generales, con el objetivo marcado de introducir criterios de interpretación y aplicación, siguiendo la jurisprudencia sentada en varias sentencias por el Tribunal Supremo, en línea con los criterios mínimos que en los sistemas anglosajones deben tener en cuenta los tribunales a la hora de concretar el interés de los menores.

Su tenor era el siguiente:

Como principio básico, en la aplicación de la presente Ley y demás que afecten a los menores de edad, primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. A efectos de la interpretación y aplicación concreta en cada caso del interés superior del menor, como criterios mínimos se tendrá en cuenta:

- a) Los deseos, sentimientos y opiniones del menor. Se tendrá en consideración su derecho a participar progresivamente en función de su derecho y evolución personal en el proceso de determinación de su propio interés.*
- b) Las necesidades básicas del menor, materiales, físicas, educativas y emocionales, priorizando los aspectos afectivos y emocionales.*
- c) Su edad, entorno y cualquier otra característica relevante.*

- d) *Lo más favorable para el desarrollo armónico de su personalidad.*
- e) *El peculiar efecto del transcurso del tiempo en el desarrollo de los menores.*
- f) *La conveniencia de la integración en su familia de origen, siempre que sea posible y favorable para el menor. En el caso de menores separados de su núcleo familiar se valorarán las posibilidades y conveniencia del retorno desde la óptica de sus intereses y no como derecho de la familia.*
- g) *El efecto probable y los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda tener en su personalidad y desarrollo futuro.*
- h) *La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten.*
- i) *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado.*
- j) *La capacidad de las personas tomadas en consideración para satisfacer sus necesidades”.*

b) Protección de los derechos de los menores.

La intervención de la Administración Pública no debe suponer una merma en aquellos derechos de los menores que tienen reconocidos por disposiciones legales o por tratados internacionales, sino que de contrario éstos deben ser plenamente garantizados, y en especial el derecho a la información, el derecho a la confidencialidad de su situación, el derecho a la participación en las decisiones que les afecten, y el derecho a mantener visitas por parte de su familia. El artículo 173.2.3º a) del Código Civil, reseña que el documento de formalización del acogimiento familiar, incluirá los siguientes extremos:

3º Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular..a) la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.

Aquí engarza el derecho de los menores acogidos a mantener relaciones personales con sus abuelos en el marco del artículo 161 del Código Civil. El ejercicio efectivo de estos derechos y su salvaguarda por la entidad pública, determina, que ante una colisión de los mismos con aquéllos de los que son titulares sus progenitores, abuelos u otros familiares, éstos últimos deben necesariamente ceder ante la primacía del interés de los menores

116

¹¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de abril de 2013: “En cuanto a la normativa internacional cabe citar la sentencia del TSJC de fecha 31 de marzo de 2011, que señala que "caso de existir incapacidad acreditada o un descuido apreciable de los progenitores por lo que se refiere al cuidado y de la educación de sus hijos (ATC 137/1992 de 25 mayo.),"adquiere su verdadera dimensión la obligación del Estado y, en concreto, de la Administración de asegurar al menor la protección y el cuidado imprescindibles

La Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de las Illes Balears, menciona a lo largo de su articulado los derechos de los que son titulares los menores y que deben ser objeto de protección por parte de las Administraciones Públicas: derecho a la prevención de los malos tratos y de la explotación (artículo 23); derecho a la integración y a la identidad (artículo 24); derecho a la atención a la primera infancia (artículo 26); derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (artículo 27); derecho a la libertad ideológica (artículo 28); derecho a la libertad de expresión (artículo 29); derecho a la promoción y protección de la salud (artículo 30); derecho de acceso al Sistema Público de Servicios Sociales (artículo 32); derecho a la educación (artículo 33); derecho a la educación especial (artículo 34); derecho al acceso a la cultura (artículo 37); derecho al ocio, deporte, asociacionismo y participación social (artículo 38); derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (artículo 40); y derecho a la información y publicidad (artículo 41).

c) El valor fundamental de la familia y de los vínculos afectivos. La intervención de la Administración Pública está presidida por la idea de que la familia de origen constituye el lugar preferente para cubrir las necesidades básicas de los menores, de tal manera que un buen estado de salud de las relaciones con sus progenitores, hermanos y familia extensa

para su bienestar (art. 3.2 CNUDN), pudiendo acudir en dichas ocasiones, si es necesario, a la separación de la familia en interés del mismo (art. 9.1 CNUDN), garantizando el derecho de audiencia a los padres (art. 9.2 CNUDN) y del propio menor en función de su edad y madurez (art. 12 CNUDN). En estos supuestos, en los que entran en conflicto real el interés del menor y el de la familia (en especial, el de los padres biológicos) por mantenerlo en su compañía, interés que es asimismo digno de protección, conforme a la doctrina del TC debe prevalecer el de los menores (STC 71/2004), siempre que la medida de separación adoptada supere un test de proporcionalidad, que integra un juicio sobre su idoneidad y necesidad, porque sea la más adecuada al fin pretendido y "no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia", así como un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que permita comprobar que la medida aplicada es "ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto". Por su parte, el TEDH, si bien considera que se ha de procurar un equilibrio entre los intereses de los progenitores y del menor, también admite que "el interés superior del niño... según su naturaleza y gravedad puede prevalecer sobre el del progenitor" (STEDH de 19 sep. 2000, caso Gnahoré contra Francia). Y sobre la base del art. 8.2 CEDH, la jurisprudencia del TEDH para valorar la legitimidad de la actuación administrativa de protección de menores en el ámbito de la vida familiar, toma también en consideración si se trata de una intervención proporcionada con respecto al fin legítimo perseguido, en la que se haya ponderado y justificado suficientemente el impacto y considerado previamente las posibles alternativas (SSTEDH de 19 sep. 2000, caso Gnahoré contra Francia; de 26 feb. 2002, caso Kutzner contra Alemania; de 14 ene. 2003, caso K. A. contra Finlandia, y de 21 jun. 2007, caso Haase contra Alemania)".

es fundamental para lograr la reunificación familiar y dar solución a las cuestiones que han provocado la declaración de riesgo o la declaración de situación de desamparo. No obstante, no debe olvidarse que gran parte de los casos que provocan la intervención de la Administración Pública lo son por conductas atribuibles a los progenitores, por la existencia de una familia desestructurada, siendo así que el interés de los menores ante estas circunstancias aconseja la integración de los mismos en un entorno familiar más estable y seguro, el cual puede ser la familia extensa (alcanzando en este caso especial trascendencia la figura de los abuelos y tíos de los menores), o el de la familia externa.

d) La no separación entre hermanos. Al igual que lo contemplado en el artículo 92 del Código Civil, en relación con los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, en el sentido de que el juez *“adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*¹¹⁷, en materia de resoluciones administrativas en relación con menores, también rige el principio de que los vínculos afectivos no incluyen sólo a los que puedan surgir entre los menores y sus progenitores, sino que también forman parte de los mismos los existentes respecto de la familia extensa, y en especial entre hermanos. A la hora de adoptar medidas de protección de los menores debe procurarse en la medida de lo posible no separar a los hermanos, y en caso de no ser viable, deberá establecerse un sistema que garantice el contacto más o menos permanente entre ellos. El artículo 172.4 del Código Civil prescribe que, en los casos de acogimiento de menores:

*Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su inserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona*¹¹⁸.

¹¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 12 de enero de 2007: “En este aspecto es de reseñar que, ciertamente, con la solución adoptada (acogimiento de la menor) se desvincula de su hermano, en la actualidad parece ser residente en China, pero al mismo tiempo, tampoco puede olvidarse que según los técnicos que han intervenido la niña no siente añoranza alguna por su hermano”.

¹¹⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de julio de 2012: Respecto de la no separación de los hermanos, el art. 172.4 CC dispone que “Se buscará siempre el interés del menor y se procurará que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona”. Pero este desideratum o principio no puede convertirse en un obstáculo a la persecución del interés del menor y no puede tener un valor absoluto, partiendo de que, además, incumbe a la entidad pública seleccionar a las personas que ejerzan el acogimiento familiar (art. 173.3 CC).A mayor abundamiento, en el presente caso, en informe emitido en

5. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y RELACIONES PERSONALES NIETOS-ABUELOS

Las relaciones personales nietos-abuelos, si bien vienen reconocidas con carácter genérico en el ámbito del artículo 161 del Código Civil, debe indicarse sin embargo que su concreta fijación estará condicionada por la situación en la que se encuentren los menores y por las medidas de protección que se adopten por parte de la Administración Pública respecto de los mismos. Los abuelos constituye la familia extensa de los menores, pero su posición respecto de su nietos se altera necesariamente en lo que a sus recíprocas relaciones personales se refiere dependiendo de las medidas que para su desarrollo personal, afectivo y material se hayan podido adoptar; pues como fácilmente se advierte, las relaciones de los menores, tanto con su familia nuclear como con aquellos parientes más lejanos, no alcanza la misma dimensión, extensión y profundidad ante una declaración del riesgo que ante otras medidas más gravosas y de superior grado técnico, jurídico y personal, como el acogimiento permanente, el preadoptivo, o la propia adopción.

El Código Civil no recoge en su artículo 161 el modo y manera en que se van a desarrollar las relaciones personales de los nietos con sus abuelos, como tampoco lo hace en el artículo 160.

fecha 27 de octubre de 2008 por la Psicóloga del Centro Les Palmeres, en que quedaron los menores ingresados, se hizo constar que S no mostraba apego a su hermano M y en el informe emitido por el Subdirector de dicho centro en fecha 4 de marzo de 2009 (previo al pase a situación de acogimiento con la familia con la que S había estado haciendo las salidas de fines de semana) se hacer constar, asimismo, que los dos hermanos interactuaban poco y no manifestaban especial apego. En el informe emitido en fecha 30 de abril de 2009 por la Psicóloga y el Técnico del centro de atención temprana al que acudía la menor, dentro del programa de intervención, se indica que la problemática de S no era un retraso importante en su desarrollo sino que se situaba a nivel emocional, encontrándose muy necesitada de una vinculación afectiva, vínculo que se estaba estableciendo al parecer de forma intensa con la familia de acogida que había facilitado una evolución favorable en su desarrollo, considerando importante que pudiese continuar con un vínculo familiar estable con intervención de dicho servicios para regular dicho vínculo. Por último, en el informe emitido por el Equipo Psicosocial de fecha 28 de octubre de 2011 se hace constar que los menores se hallan en un entorno familiar ajustado a sus necesidades y circunstancias y vinculados estrechamente a sus acogedores, lo que les está permitiendo consolidar adecuadamente su desarrollo personal emocional y social. Por tanto, la circunstancia de que los hermanos hayan sido acogidos por familias distintas no parece haber tenido ninguna repercusión negativa y el interés de los menores aparece atendido, además de que se ha acordado las visitas entre ellos”.

Lo primero que llama la atención del artículo 161 del Código Civil, es que éste parece indicar que son los tribunales los que regulan de inicio las relaciones personales de los menores acogidos, en este caso, con sus abuelos; cuando sin embargo la realidad es otra. El establecimiento de relaciones personales entre nietos y abuelos viene establecido por la propia Administración, siendo pues ésta la que determina, valorando la situación de los menores y sus concretas circunstancias, si es procedente o no que mantenga visitas o comunicación con sus abuelos. Interviniendo únicamente la autoridad judicial cuando se plantea una problemática específica en relación con las visitas que no encuentra solución en el diálogo entre las partes, bien porque hayan sido denegadas, o bien porque existen discrepancias en torno a su duración o en referencia al lugar donde éstas se cumplirán.

Dicho lo anterior, y ante la falta de una regulación concreta sobre el particular, analizaremos, desde una base teórica y jurisprudencial, cómo pueden ser las relaciones personales nietos-abuelos dependiendo de la medida de protección que haya sido adoptada en cada caso:

5.1. Declaración de riesgo

La Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de las Illes Balears, en su artículo 60, define la situación de riesgo y determina que situaciones pueden incluirse dentro de la misma:

1. Se considera situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares o por influencia de su entorno, la persona menor de edad se ve perjudicada en su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de las administraciones competentes para eliminar, reducir o compensar las dificultades y evitar el desamparo.

2. Constituyen situaciones de riesgo:

a) La falta de atención física o psíquica de la persona menor de edad por parte de sus progenitores o de la persona que ejerza la tutela o guarda, que suponga perjuicio leve para su salud física o emocional, descuido no grave de sus necesidades principales u obstaculización para el ejercicio de sus derechos, cuando se estime, por su naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos.

b) La dificultad sería de que las personas referidas en el apartado anterior tengan para dispensar adecuadamente a la persona menor de edad la referida atención física y psíquica, no obstante su voluntad de hacerlo, cuando ello suponga los efectos descritos en dicho apartado.

c) La utilización del castigo físico o emocional sobre la persona menor de edad que, sin constituir episodio severo o patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.

d) Las carencias de todo orden que, no pudiendo ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde éste para su tratamiento a través de los servicios y recursos normalizados, conlleven, no obstante su carácter incipiente o leve, indicadores desencadenantes o favorecedores de la marginación, la inadaptación o la desprotección de la persona menor de edad.

e) La desescolarización o el absentismo escolar habitual o sin justificación durante el período obligatorio.

f) Cualesquiera otras de las contempladas en el apartado primero que, de persistir, pudieran evolucionar y derivar en desamparo de la persona menor de edad.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 25 de enero de 1999, nos descifra, en relación a las situaciones de riesgo, que éstas vienen caracterizadas *“por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar”*, limitándose la intervención de la entidad pública *“a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo”*. La entidad pública tiene que analizar el riesgo en el que se encuentran los menores, y en esta ocupación tiene que investigar el pasado y el presente de la familia, a la vez que construir una predicción de futuro, o sea, valorar la posibilidad de que se produzcan nuevos episodios de maltrato o de abandono. Si la labor de investigación detecta una desprotección leve, no preocupante para los menores, se elaborará un plan de trabajo de obligado cumplimiento con el fin de educar a los padres, tutores y guardadores en habilidades parentales para que puedan proteger adecuadamente a los menores y cubrir así sus necesidades básicas. La separación sólo se acordará cuando se incumpla el plan de trabajo y se confirme, a través de los controles a los que ha sido sometida la familia, que no es posible asegurar el bienestar de los menores en ese entorno.

Cuando la Administración tiene meras sospechas de desprotección (porque no hay pruebas suficientes que la confirmen), cuando se valora el caso como de no desprotección

(pero sí susceptible de intervención de los servicios sociales comunitarios), o cuando la desprotección apreciada es leve, las relaciones de los menores con sus abuelos no tienen por qué verse afectadas; es más, pueden contribuir positivamente en la mejora de las condiciones de los menores, si tras las preceptivas entrevistas, se aprecia un nivel aceptable de contacto y de influencia de la familia extensa en la vida familiar.

5.2 Acogimiento

COLÁS ESCANDON sostiene que “el acogimiento en nuestro ordenamiento jurídico, después de las reformas llevadas a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, constituye un negocio jurídico perteneciente al derecho de familia, de carácter personal y temporal, que las entidades competentes en materia de protección infantil en cada Comunidad Autónoma proponen celebrar a los acogedores y a los progenitores de los acogidos, para que aquéllos, con o sin contraprestación económica, reciban en su casa un niño, y lo cuiden como si de un hijo se tratara durante el tiempo en el que el negocio se mantiene vigente”¹¹⁹.

El acogimiento se podría definir como temporal y revocable, orientado a la protección de los menores que se encuentran privados, aunque sea circunstancialmente, de una adecuada atención familiar, y consiste en confiar a los menores al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle sustento, habitación, vestido y especialmente una vida familiar conforme a los usos sociales.

Como ya hemos indicado en páginas anteriores, existen tres modalidades de acogimiento familiar en función de su finalidad, y recogidas los artículos 173 y 173 bis del Código Civil, así como en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero: Acogimiento familiar simple, Acogimiento familiar permanente y Acogimiento familiar preadoptivo

5.2.1 Acogimiento familiar simple

Se trata de un tipo de acogimiento que puede recaer tanto en la familia extensa, como en una familia externa, o en un profesional, y mediante el cual se otorga la guarda de un

¹¹⁹ COLAS (2005) ob cit, p. 110.

menor a una persona o familia durante un periodo de tiempo predeterminado con el objetivo de complementar la familia biológica.

El artículo 7 del Decreto 40/2006, determina:

Son susceptibles de este acogimiento los menores que tengan un estructura familiar de referencia pero que no puedan ser atendidos temporalmente por sus padres y que tengan pronóstico de superación a corto plazo, o cuando se tenga que llevar a cabo una valoración y un diagnóstico de la situación familiar y personal del menor para adoptar una medida de carácter más estable.

La nota característica de este acogimiento reside en la temporalidad de la medida, junto con el hecho de que busca por encima de todo la reinserción del menor en su propia familia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011, siguiendo otra de 31 de julio de 2009, indica:

Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica, no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentra teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

Importante también resulta el razonamiento de la Audiencia Provincial de Granada, en Sentencia de 9 de febrero de 2002, al poner de manifiesto que:

La conjunción entre los derechos del niño y la prioridad de la familia natural ha de buscarse en cada caso concreto, lo que quiere decir, que aún cuando tengan un carácter extraordinario las medidas de protección de los menores, en cuanto alejan a éstos de su familia natural, tal condición se hace más flexible, si las medidas de defensa (protección) de los menores, son para ellos más favorables tanto en lo físico como en lo espiritual; en cuyo caso el retorno a la familia natural quedará en entredicho.

Este acogimiento admite a su vez tres formas:

5.2.1.1. Acogimiento familiar simple en familia extensa

Esta categoría integra el acogimiento de los menores que se constituye con personas o familias que pertenecen al núcleo familiar en relación de parentesco.

A tal punto, el artículo 8 del Decreto 40/2006, regula:

- 1. A los efectos de este Decreto se entiende por familia extensa el núcleo de personas que tienen relaciones de parentesco con el menor hasta el cuarto grado. Por tanto, el acogimiento familiar simple en familia extensa se constituye cuando las personas acogedoras del menor formen parte de su entorno familiar más próximo hasta este cuarto grado de parentesco.*
- 2. El Consejo Insular, como entidad pública competente, valorará los siguientes aspectos de la familia acogedora: la relación previa existente con el menor, el interés demostrado por su bienestar, la capacidad de preservarlo de las condiciones que en su caso determinaron la desprotección y la actitud educativa con los hijos propios, con la finalidad de comprobar que no haya factores de riesgo para el menor.*
- 3. En el caso de acogimiento en familia extensa no es necesario el proceso de valoración que regula la sección 2ª de este capítulo, si bien se ha de realizar una valoración general de la capacitación para el acogimiento propuesto.*

Aquí sin duda la situación en la que se encuentran los abuelos puede convertirles en las personas idóneas para poder llevar a cabo el acogimiento de sus nietos, para ello se les realizará una valoración exhaustiva a efectos de verificar si reúnen los requisitos necesarios. Si son los abuelos los que definitivamente se convierten en acogedores de sus nietos, las relaciones con éstos adquieren su máxima expresión. En caso distinto, es decir, cuando el acogimiento recae en otros familiares, fundamentalmente hermanos o tíos de los menores, éstos podrán relacionarse con sus abuelos, dado que la familia acogedora ha de facilitar la relación y las visitas de los menores con sus parientes más próximos en aras a mantener los vínculos afectivos. Es más, salvo aquellos supuestos en los que los ascendientes de primer grado hayan sido corresponsables en la declaración de desamparo, en el resto de situaciones, las relaciones de los nietos con sus abuelos pueden

contribuir a que los menores regresen lo antes posible al núcleo familiar, pues el propósito legal es la reinserción en su propia familia¹²⁰.

El principio de prioridad de la propia familia natural proclamado en el artículo 9 de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 30 de diciembre 1986, encarna el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, lo que por otro lado reconoce también el artículo 172.4 de nuestro Código Civil, extendiéndolo a la “familia” en su sentido lato.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de marzo de 2013, introduce ciertos matices a tener en cuenta en relación al interés de los menores y su reinserción en la propia familia:

Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que le sean más beneficiosas. Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»). Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»). Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se

¹²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 12 de enero de 2007: “Ciertamente, como principio general debe admitirse un prioridad de la propia familia natural, pero en el caso concreto, ante el conjunto de circunstancias concurrentes, y especialmente la gravedad del maltrato inferido a la niña y la ausencia de parientes próximos que se hubieren interesado por hacerse cargo de la misma en los primeros meses siguientes a la intervención policial y el desinterés de la madre especialmente en dichos primeros meses, aconsejan como solución mejor el procedimiento de acogimiento seguido por el organismo tutelar”.

trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor.

Los menores que hayan sido acogidos por familiares, generalmente abuelos, pueden más tarde retornar al núcleo familiar reducido, formado por los progenitores y hermanos. En estos casos, el interés de los menores, exige actuar con cautela a efectos de no exponerles a cambios bruscos que echen al traste los logros conseguidos, y también requiere que en todo caso se mantenga un contacto fluido y extenso con aquéllos que les han protegido.

La Audiencia Provincial de Guadalajara, en auto de 30 de mayo de 2003, abordando esta cuestión, ante un menor que desde muy temprana edad, 2 meses, fue separado de sus padres a raíz de la incoación de un procedimiento penal contra ellos por un delito de malos tratos, otorgándose la guarda y custodia del menor a los abuelos maternos - pese a que el niño con 7 años, solo había conocido a sus abuelos, refiriéndose continuamente a estos últimos como papá y mamá, y repitiendo ante cualquier pregunta que él quiere estar con ellos-, entendió procedente estimar el cese del acogimiento, si bien estableciendo un período transitorio de adaptación de un año, en el cual los progenitores tendrían a su favor un régimen de visitas. Además tras el cese del acogimiento se instauraría:

A favor de los abuelos respecto al menor un régimen de visitas “que tendría lugar los fines de semana alternos desde las 18.00 h del viernes a las 19.00 h del domingo, un mes en verano y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, eligiendo el período correspondiente en caso de desacuerdo, los abuelos en los años pares y los padres los impares.

En otras ocasiones se resuelve el expediente negando explícitamente la idoneidad de los abuelos para ser acogedores de sus nietos. La Audiencia Provincial de las Islas Baleares, en Sentencia de 11 de febrero de 2008, en cuanto al recurso presentado por la abuela contra la resolución denegatoria del acogimiento respecto de sus nietos, consideró, atendiendo al resultado de la prueba, que:

Quedó acreditado que la abuela materna no es idónea para el acogimiento de los menores por lo que el interés superior de estos exige la desestimación de la demanda por ella formulada de oposición a la Resolución administrativa adoptada en fecha 5 de junio de 2006. Las causas por las que se deniegan el acogimiento con la abuela materna exceden de la precariedad económica o nivel cultural, según ha pretendido plantear la defensa de la señora R , pues debe tenerse en cuenta que cuando se declaró la situación de riesgo de los menores la abuela materna formaba parte del núcleo familiar, el residir en el mismo domicilio que la progenitora y los menores, como también formaba parte de dicho núcleo familiar cuando se produjeron los supuestos abusos sexuales a los menores por parte del compañero sentimental de la madre de dichos menores. Por otra parte, durante todo el proceso, desde que los servicios sociales toman parte en el seguimiento de los menores, la Sra. R en ningún momento se ha mostrado colaboradora ni tampoco ha solicitado visitas. Además de todo ello ha quedado acreditado que la situación actual de los menores es muy beneficiosa para estos; siendo su interés el que debe primar sobre cualquier otro interés.

En idéntico sentido, pero extendiéndolo a más familiares (abuela paterna y tíos paternos), razonó el rechazo al acogimiento y visitas la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, en Sentencia de 8 de marzo de 2007, por carecer la familia solicitante de las condiciones necesarias y habilidades de protección para asumir adecuadamente el cuidado de las menores, dados los antecedentes familiares negativos y de presuntos abusos sexuales transgeneracionales:

En las circunstancias constatadas, de ningún modo puede accederse a la solicitud de los instantes del presente procedimiento a fin de obtener el acogimiento de las dos menores de constante referencia o de obtener respecto de las mismas un régimen de visitas pues de todas las probanzas obrantes en autos-informes psicológicos, de seguimiento, exploraciones, etc. se desprende que aunque el daño producido a las niñas ha provenido sustancialmente de quienes eran los garantes de las mismas -los progenitores- la familia extensa no actuó con la diligencia precisa para atajar la actividad que causaba aquel daño, cuando era algo evidente, habiéndolo detectado maestros, médicos e incluso en alguna ocasión habiendo llegado a instancias judiciales, y también habiéndolo manifestado las propias víctimas a esa familia extensa, en la cual, por otra parte, se han detectado abusos transgeneracionales.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 5 de abril de 2001, denegó el acogimiento interesado por los tíos maternos de la menor:

La hoy recurrente, Sra. G. V., a pesar de habersele otorgado el cuidado de su sobrina, la devolvió dos veces, la primera a su madre, a sabiendas del riesgo que ello suponía para dicha menor, y la segunda

al propio Servicio de Acción Social, debido a la depresión sufrida, y que durante más de un año se desatendió completamente de ella, su posterior y actual cambio de criterio no puede ser tomado en consideración pues ello contradice la doctrina jurisprudencial de los propios actos que son aquellos que por su carácter, trascendental o por constituir convención causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, de tal manera que esta queda vinculado por su contenido de forma que no puede con posterioridad modificar dicha situación de modo unilateral.

Sólo cuando no existe familia extensa, cuando no reúne las condiciones exigidas, o cuando el acogimiento constituido a favor de la misma no ha sido eficaz, procede dar el siguiente paso encaminado a la intervención de terceros.

5.2.1.2. Acogimiento familiar simple en familia externa.

Esta categoría integra el acogimiento de los menores por personas o familias que no pertenecen al núcleo familiar, ni tienen relación de parentesco. Con él se intenta dar una adecuada protección a los menores de entre cero y seis años. Al tratarse de una medida orientada a niños de menor edad, a diferencia del acogimiento familiar en familia extensa que engloba a menores de entre cero y diecisiete años, las relaciones que éstos puedan tener con sus abuelos revisten si cabe mayor importancia.

Dispone el artículo 9 del Decreto 40/2006:

1. El acogimiento familiar simple en familia ajena se constituye con personas o familias que no pertenecen al núcleo familiar ni tienen relación del parentesco, y han sido seleccionadas de acuerdo con los criterios establecidos este capítulo.

2. Se entiende por familia del entorno más próximo la integrada por la persona o personas que pertenecen al medio más próximo en el que se desarrolla el menor (vecinos, amigos de la familia...). En este supuesto no es necesario el proceso de valoración que regula la sección 2ª de este capítulo, si bien se ha de realizar una valoración general de la capacitación para el acogimiento propuesto.

En esta edad tan temprana es cuando los niños fijan sus referentes familiares y sus relaciones de afectividad, el mantener relaciones personales con sus abuelos les puede servir no sólo para evitar el desapego familiar, sino también para favorecer su desarrollo personal, psíquico y emocional. El criterio que impera en la mayoría de los supuestos de acogimiento en familia externa es el de que se deben garantizar las relaciones de los menores con sus abuelos siempre que así lo soliciten éstos o aquéllos, y cuando no concurren circunstancias de las que se pueda inferir que tal contacto pueda resultarles

perjudicial. Este parece ser el principio que inspira el artículo 173, 2.3º a) del Código Civil, al exigir como obligatorio que el documento de formalización del acogimiento familiar contenga *“la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido”*.

5.2.1.3. Acogimiento familiar simple profesional

Es una modalidad de acogimiento que tiene lugar cuando nos encontramos ante menores con necesidades especiales. Por esta razón, su singularidad reside en que el acogimiento necesariamente tiene que recaer en personas que acumulen una formación y experiencia suficiente en estos tratamientos. En principio no hay motivos para pensar que esto trascienda a las relaciones entre nietos y abuelos, salvo en el caso de que el tratamiento para su recuperación valore negativamente los contactos.

5.2.2 Acogimiento familiar permanente

A diferencia del acogimiento simple, el acogimiento permanente representa estabilidad, duración indefinida en el tiempo, una inicial imposibilidad del retorno de los menores a la familia de origen. Aunque esta modalidad de acogimiento puede darse tanto en familia extensa como en familia externa, su centro de gravedad reside en el mismo punto: el retorno a la familia es posible, pero no está ni programado ni previsto.

Artículo 19 del Decreto 40/2006:

Concepto

1. Con el acogimiento familiar permanente se otorga la guarda de un menor a una persona o a un núcleo familiar con la obligación de cuidarle, alimentarle, educarle y procurarle una formación integral y ejercer el contenido de las facultades tutelares que, en su caso, se le concedan judicialmente.

2. El acogimiento familiar permanente goza de las mismas características y formalidades constitutivas que el acogimiento familiar simple contenido en el capítulo anterior, si bien se constituye con una duración indeterminada y teniendo en cuenta los criterios específicos siguientes:

A) Aceptación del acogimiento familiar sin límite temporal predeterminado. No hay una previsión de retorno a la familia biológica pero sí una relación con ella.

b) Ausencia de expectativa de adopción.

c) Aceptación de la relación del menor con su familia biológica.

De nuevo, los abuelos, como parte de la familia propia de los menores, ocupan una posición destacada para ser seleccionados como acogedores con carácter permanente. Y para el caso de que concurra en los mismos una imposibilidad para desempeñar esta función, o no sea su deseo, o no hayan sido seleccionados, o se haya optado por la modalidad de acogimiento en familia externa; no puede desconocerse la realidad, cual es que en la práctica totalidad de los acogimientos familiares la Administración Pública suele garantizar el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos, ex artículo 161 del Código Civil¹²¹. Previamente los menores deben ser oídos, y además la entidad pública debe averiguar el cómo se han relacionado hasta este momento a efectos de adoptar una decisión que no les resulte perjudicial. El límite, una vez más: la “justa causa”.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 17 de junio de 2010, ante la impugnación por parte del abuelo de la reducción de las visitas con su nieta -limitándolas a los domingos de 16 a 21 horas, pudiendo interrumpirse las visitas durante la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y un mes de las vacaciones de verano si la acogedora se ausenta con la niña de su residencia habitual-, la Audiencia, confirmando la resolución atacada, hizo propio el informe del equipo psicológico adscrito al juzgado y entendió probado que el abuelo materno:

Muestra dificultades significativas para asumir su condición de no acogedor, critica y desvaloriza las intervenciones profesionales que se realizan con la niña, ofrece una exposición social estigmatizante y potencialmente traumática de la menor, mantiene un sistema atribucional externo sobre todas las dificultades en el desarrollo de la menor, prefiere que la menor esté en su compañía exclusiva que con otros niños, en actividades extraescolares y de tiempo libre y desarrolla patrones de interacción y apego significativamente disfuncionales y/o inadecuados al desarrollo evolutivo de la menor.

5.2.3 Acogimiento preadoptivo

Su definición viene contenida en el artículo 22 del Decreto 40/2006:

¹²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 21 de diciembre de 2010: “Supresión del régimen de visitas del menor con su abuela y tío paterno, la Sala revoca la referida resolución indicando que aunque la comunicación con su tío y abuela biológicos le resulte al menor, anodina, indiferente o superflua, deseando que termine para volver a su casa, sin causarle beneficio de ningún orden, soportando las visitas con resignación; resulta que tampoco le son negativas o perjudiciales para su interés”.

1. El acogimiento familiar preadoptivo supone confiar la guarda de un menor a una persona o a una familia para la adopción o como paso previo a la adopción, asumiendo las mismas obligaciones que las establecidas para el acogimiento familiar simple y permanente.

2. El acogimiento familiar preadoptivo se ha de promover cuando se prevea la imposibilidad de reinserción del menor en la familia biológica y se considere necesaria para su atención, su situación y sus circunstancias personales, la integración plena en otra familia mediante la creación de vínculos de filiación.

La “justa causa”, cuya presencia impide las relaciones personales entre nietos y abuelos, tiene que ser objeto, como ya hemos apuntado en otras partes de esta tesis, de una interpretación restrictiva. Sin embargo cuando topamos con el acogimiento preadoptivo se aprecia una cierta relajación, corsés menos apretados. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 18 de diciembre de 2007, es una prueba de ello. Frente a la petición de la abuela de que se mantuviesen las visitas con sus nietas, por no haber representado daño alguno para las menores, siendo por el contrario que entre ellas existía una relación de profundo afecto que se truncaría en perjuicio de sus nietas, si se le negasen las visitas, sentenció la Sala que:

Todos los informes técnicos desaconsejan el inicio de cualquier comunicación con la familia biológica, pues supondría un elevado coste emocional para las niñas y una involución en el estado actual de las menores, poniendo en peligro, el acogimiento y la perspectiva de una próxima adopción plena.

El acogimiento preadoptivo es un paso más en la separación de los menores de su familia biológica, paso que sólo debe darse cuando se comprueben dos realidades: por un lado, que la Administración ha puesto todos los medios a su alcance para la reunificación familiar, y ésta no se ha conseguido; y por otro lado, que el proceso de acogimiento ha sido fructuoso, que los menores se han integrado plenamente en su nueva familia.

Cuando se alcanza este punto, el régimen de visitas, tanto con los progenitores como con los abuelos suele suspenderse cautelarmente hasta que el juzgado resuelva lo oportuno sobre esta cuestión, como incidente dentro del proceso judicial, dando lugar con ello a la ruptura de los lazos de los menores con su familia biológica.

La justa causa que bloquea las relaciones nietos-abuelos sigue un único discurso: que estos contactos pueden provocar en los menores una desestabilización emocional, que

pueden poner en riesgo su proceso de adopción, y que pueden causarles perjuicios físicos y psíquicos.

La Audiencia Provincial de las Islas Baleares, en Sentencia de 9 de marzo de 2007, conociendo de la petición de los progenitores de que se ampliase el régimen de visitas con su hija, motivado por el cese del acogimiento permanente y la constitución de un acogimiento preadoptivo, dejó claro que:

Iniciado pues el proceso que ha de llevar naturalmente a la adopción de la menor, debe tenerse en cuenta que éste va directamente orientado a la incorporación definitiva de la niña a la vida de la familia de acogida y por otro lado producirá la definitiva extinción de los vínculos jurídicos con la familia biológica (art.178 CC). En este contexto y de pura lógica el establecimiento de visitas y el mantenimiento de las mismas aparece como un contrasentido para la finalidad que se está buscando. En beneficio de la menor debe procurarse su integración en la nueva familia, integración para lo que sería perturbador la continuación del contacto con su familia de sangre en los aspectos personal y emocional.

La Audiencia Provincial de Asturias, en Sentencia de 11 de octubre de 2012, juzgando la petición de las abuelas de que se revocase la resolución que impedía las visitas con sus nietos -y en su defecto se estableciese una visita por semana hasta que la adopción hubiera ganado firmeza-, indicó que:

Se aprecia sin lugar a dudas que el superior interés de los menores aconseja la favorable integración en su nueva familia de acogimiento preadoptivo para cuyo éxito es preciso, a su vez, la ruptura de cualquier tipo de vínculo con todo el entorno de la familia biológica que pudiera entorpecer el necesario ambiente de cariño, estabilidad y seguridad que su nueva situación requiere, máxime cuando en el anterior proceso 330/09 sobre oposición del padre a la resolución administrativa en materia de protección de menores se constató que el entorno de la familia biológica podría haber sido conocedor de la situación de maltrato que sufrían los niños, dada la cercanía de sus domicilios y la existencia de signos externos de maltrato físico (moratones y heridas en distintas partes del cuerpo), sin que hicieran nada para atajar esta situación.

En la misma sintonía la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, de 12 de marzo de 2012:

No pueden continuar los tres menores en acogimiento residencial para que su abuelo pueda visitarlos y comunicar con ellos, sin que proceda acceder a la pretensión del recurrente de restablecimiento de un régimen de visitas con sus tres referidos nietos, dado que la modalidad de acogimiento

preadoptivo implica la próxima adopción, la cual produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior.

5.3 Adopción

La adopción encuentra su regulación en los artículos 175 a 180 del Código Civil.

GARCÍA CANTERO, la entiende como un negocio de derecho de familia que se realiza entre el adoptante o los adoptantes y el adoptando mayor de doce años, y que se perfecciona por resolución judicial¹²².

LACRUZ BERDEJO, se refiere a ella, como un acto jurídico de naturaleza jurisdiccional¹²³.

XAVIER O'CALLAGHAN, indica, que antes de la reforma de la adopción de 1987 era considerada como un negocio jurídico de Derecho Privado, pero en el vigente texto "no hay duda de que la adopción es un acto de autoridad, perteneciente al Derecho Público. Dentro de esta naturaleza es un acto judicial: se constituye por resolución judicial"¹²⁴.

Quizás la posición más actual es la que refiere a la adopción como una verdadera institución que establece entre adoptante y adoptado una relación jurídica idéntica a la paterno-filial¹²⁵.

Pero dejando al margen cuestiones sobre la adopción ajenas a esta tesis, debemos centrar la atención en los efectos de la misma, o sintetizando más, en su efecto negativo: la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (artículo 178.1 del Código Civil).

Los menores adoptados se integran definitivamente en la familia de adopción, y en correlación con ello, devienen absolutamente incompatibles las relaciones con su familia de origen, cualquiera que sea la posición de sus miembros. Los menores, por imperativo legal, ya no se relacionarán con sus abuelos, ni éstos con aquéllos. Más que una justa

¹²² LACRUZ (1989), p. 201.

¹²³ LACRUZ (1989), p. 202

¹²⁴ O'CALLAGHAN (1996), p. 264.

¹²⁵ Artículo 108 del Código Civil: "La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código".

causa que impide las relaciones personales entre nietos y abuelos, debemos referirnos a este particular como un verdadero motivo de extinción del derecho recíproco por desaparición del vínculo.

No obstante, extra processum, nos consta que en algunos casos muy contados, y con circunstancias también muy específicas, se ha permitido que las relaciones “nietos” y “ex-abuelos” se mantengan pese a la adopción. Esto sólo puede tener cabida al margen de la ley, y cuando se dé una aquiescencia total de todos los afectados: adoptantes, adoptados y “ex-abuelos”. Que los menores puedan relacionarse con los que fueron sus abuelos sólo puede calificarse como un acto de enorme generosidad por parte de los adoptantes; pero alerta, esta complacencia no está exenta de riesgos, existen y pueden ser gravemente perjudiciales para los menores adoptados y su equilibrio emocional: es difícil pensar en unos abuelos biológicos que visitando asiduamente a sus nietos de sangre no revelen a éstos antes o después su verdadera identidad, o que siendo conocida por los adoptados, no hagan constantes esfuerzos para recuperar el protagonismo como abuelos (que ya no son) y acercarlos a la familia de origen. El respeto al compromiso y la lealtad con los progenitores legales a buen seguro que no es sencillo de conseguir, pero sólo siguiendo estas pautas podrán seguir gozando de facto de un derecho que por ley ha dejado de ser tal.

En este deseo de mantener los lazos abiertos entre el adoptado y su familia biológica, se ha defendido que los abuelos, si bien con la adopción de sus nietos pierden esta condición, no obstante se les puede seguir considerando como “allegados”. En nuestra opinión este razonamiento es muy endeble, por diversos motivos:

a).-Porque aunque los vínculos biológicos entre el adoptado y sus ex -abuelos subsistan siempre, están en su ADN y no pueden disociarse; nos guste o no, la normativa de la adopción es la que es, y ésta gira en torno a un principio básico: la extinción de todos los vínculos entre el adoptado y su familia biológica.

b).-Porque aunque el Código Civil no menciona expresamente a la adopción en su artículo 161, refiriéndose únicamente al menor acogido, es claro que el acogimiento es una medida de protección inicial, que con el devenir de las circunstancias puede dar lugar a un

acogimiento preadoptivo, y el última instancia, a una adopción. Si para el acogimiento el Código no menciona a los “allegados” (sino solamente a progenitores, abuelos y demás parientes) como las personas que pueden visitar y relacionarse con el menor acogido, lo que no podemos sostener para la adopción, es que ésta ya no se regiría por el artículo 161, sino por el 160, donde se contempla el derecho general de los allegados de relacionarse con los menores. Lo podemos decir más alto, pero no más claro: en materia de protección de menores los “allegados”, reales o simulados, no tienen derecho para visitarlos y relacionarse con ellos. Ergo, si los ex abuelos son “allegados”, merecen igual tratamiento.

c).-Porque los abuelos, o son abuelos o son ex abuelos, por perder ex lege su anterior condición, pero lo que no pueden ser es “allegados”. De ser abuelo no se puede pasar a ser amigo, son dos categorías diferentes, no intercambiables.

d).-Porque cuando se da el salto a la adopción, salvo en menores de corta edad que no alcanzan a comprender lo que está sucediendo a su alrededor, es porque los adoptados se prestan a ello, porque muestran su predisposición a integrarse en una nueva familia. La adopción no responde más que a un único propósito, el interés de los menores¹²⁶, interpretado por la entidad pública mediante la propuesta de constitución, y por la autoridad judicial en la resolución que la constituye¹²⁷.

¹²⁶ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

"Artículo 2. Objeto y finalidad de la Ley

1. La presente Ley establece el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor.

2. La finalidad de esta Ley es proteger los derechos de los menores a adoptar, teniendo en cuenta también los de los solicitantes de adopción y los de las demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional.

Artículo 3. Principios informadores de la adopción internacional

La adopción internacional de menores respetará los principios inspiradores de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y del Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

A tal fin, la Entidad Pública competente, en la medida de lo posible, incluirá los estándares y salvaguardas del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, en los acuerdos relativos a la adopción internacional que suscriba con Estados no contratantes del mismo".

¹²⁷ Artículos 176 y 177 del Código Civil

El interés de la familia de origen, circunscrito al retorno de los menores al núcleo familiar, tiene su tiempo, y al no fructificar, decae ante un interés superior. Pierde pues la razón de ser el mantenimiento de las relaciones personales entre los adoptados y su familia anterior, y más aún cuando las categorías primarias se desnaturalizan en sucedáneos.

¿O es que los padres biológicos también pueden llegar a ser “allegados”?, desde nuestra opinión, es evidente que no.

Sin embargo la taxativa prohibición del Código Civil, admite, en el propio tenor del artículo 178, dos excepciones de subsistencia del vínculo, y por tanto de las relaciones nietos-abuelos:

1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

5.4. Guarda de hecho

En relación a la figura del guardador de hecho dispone el Código Civil en su artículo 303:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas

Acto seguido, añade el artículo 304, que:

Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

Finalmente, el artículo 306 prescribe que:

Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.

DIEZ-PICAZO y GULLÓN¹²⁸, al referirse a la guarda de hecho, señalan que “se trata de situaciones en las que una persona, sin nombramiento al efecto, se encarga de la guarda

¹²⁸ DIEZ-PICAZO y GULLON (2008), p. 290.

en su más extenso significado de un menor no sometido a la patria potestad, o de alguien en quien concurre una causa de incapacitación”.

No pretendemos aquí analizar la guarda de hecho en toda su dimensión y trascendencia, sino de ver si esta institución puede tener incidencia en las relaciones nietos-abuelos. Acotada la cuestión, pueden plantearse dos hipótesis:

- Que la guarda de hecho recaiga sobre los abuelos. Si las funciones de guarda y custodia las realizan los abuelos sin sujeción a régimen legal alguno, en principio, no se plantean conflictos en cuanto a las relaciones personales con sus nietos, al quedar integradas dentro de esta actividad protectora; dejando a salvo, claro está, el caso en que las relaciones personales sean solicitadas por una línea ascendente distinta, o dentro de la misma línea por quien no tenga asumida de facto tal actividad tuitiva.

- Que la guarda de hecho recaiga en un tercero, o en un pariente distinto de los abuelos. Aquí podemos seguir dos direcciones: a) entender que la guarda de hecho no faculta para tomar decisiones en el marco de las relaciones nietos-abuelos; y b) entender, en contraposición, que nada impide que se extienda su ámbito de aplicación a esta cuestión.

En el primer postulado, seguiríamos una interpretación restrictiva del artículo 303 del Código Civil, defendiendo, que cuando la norma alude a la obligación de informar sobre la *“situación de la persona y los bienes del menor”*, lo hace en referencia exclusiva a cuestiones patrimoniales y personales propias de la capacidad o estado físico o psíquico de los menores, y ello porque en el Código ni siquiera se regulan los efectos personales. Esta interpretación significaría, que si por parte de los menores o de los abuelos se solicita la instauración de relaciones personales, el guardador de hecho no podrá pronunciarse sobre el particular y deberá poner tal petición en conocimiento de la autoridad judicial, para que, en aplicación del artículo 158 del Código Civil, valore y decida al respecto.

En el segundo postulado, que es el que compartimos, nos decantaríamos por una interpretación amplia: “lo que no está expresamente prohibido por el precepto estaría permitido”. Desde esta postura, una cuestión semejante a la reseñada con anterioridad, toleraría que el guardador de hecho permitiese los contactos entre los menores y sus

abuelos, o que los vedase enarbolando el interés de los primeros, pues no estaríamos más que ante decisiones propias de una labor de custodia o protección:

Si la respuesta a la petición fuera positiva, no plantearía especiales dificultades, por cuanto las relaciones de los nietos con sus abuelos, a priori, redundan claramente en su beneficio.

Si la respuesta fuera negativa, sólo tendría amparo si gravita en una “justa causa”.

El guardador de hecho debe desempeñar su labor sin perder de vista el beneficio del guardado, y actuar por tanto con buena fe y con la diligencia propia de un buen padre de familia¹²⁹. El seguimiento de estos principios exige que la autoridad judicial tenga conocimiento de la decisión tomada y del porqué de la misma, para acto seguido, y en esta función de inspección a posteriori, refrendar o no lo resuelto, o adoptar las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

6. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES

En virtud de la aprobación de la Ley 8/1997, de 18 de diciembre, de Atribución de Competencias a los Consejos Insulares en materia de Tutela, Acogimiento y Adopción de Menores, los Consejos Insulares pasaron a ser las entidades públicas competentes en materia de protección de menores y se reservó al Gobierno de las Illes Balears la potestad reglamentaria normativa. La competencia también se bifurca hacia los Servicios Sociales Comunitarios en caso de riesgo de desprotección y desprotección leve o moderada. En última instancia los juzgados de familia conocerán de los recursos contra las resoluciones administrativas en materia de protección dictadas por la entidad pública¹³⁰, y los juzgados de menores y Govern en caso de que sea necesario tomar medidas judiciales de carácter penal.

¹²⁹ O'CALLAGHAN (1996), p. 339.

¹³⁰ El Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación de protección a la infancia pretendía que todos los procedimientos contra las resoluciones administrativas referentes a cada menor se acumulasen en el mismo Juzgado.

El Consell de Mallorca, y en concreto el Departament de Benestar Social, Institut Mallorquí d'Àfers Socials, desgraciadamente no dispone en su base de datos de una sección específica sobre las relaciones personales entre los menores acogidos y sus abuelos, que de haber existido nos demostraría sobre el papel su verdadera incidencia. Pero lo que sí hemos podido constatar, en conversaciones mantenidas con responsables de esta institución, es que la consigna que preside la actuación del Servicio de Protección Insular es la de reconocer y fomentar tales contactos, siempre que así se demanden por los abuelos o por los nietos, lo que no ocurre tan frecuentemente como sería deseable.

El 31 de diciembre de 2011 existían en la entidad pública 942 expedientes de protección activos. En este mismo año se iniciaron 203 expedientes y se archivaron 262. Del total de expedientes de 2011, 295 eran declaraciones de riesgo (140 nuevas, un 17,6% menos que el año 2010), 112 medidas de guarda (2 menos que el año anterior), y 152 tutelas (un 16% más que el año 2010). En lo referente a la adopción nacional, durante el año 2011 se adoptaron 25 menores, y 60 se encontraban en acogimiento preadoptivo. El número de menores extranjeros adoptados por familias mallorquinas fue de 44. Y 31 los menores ingresados en centros residenciales ¹³¹.

Este cuadro estadístico denota una actividad protectora considerable, pero afortunadamente, no tiene un reflejo simétrico en los recursos contra las resoluciones administrativas. No son muchas las resoluciones administrativas que son objeto de revisión por la autoridad judicial¹³², y dentro de éstas, los supuestos en los que se pleitea en demanda de unas relaciones personales en el marco del artículo 161 del Código Civil, son aún más raros.

Sin embargo, la escasa incidencia es proporcionalmente inversa a la gran dificultad que entraña su resolución. Los juicios sobre protección de menores son muy complicados tanto desde el punto de vista técnico como humano; el horizonte, siempre presente, de

¹³¹ Coordinación de menores y familia, memoria 2011.

¹³² Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 7 de octubre de 2008: "la intervención judicial en los procedimientos contra resoluciones administrativas en materia de protección de menores ha de consistir en la revisión de las mismas en base a la situación planteada al momento de dictarse la medida de protección".

no reintegrar al menor o menores a la familia de origen, o de constituir una adopción con la pérdida definitiva de los vínculos jurídicos, hace que el proceso se impregne de una tensión desmedida, de una inquietud que a veces resulta complicado canalizar, aún con el amparo del principio de autoridad.

En los contenciosos de esta naturaleza gran parte de las “batallas” se libran en los juzgados de trinchera, los de familia, son pocos pues los que superan el bosquejo y agotan su derecho ante la Superioridad. Hemos reparado en los siguientes supuestos extraídos de la jurisprudencia de nuestra Audiencia:

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 23 de abril de 2002**

Conoció la Sala del recurso de apelación interpuesto contra el contenido de las resoluciones administrativas de fechas 20 de julio de 1999 y 15 de enero de 2001, en denegación del derecho de visitas respecto de la menor “F” , a favor de su tía “E”, y confirmado por el tribunal de instancia.

Se argumentaba por la parte apelante una errónea valoración de las pruebas practicadas.

De inicio, ya apuntó la Sala que la resolución denegatoria del régimen de visitas solicitado por la actora se basó, acertadamente, en que la tía de la menor carecía de condiciones materiales y personales necesarias para atender adecuadamente a su sobrina.

Y si bien se valoró positivamente:

La existencia de una buena relación afectiva entre tía y sobrina, lo cual es loable y admirable pues aquélla constituía un referente.

También se hizo hincapié:

En que no se ocupaba totalmente de la menor sino juntamente con su padre, abuelo de la menor, y que la relación ha variado con el transcurso del tiempo en tanto que entre ambas los contactos fueron espaciándose hasta que han sido inexistentes.

A todo esto añadió la Sala como determinante:

Que a 19 de julio de 2000 se dictó Resolución, autorizando y en constitución de acogimiento familiar de la menor provisional y preadoptivo con terceras personas, con suspensión de visitas a la menor por parte de sus padres biológicos y familia extensa... con evolución y valoración favorables según los distintos informes emitidos, lo que permitía concluir en la necesidad de no interferir en el proceso de adaptación del acogimiento y en la del progresivo desvinculo afectivo respecto de la familia biológica.

En consecuencia, la Sala desestimó el recurso, afirmando:

Que el acogimiento es la solución más adecuada, a favor de la menor en todos los aspectos, cuyos resultados son muy favorables, haciendo desaconsejables los contactos, visitas y estancias con la actora, para así facilitar la adaptación de la menor al núcleo familiar que deriva del régimen de acogida.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 28 de mayo de 2004.**

En este caso la superioridad revisó un procedimiento de modificación de medidas dictado por el juzgado de 1ª instancia. El juez “a quo” había establecido que el padre podía tener a sus cuatro hijas consigo los domingos de 15 a 20 horas, sin posibilidad de que pasasen las vacaciones con él, y sin perjuicio de que este horario se fuese ampliando si las menores lo deseaban.

El progenitor sostenía en su recurso que se trataba de un régimen excesivamente restringido, y que no le permitía por ende una adecuada relación con sus hijas ni que éstas pudiesen visitar a sus abuelos, que se hallaban en el extranjero.

La Sala, al entrar en el fondo, recordó que:

Con fecha 20 de noviembre de 2000 el Consell de Menorca tuvo que decretar el acogimiento de las menores con base en el maltrato físico y emocional por parte del padre, en la incapacidad de la madre para paliar dicha situación, en la observación, por parte del colegio, de actitudes de abandono físico y bloqueo emocional e intelectual, en la petición de la guarda por parte de la madre, en la petición verbal de las menores de ser separadas de su padre y en la falta de colaboración de los padres en el proceso de evaluación de la situación.

En vista de lo anterior, y dado que todas las menores manifestaron al ser exploradas su oposición a pernoctar con el padre, la Sala confirmó la sentencia, estableciendo en relación a las relaciones personales nietas-abuelos:

Que nada procede acordar en relación al establecimiento de un régimen de visitas a favor de los abuelos ya que al residir éstos en el extranjero, las menores deberían viajar con su padre y convivir con él durante unos días, para lo que todavía no se dan las adecuadas condiciones según indica el informe técnico del Consell Insular de Menorca y ratifica la voluntad de las niñas expresada al ser exploradas. Y ello sin perjuicio, como es obvio, de que si los abuelos viajan a Menorca puedan relacionarse con sus nietas, ejerciendo el derecho que expresamente les reconoce el artículo 160 del Código Civil tras la reforma de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre.

- **Auto de la Audiencia Provincial de Baleares de 27 de marzo de 2006**

Los demandantes, abuelos paternos de la menor "S", impugnaron la resolución de instancia, constitutiva de la adopción, argumentando que no habían sido oídos en el procedimiento, y al amparo de lo dispuesto en los artículos 158 y 178.1 del Código Civil, interesaban el respeto de los vínculos jurídicos entre la adoptada y su familia anterior.

En efecto, el esposo de "M" , "J E" , había interesado la adopción de "S", hija de la anterior relación sentimental de su esposa, y lo hizo sin mencionar a los abuelos biológicos de "S", cuando además éstos tiempo atrás se habían hecho cargo de la menor al haber sido nombrados acogedores temporales.

La Sala, encarando el fondo de la cuestión, extrajo la siguiente consecuencia:

Debe procurarse a dichos apelantes el respeto de los vínculos jurídicos con la adoptanda que solicitan pues el espíritu del art. 158 C.C lo permite y además se cumplimenta con el principio del favor filii o del beneficio del menor; en efecto, la adopción que ha sido dictada a favor de D. J E . supondría en principio la ruptura de la relación de la niña S con su parentela biológica paterna lo cual no beneficiaría en nada a la menor, máxime teniendo en cuenta el resultado del informe psicológico aportado al Rollo de Sala, el cual, muy atinadamente, concluye en el sentido de entender que se deberían reiniciar los contactos de S con su familia paterna biológica siempre evitando cualquier tipo de manipulación por ambas partes y dejando a la menor al margen de sus diferencias.

En consecuencia, finiquitó la Superioridad el contencioso diciendo que la sentencia recurrida:

Mantendrá lo decidido sobre la adopción, pero a su vez se declara el respeto de los vínculos jurídicos entre la adoptada y su familia anterior que son los Sres. D. R y D^a R en su condición de progenitores del padre biológico de la menor, fallecido.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 12 de marzo 2007**

La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda formulada contra la resolución administrativa dictada por el Institut de Serveis Socials i Esportius de Mallorca de fecha 26 de agosto de 2005, que suspendía el régimen de visitas de la actora con su nieta. La abuela, ante el juzgado de familia, y posteriormente en apelación, interesó el reconocimiento y fijación de un régimen de visitas a su favor de cuatro horas semanales, distribuidas en dos días.

La apelante no compartía el pronunciamiento del juez “ a quo”; negando por ello que las visitas entre abuela y nieta fueran perjudiciales para la niña, siendo patente el cariño que las unía, la afabilidad continua y química existente entre ellas. Denunciaba igualmente la recurrente la incorrección de la resolución de privarla sine die del régimen de visitas con la menor, cuando no se había verificado en absoluto si la conducta de la niña era provocada por la madre, por la abuela o por las dos.

La Sala, sin enredarse en demasiados prolegómenos, consideró que la suspensión decretada obedecía a una justa causa. Justificó su decisión:

En que la abuela S disponía de una visita supervisada de media hora mensual y consta en las actuaciones que pese a su buena disponibilidad ...ha priorizado sus propios deseos antes que los de su nieta, de suerte que la protección, bienestar y tranquilidad de la menor ha quedado en un segundo plano; que el vínculo entre abuela y nieta es un vínculo afectivo ambivalente creador de riesgo para la integridad psíquica de la menor”.

Las visitas, lejos de ser constructivas para la menor, son experiencias tóxicas para ella. Los días previos a las visitas y posteriores a ella, sobre todo desde que está conviviendo con familia de acogimiento permanente preadoptivo, las reacciones y conductas de A sufren un retroceso y se caracterizan por autolesiones (arañazos, pellizcos, se muerde la lengua y pide que la castiguen), acompañados de fuerte sentimiento de culpabilidad, conductas disruptivas, enuresis y ecopresis (diurno y nocturno) tanto en el colegio como en casa, conductas sexualizadas erotizadas, temores nocturnos y pesadillas, necesita contacto físico para poder dormir por la noche, crisis de ansiedad y manifestación directa de la menor de no querer ir y no ver a sus padres biológicos ni a su abuela. Manifestaciones abiertas y claramente expresadas de no querer ir y a través de comportamientos

psicosomáticos. Cuando la menor se autolesiona comenta que lo hace porque la S dice que me pegue porque soy mala.

La abuela no comprende ni interpreta adecuadamente los sonidos guturales y ruidos que hace A durante las visitas y que constituyen un mecanismo de defensa utilizado por la niña ante las situaciones estresantes y como forma de aislamiento. No hay conciencia clara de las necesidades de la menor. Hay inadecuadas respuestas por parte de la abuela respecto de la niña ejerciendo presión emocional psicológica y agobio sobre la menor (f 702 y 730 y ss).

Desde que la menor vive con la familia de acogida y se han suspendido las visitas está progresando sorprendentemente a nivel emocional y ha experimentado una espectacular mejoría, sintiéndose segura, aún cuando persisten signos de inquietud y tiene que dormir cogida de la mano (vid testifical técnico núm. NUM001). Precisamente, la testifical de dicha técnico, psicólogo de profesión, ha puesto de relieve lo peligroso y contraproducente que sería la reanudación de las visitas con su familia biológica, en concreto con su abuela S y que la relación o situación de la abuela y nieta siempre había sido igual o, mejor, dentro del mismo estilo, y que no cree que A estuviese contenta pero que no conocía otra cosa, que en principio podía sentirse protegida con la abuela pero no con un vínculo adecuado sino ambivalente y ahora lo que ha cambiado ha sido la percepción de que dice lo que quiere y se siente segura.

Razonó finalmente la Sala que :

Frente al interés legítimo de la abuela, cuya dura lucha por obtener visitas con A resulta encomiable, impera y debe prevalecer el interés de la menor, claramente contrario al establecimiento de un régimen de visitas tanto anteriormente como en la actualidad.

No hay que olvidar que la menor se encuentra, según reflejan las actuaciones, en una situación de acogimiento familiar preadoptivo a favor de familia extraña que va directamente orientada a la incorporación definitiva de la niña en la familia de acogida y a alejar a la niña de su familia biológica. En este contexto, el mantenimiento de las visitas aparece como un contrasentido con la finalidad que se está buscando.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 28 de septiembre de 2008**

El juzgado de instancia, en procedimiento sobre régimen de visitas de los abuelos, con oposición de los progenitores, estimó parcialmente la demanda y reconoció a favor de los primeros un régimen de visitas para con su nieta la menor “L”.

Los progenitores discreparon abiertamente del contenido del fallo, por entender que el beneficio de la niña exigía su total alejamiento de los actores.

La Sala valoró como hechos relevantes, que el padre de la menor “L”, falleció cuando ésta apenas contaba con 6 meses de edad, y que durante los 3 años siguientes la niña mantuvo un contacto cotidiano con la familia de su padre biológico y especialmente con los abuelos, con quienes llegó a convivir de forma continuada en ese tiempo, habiéndose constituido acogimiento familiar simple en su favor en fecha 25 de febrero de 2004, hasta el 5 de septiembre de 2005, por retorno de la menor con su madre, quien con anterioridad había contraído matrimonio con D. C. J y que ha adoptado a la niña conforme a lo previsto legalmente, en virtud de auto de fecha 17 de octubre de 2005, confirmado posteriormente por auto de fecha 27 de marzo de 2006.

La sala, en un ejercicio de claridad frente a la confusión, dejó sentado que los progenitores tienen solamente impresiones respecto de la conducta de los abuelos, y éstas no han sido corroboradas pericialmente, pues resulta:

Que no se han encontrado indicios de que las visitas con los abuelos estén afectando negativamente a la niña, pues en el colegio no ha cambiado ni su rendimiento ni su comportamiento.

La Sala consideró como no beneficioso para la niña suspender las visitas con sus abuelos:

Difícilmente se puede argumentar que vetar la relación personal de los abuelos beneficia a su nieta...no parece que sea lo más beneficioso para la menor pues toda desvinculación con sus abuelos paternos, al haber fallecido su padre biológico, y no mediar justa causa para ello (art. 160 CC) supone privar a la menor de todo el entorno familiar de aquél y sin duda puede producir desarrollos negativos a la larga. Como tiene declarado el Tribunal Supremo el vínculo familiar que une a abuelos y nietos, es de especial trascendencia, pues de un lado la relación de unos con otros puede favorecer el proceso de formación de la menor y permite dar satisfacción al sentimiento afectivo derivado del vínculo de sangre que surge entre ambas partes, y en el caso que nos ocupa de la previa convivencia de los abuelos con su nieta desde el nacimiento de ésta.

Las visitas de la nieta con sus abuelos quedaron fijadas definitivamente en un fin de semana al mes, desde el viernes a las 19 h. hasta el domingo a las 19 h; y siete días consecutivos durante el mes de agosto.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 5 de noviembre de 2008**

En el presente litigio, la parte actora, presentó escrito ante el juzgado de primera instancia por el que se oponía a la resolución administrativa dictada por el Institut de Serveis Socials

i Esportius de Mallorca, en la que se acordaba denegar las visitas de la abuela materna con el menor "E". La parte actora aducía en su recurso que no concurría supuesto legal alguno que justificase tal suspensión del régimen de visitas con su nieto.

El Ministerio Fiscal, si bien inicialmente se opuso a la petición de la actora, sin embargo, en fase de conclusiones interesó la revocación de la resolución administrativa.

Entrando a resolver los motivos del recurso de apelación, apreció la Sala que la documental obrante en autos, así como la testifical practicada en el acto de la vista oral en primera instancia, tal y como refería el Juez a quo, evidenciaban las malas relaciones entre la abuela, su hija "R M" y su compañero sentimental, presenciando el menor las peleas existentes en el seno familiar, así como la imposibilidad de la abuela de controlar dicha situación, lo que la llevó a delegar en ocasiones el cuidado de su nieto en "R. M", pese a no estarle permitido hacerlo, ostentando aquélla el acogimiento del menor desde el año 2003, desembocando dicha problemática, que en modo alguno era puntual, en la renuncia voluntaria de la abuela de su función acogedora.

Resaltó además la Sala, como la prueba pericial practicada en alzada muestra que el menor:

Se encuentra adaptado a su nueva situación familiar. Se encuentra cómodo en la familia acogedora y ha establecido unos vínculos afectivos positivos con ellos. También ha empezado los contactos con la familia adoptante y los primeros encuentros han sido muy positivos. EV muestra actualmente un fuerte rechazo a relacionarse con su familia biológica, tanto con su madre como con su abuela materna. Este rechazo viene motivado principalmente por los incidentes ocurridos con B, la expareja de la madre. La madre, durante el tiempo que mantuvo esta relación, no supo ni pudo proteger a su hijo de la relación violenta y de maltrato físico y psicológico que este señor había establecido con ellos. Ahora el menor recuerda estas situaciones y reprocha a su madre y a su abuela el no haber sabido defenderle de ello.

En base a estos hechos probados, consideró la Superioridad:

Que no cabe sino concluir que la actuación llevada en su día a cabo por S'Institut, consistente en la suspensión de las visitas del menor con la abuela, no puede calificarse de infundada o caprichosa, pues tenía su razón de ser en una base objetiva de rechazo del menor a las mismas, y de una conflictividad en su familia biológica que, si bien había sido propiciada por la madre y su pareja, sin embargo, la interpretación de los acontecimientos por parte del menor asociaba también a la abuela

con tales desagradables recuerdos, al considerar que no le protegió adecuadamente, lo que propició en él un rechazo a las visitas que hoy aún perdura. Todo lo cual, en opinión de los técnicos, desaconseja para el interés del menor cualquier intento actual de reanudación de las visitas.

Las resoluciones expuestas dejan constancia de que no por estar en cuestiones tocantes a la protección de menores se debe por ello cerrar toda puerta al mantenimiento en paralelo de unas relaciones personales entre nietos y abuelos. A pesar de que el artículo 161 del Código Civil no menciona la “justa causa”, ésta opera en igualdad de condiciones a lo que lo hace en el artículo 160, requiere pues demostración, prueba bastante de que su presencia puede ser dañina para los menores.

La redacción del artículo 160 del Código Civil dista claramente de la contenida en el artículo 161 en lo que a las relaciones nietos-abuelos se refiere. El primero es férreo y firme en su defensa, las contempla desde la solidez y la creencia de que son siempre beneficiosas para los menores: “*no podrán impedirse*”, dice. El segundo, las regula desde una enfoque más tenue, más difuso, menos categórico. El artículo 160 del Código Civil tiene su punto de partida en una situación de estabilidad familiar, en unas relaciones bien entendidas, no contiene por ello connotaciones negativas previas; en cambio, el artículo 161, principia de por sí ya desfavorable, con la existencia de un expediente o procedimiento de protección de menores. El bienestar de los menores está en entredicho desde el momento en que interviene la entidad pública, de tal manera que las relaciones personales entre nietos y abuelos, para alcanzar virtualidad, deben vencer necesariamente esta inercia inicial.

Siempre que hacemos referencia a protección de menores hablamos de situación de riesgo, de situación de desamparo, de cónyuges o parejas faltas de habilidades parentales, y de familias desestructuradas. Los abuelos cuando están, muchas veces no han estado, han sido cómplices o coautores en la situación de desprotección de sus nietos; y cuando no son responsables de tal proceder, a menudo también son vistos por sus descendientes como parte del problema, por acción o por omisión, como un vestigio de un vida que quieren dejar atrás.

Estamos hablando del mismo derecho, de la misma figura jurídica, pero las impresiones que los menores suelen tener ante una idéntica realidad hacen a esta totalmente diferente. Es frecuente que los tribunales en sus resoluciones alaben el esfuerzo de los abuelos por mantener relaciones con sus nietos, pero también es muy cotidiano que en éstas mismas resoluciones se haga referencia a la mejoría experimentada por los menores tras abandonar el núcleo familiar y los contactos con la familia extensa. El interés de los menores en este tipo de procedimientos no se centra en el forjamiento de su personalidad, pues siendo esto importante, preocupa más el rescatarlos de su situación de sufrimiento, de la falta de asistencia material y moral, de los malos tratos o de los abusos.

La Administración Pública, no tiene, ni debe tener, recelo alguno respecto de los abuelos en las relaciones que puedan mantener con sus nietos sometidos a medidas de protección; pero de la misma manera, es entendible que por parte de los encargados de la protección de menores se extremen las precauciones, y se exija a los ascendientes de primer grado un curriculum libre de toda tacha.

Si ya de por sí es extraño que los menores soliciten expresamente relaciones personales con sus abuelos, aquí esto deviene un imposible. Pero con todo, no podemos perder de vista que, ante una declaración de riesgo o de acogimiento, las relaciones nietos-abuelos pueden ser la llave para que el distanciamiento de los menores con la familia de origen no llegue a ser de tal calibre como para impedir definitivamente su retorno, descarrilando así el principio de prioridad de la propia familia biológica.

En la preadopción y en la adopción las prioridades no se escriben con la misma letra. En este contexto, las relaciones de los nietos con sus abuelos, o de éstos con aquéllos, contrarían la propia naturaleza de la institución. Cuando se inicia la senda de la adopción, es porque se han escrutado el resto de caminos, y ante la inoperatividad de los mismos, ésta se presenta como el medio más idóneo para otorgar normalidad a la vida de los menores. Toda vuelta atrás, y las relaciones personales con sus abuelos pueden llegar a ser calificadas así, supondría un riesgo de desestabilización y un aumento de las posibilidades de que el proceso no fructifique, con el consiguiente perjuicio para el interés de los menores, supremo bien a lo que todo lo demás debe ceñirse.

CAPÍTULO X. TRIBUNALES DE JUSTICIA Y RELACIONES PERSONALES NIETOS- ABUELOS

1. INCIDENCIA EN LA LEY ORGÁNICA 1/2004 DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG), como expresamente contempla en su artículo 1:

Tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.

Partiendo pues de esta enunciada finalidad de la norma, parece difícil entrever qué trascendencia puede tener ésta en el ámbito de las relaciones entre los nietos y sus abuelos. Es más, el artículo 87 ter 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuye a los juzgados de violencia sobre la mujer la competencia objetiva para conocer de determinadas cuestiones propias del derecho de familia, a saber:

a) Filiación, maternidad y paternidad; b) nulidad matrimonial, separación y divorcio; c) relaciones paterno-filiales; d) adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar; e) guarda y custodia e hijos menores, y reclamación de alimentos en nombre de hijos menores; f) asentimiento en la adopción; y g) oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Por consiguiente, la LOVG no contempla, en concordancia con su finalidad y contenido, precepto alguno que permita que ante estos tribunales puedan suscitarse litigios que tengan por objeto establecer relaciones personales entre nietos y abuelos. De hecho, en la práctica, y por lo que a los juzgados de violencia de Palma de refiere, solamente en una ocasión se ha formulado demanda en este sentido, y cuya suerte fue la no admisión por falta de competencia objetiva. Conviene hacer hincapié no obstante, en que nada impide a los progenitores alcanzar un acuerdo en el proceso civil llevado a cabo ante el juzgado de violencia, y como consecuencia de ello, fijar, previa audiencia de los nietos, si tuvieran suficiente edad, y de los abuelos, unas relaciones personales entre ambos.

Sin embargo una cosa es que los juzgados de violencia sobre la mujer no tengan reconocida competencia para conocer de los litigios en los que se demanden unas relaciones personales de los nietos respecto de sus abuelos, ex artículo 160 del Código Civil, y otro cosa bien distinta, es la influencia que las decisiones tomadas por estos tribunales puedan tener en el orden civil, y más concretamente en las relaciones personales nietos-abuelos.

Pensemos en el imaginario, aunque frecuente, supuesto de hecho en el que el juzgado de violencia sobre la mujer, como consecuencia de un hecho constitutivo de violencia de género, acuerda una orden de protección que impide la comunicación y el régimen de visitas entre un progenitor y sus hijos, coincidiendo además que el agresor convive a su vez con sus padres, abuelos de los menores. Ante una circunstancia como la reseñada, la incidencia de la orden de protección en las relaciones entre nietos y abuelos es especialmente significativa; pues si bien tal circunstancia per se no excluiría la posibilidad de mantener los lazos entre los nietos y sus ascendientes de segundo grado, la realidad es que mientras la orden de protección esté en vigor, deberá articularse necesariamente unas relaciones personales de tal naturaleza que eviten el contacto con el progenitor alejado, lo que se traduce fundamentalmente en que las visitas a los abuelos por parte de los nietos tendrán que tener lugar fuera del domicilio de los primeros, o cuando se garantice en el mismo la no presencia del agresor. Problemática que se agravará cuando la orden de protección haya sido sustituida por una condena penal en firme que establezca como pena la prohibición de aproximación.

Con la finalidad de evitar que las relaciones personales nietos-abuelos frustren o vacíen de contenido las ordenes de protección o de alejamiento acordadas en el seno de un procedimiento seguido ante los juzgados de violencia, el legislador, introdujo el párrafo cuarto del artículo 160 del Código Civil, al reglar que el juez *“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”*. La *“rumorología legislativa”* nos dice que se está preparando una modificación de la LOVG en el sentido de que toda

adopción de una orden de protección debe conllevar la suspensión automática del régimen de visitas de los hijos comunes con el progenitor supuestamente agresor. De resultar así, las relaciones nietos-abuelos podrían dificultarse sensiblemente, pues gran parte de los agresores, al ser desposeídos del uso de la vivienda familiar, optan por regresar al domicilio de sus padres¹³³.

2. ANÁLISIS CRÍTICO Y COMENTARIOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES

Para calibrar el alcance de toda modificación legislativa podemos centrarnos en dos aspectos determinantes: por un lado, estaría la demanda social que en pedimento de su regulación se escenifica por todos los operadores jurídicos y sociales implicados en la temática a regular; y por otro, la verdadera significación que la normativa alcanza en los tribunales de justicia encargados de su aplicación en el día a día.

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, no fue el fruto de una gran presión mediática, ni social, ni jurídica, ni tan siquiera política; sino que más bien, obedeció a la idea del legislador de reconocer y de fortalecer la

¹³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria, de 21 de septiembre de 2012: “Se impugna el auto de instancia al considerar que en el supuesto de autos concurre justa causa que impide reconocer el derecho de la abuela a relacionarse con los nietos. En concreto la recurrente afirma que es objeto de violencia de género, producida por Don. E padre de los menores e hijo de la solicitante de las visitas, y por ello se encuentra residiendo en un piso protegido, cuyos datos se desconoce por razones de seguridad, dado que Don. E fue condenado el 15 de diciembre de 2011 por un delito de quebrantamiento, al incumplir la orden de alejamiento al salir de prisión. Añade que no puede considerarse beneficioso para los menores las visitas con la abuela, dado el ambiente familiar enrarecido, lo cual puede resultar negativo para los menores, por una posible situación de ansiedad o de estrés que los menores están sufriendo con su actual situación. Resuelve la Sala el contencioso indicando que “Ninguna circunstancia permite deducir razones de inconveniencia en la reinstauración de las relaciones personales de la abuela con los nietos, pues los hechos de riesgo que la recurrente resalta están relacionados exclusivamente con la actitud del padre de los menores, no de la abuela, con lo cual persiste la necesidad de recomponer las relaciones con ésta como parte esencial del derecho de los menores a relacionarse con sus parientes más próximos. No consta que esas relaciones sean o puedan ser fuentes de zozobra o ansiedad para los menores, al contrario la razón de su interés incluye la necesidad de una referencia distinta a la de los padres que permita, desde la propia posición moral de la abuela, una visión más alejada del conflicto matrimonial y una forma de racionalizar los problemas interpersonales de los progenitores, lo cual indudablemente puede redundar en un claro beneficio en la estabilidad personal y desarrollo de los menores”.

posición de los abuelos en una sociedad en la que cada vez más éstos se han convertido en una pieza imprescindible para el funcionamiento de la mayoría de las familias.

Las estadísticas judiciales, destapan que la Ley ha tenido y está teniendo escasa aplicación en los tribunales de justicia, sobre todo si la ponemos en correlación con el número de asuntos tramitados ante los mismos por procesos de nulidad, separación, divorcio, y de guarda, custodia y alimentos. En el ámbito de los tribunales de familia de la ciudad de Palma, cuatro en la actualidad, se han registrado a lo largo de los últimos cinco años un total de 40 procesos verbales en reclamación de regímenes de visitas por parte de abuelos respecto de sus nietos, lo que da una media de dos asuntos por juzgado y año, y un porcentaje sobre el total de no más del 1/1000. No constando la interposición de demanda alguna a instancias de los nietos y en reclamación de relaciones personales con sus abuelos.

Estas cifras, necesariamente nos conducen a preguntarnos, ¿qué motivos están produciendo una aplicación de la Ley tan escasa?

Lo primero que nos viene al pensamiento es que, si la Ley no se aplica en más ocasiones, es porque éstas no se dan. Es decir, nos situamos en un contexto en el que la mayoría de los matrimonios que se separan o divorcian, o parejas que rompen su relación de convivencia, logran apartar a los nietos y a los abuelos de sus diferencias, de tal manera que si éstos mantienen una relación fluida deviene innecesario acudir a los tribunales ante la ausencia de conflicto.

El segundo de los escenarios que podría explicar la exigua repercusión de la Ley, sería el que se centra en el desconocimiento de su contenido. Los abuelos ignoran en su mayor parte que ostentan un derecho a relacionarse con sus nietos, y lo que es más importante, que tal derecho pueden oponerlo frente a los progenitores. Generalmente intentan, de contrario a lo que la Ley pretende, no ser protagonistas, huir del conflicto, esperar a que los progenitores limen sus diferencias, conformarse con realizar visitas de médico a sus nietos. Desde la perspectiva de los nietos la situación no es diferente, éstos también ignoran que son titulares de un derecho a relacionarse con sus abuelos al margen de las opiniones de sus progenitores, pero por muy fuertes que sean los lazos que los unen, ello

nunca alcanza la esfera judicial, quizá porque en el fondo reposa un fuerte conflicto de lealtades que no debe ser despertado.

Otra explicación posible, sería la que se apoya en criterios de oportunidad o de utilidad. Todo proceso en reclamación de relaciones personales nietos-abuelos produce un enfrentamiento con los progenitores, o al menos con uno de ellos, genera en consecuencia un coste emocional para los abuelos, y cómo no, coloca a los menores en una posición de dificultad ante la colisión de intereses. Esto explica precisamente que sólo se acuda a la autoridad judicial en los casos más graves, cuando la negativa de los progenitores a las relaciones personales de los nietos con los abuelos sea absoluta, tajante, y prolongada en el tiempo; optando en el resto de supuestos por una actitud pasiva, en definitiva, de resignación ante la eventualidad.

No obstante, para obtener una perspectiva idónea de lo que ha conocido en los últimos años la Audiencia de Baleares sobre esta temática, no debemos confinarnos a realizar una fugaz valoración del cuadro estadístico, sino que para comprender su verdadera dimensión, con todas las connotaciones que los litigios sobre relaciones personales nietos-abuelos conllevan, resulta preciso ahondar en el “cassus”¹³⁴, en especial aquellos que han irradiado una confrontación más enconada entre los litigantes, con posturas claramente distantes entre éstos, y que suelen ser coincidentes con los que asimismo han necesitado de un pronunciamiento a posteriori por parte de la Superioridad, contribuyendo con ello al asentamiento de criterios jurisprudenciales a seguir en futuros litigios por parte de los tribunales de familia.

La sección cuarta de nuestra Audiencia Provincial, en la actualidad, es la única que conoce en apelación de los recursos contra las sentencias dictadas por los juzgados de familia. Con ello se aleja el viejo problema provocado por las distintas interpretaciones del texto legal dadas por los tribunales de apelación, fruto de la existencia de varias secciones con competencias en materia de familia. El análisis pues de sus resoluciones en materia de relaciones personales nietos-abuelos constituye, sin duda, el mejor de los instrumentos

¹³⁴ En la época de los glosadores, recibían este nombre las obras que estudiaban casos jurídicos concretos.

posibles para entender por dónde camina en esta materia la jurisprudencia menor y los principios y valores que la inspiran.

Veamos por tanto los casos más destacados, fraccionando para ello su estudio desde un triple enfoque: a) en primer lugar centraremos la atención en aquellas sentencias que han reconocido relaciones personales entre nietos y abuelos, con mayor o menor extensión; b) en segundo lugar, aquellas sentencias que han dejado en suspenso relaciones personales previamente establecidas; y c) finalmente, las sentencias que han considerado no conveniente fijar relaciones personales.

2.1. Sentencias que han reconocido relaciones personales entre nietos y abuelos.

El primer grupo es sin duda el más numeroso. En la generalidad de los supuestos se alcanza la convicción de que las relaciones con los abuelos son beneficiosas para favorecer el desarrollo personal, afectivo, emocional e intelectual de los menores; no dando con ello acogida a los argumentos aducidos en relación a la concurrencia de una justa causa, ex artículo 160 párrafo 2º del Código Civil:

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 8 de marzo de 1999.**

Por el juzgado de instancia se dictó auto por el que reconocía en favor de los abuelos maternos del menor, el siguiente régimen de visitas:

Todos los días lectivos desde la salida del Colegio del mismo y durante un periodo de treinta minutos, siempre y cuando no afecte ello a la realización de alguna actividad que deba desarrollar aquel sólo en compañía de su madre, así como un máximo de cinco días al mes desde las 20 h. hasta las 11 h del día siguiente, los cuales deberán coincidir con viernes ó sábados y siempre que la madre tenga jornada laboral.

La litis partía del siguiente supuesto de hecho: Desde prácticamente su nacimiento el menor vivió con sus abuelos, con el auxilio económico también de la madre y su marido (fallecido).

Posteriormente, madre e hijo pasaron a convivir con la bisabuela, ayudándose recíprocamente en la medida que sus posibilidades y circunstancias personales lo permitían, dada la edad del niño y de la bisabuela y las obligaciones laborales de la madre, que trabajaba en un bingo. Los abuelos veían a su nieto a la salida del colegio durante

algunos minutos y deseaban verlo y tenerlo consigo más a menudo. La madre, por su parte, no se oponía a que pudiese existir relación entre abuelos y nieto, siempre que ésta no fuera desordenada y absorbente, pues no quería ver relegados sus derechos y obligaciones que como madre tiene para con su hijo.

La Sala abordó la cuestión, considerando que:

No debe olvidarse la relación mantenida por abuelos y nieto durante una serie de años, sin que se hayan acreditado influencias perjudiciales para el niño o falta de la debida atención alimenticia, sanitaria, etc., lo que demuestra capacidad desde todos los puntos de vista para poder relacionarse los abuelos con el nieto excediendo de los prácticamente 10 minutos que pueden verlo y estar con él a la salida del colegio actualmente. Tampoco debe olvidarse que, como ocurriera ya anteriormente -por razones laborales de la madre- (o por cualesquiera otras razones)-, el niño tuviera que convivir con los abuelos como familiares mayores de edad más próximos, en cuyo caso la base de haber mantenido con éstos una más estrecha relación a la que mantiene en la actualidad, podría redundar en un alto beneficio para el menor.

Pero lo importante es que, en casos como el presente, lo que debe primar es el interés del menor, y, de la exploración judicial obrante al fol. 28 -siendo que la Sala no considera la necesidad de efectuar otra exploración dado lo reciente de la que se menciona-, el niño dice que se lleva muy bien con los abuelos (y desde luego con su madre) y que le gustaría ver más a aquéllos.

La Sala concluyó el razonamiento:

Entendiendo que la decisión tomada por el Juez a quo no se relega en absoluto a la madre a un segundo plano sino que, por el contrario, se tiene muy en cuenta la actividad laboral que desarrolla y se hace depender de la misma lo que se decide en cuanto a régimen de visitas de los abuelos, que gira en torno del núcleo o elemento principal que es la madre.

La resolución suscita un juicio interesante: las relaciones familiares nietos-abuelos no sólo son beneficiosas para los menores por su propia esencia, sino que además lo son también porque permiten que éstos puedan estar con personas que forman parte del vínculo familiar cuando por razones de trabajo u otras de ineludible cumplimiento los progenitores no pueden tenerlos bajo su cuidado inmediato. Sin que pueda ceder o

solaparse tal derecho en beneficio de otros sujetos que no ostentan relación de parentesco alguno ¹³⁵.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de octubre de 1999**

La sentencia de instancia, fijó a favor de los abuelos maternos, fallecida la madre, un régimen de visitas con su nieto menor, de 12 años de edad, consistente en:

Todos los sábados del año, desde las 10 a las 21 horas, recogiendo y reintegrándolo a su domicilio familiar. Añade además la sentencia que los abuelos facilitarán al menor la asistencia a las actividades escolares o extraescolares en las que participe en dichos días, disponiendo, en su caso, los medios necesarios para ello, acordando finalmente que los abuelos maternos podrán tener consigo a su nieto durante una semana de las vacaciones escolares de verano, a elección de los demandantes, recogiendo y reintegrándolo a su domicilio familiar.

Apelado el fallo recaído en la instancia, la Sala confirmó la sentencia con base en la prueba pericial psicológica y en la exploración del menor, acordada en segunda instancia.

De la primera se extraen varias conclusiones importantes, como son: que la personalidad del niño alcanza un grado de madurez suficiente para que puedan ser tenidas en cuenta sus opiniones y deseos; plena integración del mismo en su nueva familia, siendo consciente de que la nueva compañera de su padre no es su madre, aunque es tratado afectivamente como un hijo más, fomentándose el respeto y recuerdo de su madre biológica; y falta de evidencias de que los abuelos maternos ejerzan una influencia negativa en el menor, aunque persista cierta "amenaza" de desestabilización por la actitud de la abuela ante pasados acontecimientos dolorosos. Y de la segunda, " se deduce que el menor desea ver a sus abuelos y no tiene problema alguno con ellos, aunque siempre que sus actividades escolares y extraescolares y deportivas se lo permitan, si bien no le atrae la idea de pasar una semana continuada con ellos, prefiriendo tener un margen de libertad en las visitas.

La Sala, atendiendo al principio del "favor filii", recordó que el derecho que invocan los abuelos:

Es el que corresponde, según el art. 160 del Código Civil, a los "familiares y allegados", de modo que, ni por su -naturaleza ni por su finalidad- parece que deba tener el mismo alcance y amplitud que el

¹³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 20 de junio de 2001, que confirma la sentencia de instancia al reconocer el derecho a visitarse y relacionarse mutuamente entre nieto y abuela, "al haber quedado perfectamente acreditado que por la profesión de la madre el menor pasa casi todo el día en compañía de una persona ajena a su vínculo familiar...además de no existir problemas graves de relación entre la abuela y el menor".

que corresponde a los progenitores, aunque se encuentren separados o divorciados. De otro lado, no puede olvidarse que los actores y el menor viven en la misma población, lo que, de algún modo facilita su comunicación voluntaria y aceptada por el niño que, desde luego, esta resolución no impide.

Con todo ello, entendió la Superioridad:

Que el régimen de visitas debe extenderse a un día a la semana, que coincidirá, dado lo expresado en la exploración, en domingo desde las 10 a las 17 horas. Podría pensarse, de inicio, que la elección del día es gravoso para el padre, pues en domingo, al ser festivo, hay un mayor margen horario disponible para dedicarlo a estas atenciones. Sin embargo, hay datos suficientes en autos que acreditan que en este día de la semana el demandado tiene obligaciones laborales, lo que minimiza la cuestión, especialmente si se tiene en cuenta que en el régimen acordado quedan horas dominicales para que el accionado pueda dedicarlas a su hijo". En cuanto a las vacaciones de verano, contempladas en la sentencia de instancia, estima conveniente su eliminación, pues no se estima beneficioso para el menor, ni se corresponde con su deseo expresado en exploración, con el valor que a este dato hay que dar, según los razonamientos que preceden.

Lo importante de la resolución es que ésta da un valor fundamental a la voluntad expresada por el menor, dada su edad, 12 años. Sorprende sin embargo que, reconociendo unas visitas a los abuelos tan constantes, todos los domingos, estas relaciones no tengan continuidad en el período vacacional. Es destacable asimismo la indicación que la Sala hace en su fundamento de derecho tercero en referencia al cumplimiento de los regímenes de visitas, al dejar claro que:

No está en manos de los órganos jurisdiccionales modificar conductas ni establecer pautas de actuación, más allá de las posibilidades que las leyes otorgan, pues las decisiones que se adopten para que tengan adecuada eficacia, en la materia en la que nos movemos, siempre precisarán de la colaboración de quienes, en buena medida, tienen que facilitar su cumplimiento.

Con ello se pone el dedo en la llaga, en el siempre difícil acatamiento de las resoluciones judiciales en materia de regímenes de visitas, especialmente cuando por un lado los menores han alcanzado una edad en la que se tiene en cuenta su criterio y su capacidad de decisión, y por otro, cuando se desaconseja la adopción de medidas coercitivas para asegurar su observancia. El tribunal hace una llamada a la colaboración de las partes, cooperación que desgraciadamente, y muy a menudo, es vencida por egoísmos viscerales y luchas intestinas desprovistas de toda razón. Quizás debemos buscar un "cui prodest": a quién beneficia esta situación; desde luego, no a los menores.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de junio de 2000**

La actora interesó en el suplico de su demanda que se adoptasen determinadas medidas en relación al hijo común fruto de la unión de hecho, que durante dos años, mantuvo con el demandado, destacando como circunstancia relevante de su pedimento, que el demandado se hallaba privado de libertad en la prisión de Gamioulx (Bélgica), por lo que solicitaba que se acordasen las siguientes medidas: 1) Que la guarda y custodia del menor se otorgase a la madre, siendo la patria potestad compartida con el padre. 2) Que quedase limitado y suspendido el derecho de visitas a favor del padre, en tanto no se modificasen las circunstancias personales del mismo, y siempre que ello redundase en beneficio del hijo. 3) Que, en concepto de pensión alimenticia a favor del menor, el padre abonase mensualmente la cantidad de 30.000 ptas. El demandado, y por lo que a la temática que nos ocupa se refiere, solicitó que mientras se mantuviera su situación de privación de libertad, se le permitiera comunicarse con su hijo menor por vía telefónica y postal y, teniendo en cuenta la corta edad del niño, que dicha comunicación pudiera hacerla a través de los abuelos paternos, estableciéndose a favor de éstos un régimen de visitas para garantizar que el menor tuviera noticias y conocimiento del padre y a la inversa. Los padres del referido demandado se personaron a los autos, debidamente representados por procurador y dirigidos por letrado, ejercitando la acción de intervención adhesiva en el procedimiento, coadyuvando a la posición del demandado.

La sentencia recaída en el primer grado jurisdiccional estimó parcialmente la demanda, y en cuanto al régimen de visitas, en tanto se mantuviese la situación actual del demandado, estableció que la relación entre padre e hijo se realizara de forma telefónica y postal, de tal manera que el menor tuviera noticias y conocimiento de su padre, con la finalidad de evitar en el futuro situaciones traumáticas para el menor, añadiendo que dicho régimen podría ser modificado cuando se alterasen sustancialmente las circunstancias.

El demandado, alzándose en apelación, interesó la revocación de la sentencia, al considerar que ésta debía complementarse en el sentido de que, mientras se mantuviese su situación de privación de libertad, su derecho a comunicarse con su hijo debería

canalizarse a través de los abuelos paternos, fijándose para ello un régimen de visitas a favor de los mismos ya fuera mensual o con la periodicidad que estimase la Sala.

El Ministerio Fiscal, consideró razonable que el derecho de comunicación de dicho demandado con su hijo se encauzase a través de los abuelos paternos, con la finalidad de que el ejercicio de dicho derecho tuviese plena efectividad.

La Sala, en su fundamento de derecho segundo, acogió la pretensión del demandado, y de manera palmaria, dejó meridianamente claro que para que el derecho del padre a comunicarse con su hijo tuviese plena efectividad:

Se considera totalmente adecuado y conveniente que dicho derecho de comunicación, debido a la corta edad del menor, se canalice y encauce a través de los abuelos paternos, estableciéndose, en su consecuencia, a favor de éstos un régimen de visitas que consistirá en que dichos abuelos paternos puedan tener a su nieto en su compañía el último domingo de cada mes, desde las 11 horas a las 18 horas; régimen de visitas que se verá ampliado durante el período vacacional del referido menor a los días 15 de cada mes; es decir, durante el período de vacaciones escolares del menor los abuelos paternos podrán tener al mismo en su compañía el día 15 de cada mes y el último domingo de cada mes, desde las 11 horas a las 18 horas...Sin embargo, también se considera conveniente establecer un seguimiento trimestral para que por la psicóloga y asistente social adscritas al Juzgado se informe sobre la evolución y desarrollo de la medida adoptada.

El relato de hechos nos pone ante el dilema de cómo establecer un régimen de visitas entre padre e hijo cuando el progenitor se encuentra cumpliendo condena en un recinto carcelario situado en el extranjero. La Superioridad despejó la incógnita acogiendo la pretensión del demandado, o sea, acordando que tales visitas se canalizasen a través de los abuelos, sin perjuicio de mantener el contacto entre padre e hijo por vía postal y telefónica. Sin embargo, la solución adoptada, a nuestro criterio, plantea serias lagunas:

1-No se fijan las relaciones personales nieto-abuelo como un derecho a favor del menor o de los ascendientes de primer grado, que es lo propio, sino como un modo de guiar las relaciones entre padre e hijo mientras el progenitor se encuentra recluido. Con ello se transforma la esencia, el natural sentido que preside las relaciones entre nietos y abuelos, operando éstos últimos a modo de meros sustitutos de la función paterna. Se olvida la

Sala que nos encontramos ante un derecho autónomo, que pertenece a nieto y abuelos, y cuyo funcionamiento lo es al margen de la relación paterno-filial.

2-La resolución choca con el principio de economía procesal, pues no deja claro si este régimen de visitas, en la medida en que se fija para garantizar “*la plena efectividad de las relaciones padre e hijo*”, puede mantenerse cuando la comunicación entre ambos se haya normalizado- una vez abandonado el padre el centro penitenciario-. De no ser así, podría provocar que los nietos o los abuelos tuviesen que acudir a otro procedimiento a los efectos de que les fuese reconocido, esta vez en ejercicio de su derecho, un sistema de relaciones personales.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 12 de diciembre de 2001**

La abuela paterna, fallecido su hijo, formuló demanda en petición de un régimen de visitas con su nieto, de 13 años de edad, y frente a la madre de éste.

La madre, se opuso a las pretensiones de la abuela, argumentando que el niño no quería verla, dado que nunca había existido entre ambos relación. El Ministerio Fiscal se opuso a la fijación de un régimen de visitas a favor de la abuela paterna, puesto que el menor tenía 13 años de edad y durante todo este tiempo no había tenido contacto alguno con ella, pudiendo ésta haberse interesado mucho antes por su nieto, sin que hubiera ocurrido así.

El juzgado de primera instancia dictó auto acordando no haber lugar a determinar régimen de visitas alguno a favor de la abuela para con su nieto, y ello por considerar que, atendido el resultado de la exploración del menor, así como la relación de éste con su familia paterna, en especial con su padre, no se advertían razones suficientes para dar acogida a la solicitud, por cuanto que consideraba que el interés del menor aconsejaba la solución contraria, y, tal y como manifestó el Ministerio Fiscal, ningún obstáculo existía anteriormente, en vida del padre del menor, para que la abuela, reclamara judicialmente el derecho de visitar a su nieto y tenerlo en su compañía.

La demandante, en apelación, sostuvo que debía presumirse, *iuris tantum*, la existencia de afecto por parte de la abuela, por lo que no se entendía la conclusión alcanzada en la resolución apelada. Consideraba que el artículo 160 del Código Civil le otorgaba un

derecho de visitas, por lo que no tenía porqué acreditar ninguna otra causa distinta de su propia condición, de modo que la justa causa denegatoria sería la que debía probarse, habiendo invertido el juzgador la carga de la prueba. Aducía a mayor consideración, que el cariño de los abuelos es un bien positivo y necesario para el menor, por lo que el derecho de visitas cabía incluso a pesar del rechazo inicial del menor, pues la capacidad natural de querer y entender se adquiere poco a poco; siendo por ello aconsejable la fijación del régimen de visitas. Recordaba la posibilidad de llevanza de un control de las mismas, caso de ser preciso. Negó asimismo la existencia de dejación por su parte, considerando que el régimen de visitas solicitado por su hijo antes de fallecer también le posibilitaba a ella la relación con su nieto sin necesidad de duplicar esfuerzos legales y económicos.

La madre del menor, afirmó que al haber contraído matrimonio con otro hombre, el pequeño ya tenía la familia de éste como familia paterna, por lo que disponía de cuatro abuelos. Denunció la existencia de dejadez de los deberes por parte de toda la familia biológica paterna del menor y reprochó a la abuela el paso de tantos años sin mostrar interés por el nieto.

En el caso de autos, se esgrimió como pretendida justa causa la existencia de una dejación de todo interés por parte de la abuela durante los últimos diez años, sin embargo, y pese a que tal hecho pudiera ser ciertamente reprochable, se apreciaron circunstancias que dificultaron de modo importante la relación, como fue la condición marginal del, finalmente fallecido, padre del menor, que hubo de dificultar lógicamente toda relación al ser en definitiva el padre el puente entre la familia materna y la paterna. A su vez, se apreció que habiendo tratado de rehabilitarse el padre en la asociación "Proyecto Hombre", e interponiendo éste en el año 1996 demanda con objeto de reanudar la relación con su hijo por la vía judicial, resultaba natural que la abuela atendiera al resultado de tal litigio para a través de su hijo tratar de relacionarse con el nieto, siendo ajena a toda practica forense la posibilidad, sostenida por la parte apelada en tono de crítica, de que la abuela hubiera planteado procedimientos judiciales paralelos a los instados por el padre del menor, resultando más lógico que esperase al resultado de estos para tratar de ejercer su derecho natural de relación con su nieto.

Así las cosas, incluso admitiendo la posibilidad de que la abuela paterna pudo haber tratado de mostrar superior interés por el nieto en el pasado, pese a la adversidad de circunstancias, lo cierto es que no se acreditó en autos, ni se apreció por el tribunal, la existencia de perjuicio en la solicitada corrección de la situación anterior que venciese al beneficio inherente a la relación del menor con la familia paterna biológica que todavía tenía, por lo que debía relativizarse la propia manifestación hecha al respecto por el niño, todavía de escasa edad para tener formada una opinión madura al respecto, e influido sin duda por un contexto que trataba más de alejarlo de tal relación que de facilitarla de un modo natural, pues así se desprendía del hecho de que la madre afirmara que ella no considera “a la demandante” como abuela”; “derivándose también del escrito de oposición a la apelación la existencia de un planteamiento sustitutorio de la abuela biológica paterna por la familia del actual esposo” de la demandada.

Se daba además la circunstancia de que pese a la marginalidad que se imputaba al fallecido padre del menor, la cual pudo no ser conveniente para éste en un momento dado, dicha realidad fue ajena a la abuela, quien no tenía porqué ver impregnada su condición de los errores que su hijo, padre del menor, pudo cometer, por lo que, aunque hubiera podido existir un vacío en la relación abuela-nieto durante diez años, la posibilidad de restaurar en lo que cupiese tal laguna debía ser contemplada como positiva en interés del menor, por lo que se debía conceder a la abuela paterna la oportunidad que le correspondía, tanto merced a la previsión legal como al natural proceso de las relaciones humanas, para tratar así de restaurar la relación con su nieto.

En consecuencia, se entendió acorde al artículo 160.2 del Código Civil la concesión a la abuela paterna de un derecho a régimen de comunicación con su nieto, cuyo padre había fallecido, careciendo de justa causa la oposición de la madre, pues la relación parental entre la solicitante y el niño confería, gracias a dicho precepto legal y en ausencia de justa causa, tal derecho.

Así las cosas, consideró el Tribunal conveniente determinar a favor de la “abuela” un régimen de visitas respecto de su nieto:

Consistente en que éste asistiese a comer a casa de la abuela un día en fines de semana alternos, ya fuera el sábado, ya el domingo, en visitas de tres horas de duración. En defecto de acuerdo sobre un determinado sábado o domingo debería celebrarse la visita obligatoriamente el sábado. En consecuencia, un fin de semana de cada dos debería celebrarse la visita obligatoriamente el sábado. Por ello un fin de semana de cada dos debería existir tal relación de tres horas entre la abuela y el nieto, encargándose la madre del traslado del menor al domicilio de la abuela y de la recogida.

La sentencia de la Audiencia Provincial se nos presenta como un claro ejemplo de cómo reconocer un régimen de visitas a favor de los abuelos pese a concurrir multitud de circunstancias que, a priori, aconsejaban su denegación. En efecto, la causa nos dibuja lo que en terminología meteorológica podríamos denominar una “tormenta perfecta”, es decir, un panorama visiblemente desfavorable para el establecimiento de unas relaciones personales entre nieto y abuela paterna: la negativa del menor, que contaba en ese momento con trece años de edad, la negativa del progenitor custodio -el cual había rehecho su vida con una nueva pareja sentimental-, la drogadicción y posterior muerte del padre del menor, la ausencia de comunicación entre abuela paterna y su nieto en los últimos diez años, y, el informe emitido por el Ministerio Fiscal interesando la no fijación de visitas. Todos estos obstáculos fueron sorteados por la Superioridad, fallando en favor de la tesis sostenida por la abuela paterna.

El desenlace nos permite extraer varias reflexiones:

-Una, que podríamos designar como de principio de actuación, en el sentido de que nuestra Audiencia Provincial es especialmente garantista con el derecho reconocido en el artículo 160 del Código Civil. Se busca siempre ampararlo, aún cuando en casos como el presente la ausencia de relación previa entre abuela y nieto hubiera quedado plenamente acreditada.

-Otra, y en íntima conexión con la anterior, que toda limitación al derecho reconocido en el artículo 160 del Código Civil debe ser objeto de interpretación restrictiva, huyendo por tanto de valoraciones en sentido lato que permitan el automatismo a la hora de determinar lo que debe entenderse por “justa causa”. Serán las concretas circunstancias, y siempre que éstas revistan especial gravedad y trascendencia, en el sentido de ser

perjudiciales para el menor, la únicas que pueden excluir las relaciones personales nietos-abuelos.

-Y finalmente, la última, deducida de una lectura entre líneas, la de que los abuelos, lo son siempre, sin que su especial grado de parentesco pueda verse menguado por el hecho de que uno de los progenitores dé inicio a una nueva vida sentimental; siendo inadmisibles, como deja patente la Sala, el pretender sustituir a la abuela paterna por la madre del nuevo marido del progenitor superviviente.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 26 de abril de 2002**

Este procedimiento tuvo su origen en la controversia surgida entre los progenitores del menor, quienes en el pasado mantuvieron una unión de hecho, y fruto de la cual nació un hijo, que contaba en esa fecha con dos años de edad. La sentencia de instancia tras realizar los pronunciamientos pertinentes en relación a la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y pensión de alimentos; negó el establecimiento de un derecho de visitas solicitado por el padre en favor de los abuelos paternos. Dicha resolución fue impugnada por ambas partes, y en torno al particular, el padre solicitó que se revocase la sentencia y que mientras duraba su estancia en Ciutadella, se fijase un régimen de visitas en favor de los abuelos paternos.

La Sala, en su fundamento de derecho cuarto, en cuanto a la relación del menor con los abuelos paternos resaltó:

Que dichos abuelos no son parte en esta litis, pero atendido que ninguna parte se ha opuesto a tal pretensión por este motivo, que los abuelos han manifestado como testigos su intención de contactar con el menor, y que tal cuestión se ha debatido ampliamente en el pleito, y por un principio de economía procesal, se considera procedente entrar en el fondo de su examen.

La sentencia de instancia denegó fijar un régimen de visitas por considerar que la madre no se oponía al mismo. Dicho argumento fue impugnado por la representación del demandado que insistió en su fijación.

La Sala consideró que:

Del conjunto de pruebas practicadas se infiere que la relación de los abuelos paternos (quienes se hallan al parecer divorciados, lo que no supone obstáculo alguno) con la demandante, si bien no son extraordinariamente conflictivas, del conjunto de la declaración se infiere que son muy distantes y del

escasa confianza, y prácticamente inexistentes, que llega hasta el punto de que no han realizado visitas al menor para evitar discusiones entre su hijo y la demandante, y en la afirmación del abuelo paterno de que en dos visitas que hizo al menor en los tres días en que estuvo hospitalizado en agosto de 2.001 le "echaron de la Clínica" en una de ellas, y del contexto de las declaraciones de la madre se puede desprender un recelo hacia dichas visitas, a la cual, asimismo dice no oponerse y que no se opondrá en el futuro si se las piden. Dada tal específica situación, y visto el interés de los abuelos en mantener un contacto con su nieto, la residencia habitual de los mismos en Ciutadella, el hecho de que se trata del único nieto de los mismos, y la ausencia de oposición al contacto del menor con los abuelos paternos por parte de la madre, la Sala considera procedente establecer un régimen de visitas, en defecto de acuerdo entre la madre y los abuelos, que será del primer y tercer sábado de cada mes, de 17 a 21 horas, debiendo los abuelos recoger al menor del domicilio de la madre y reintegrarlo al mismo. Obviamente tal régimen no se aplicará cuando el padre ejerza el derecho de visitas.

La sinopsis de la resolución nos permite varias apostillas:

Aunque la sentencia analizada, y la anteriormente mencionada -de 30 de junio de 2000-, responden a situaciones fácticas diferentes, por cuanto en aquella se demandaba expresamente la fijación de un régimen de visitas para los abuelos como medio de dar efectividad y permanencia al contacto entre padre e hijo, y en la presente, se fijan las visitas para los abuelos ante la proximidad de su domicilio con el del menor y la lejanía del de éste con el de su padre, resulta que la conclusión que se alcanzó en ambas es idéntica, pues se condicionó por igual el régimen de visitas de los abuelos al del progenitor no custodio. La Sala, pese a utilizar como uno de sus argumentos la economía procesal, se apartó de la misma al negar a las relaciones personales entre nieto y abuelos un carácter autónomo, emancipadas de la relación paterno-filial.

Aunque no forma parte de esta tesis el analizar cuestiones de naturaleza procesal, se comparte plenamente el criterio de la Sala de permitir integrar el derecho de los abuelos a nivel del proceso simplemente con el hecho de que éstos hayan sido oídos al respecto. Bien como parte del mismo, si con tal objeto se han personado, o bien, como meros testigos que muestran su conformidad a un derecho que en su beneficio es peticionado por una de las partes personadas. El interés de los menores, y razones de economía

procesal, deben ser argumentos bastantes para flexibilizar el rigorismo procesal que en principio arrastra hacía un procedimiento por separado.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de mayo de 2002**

Por auto, el juzgado de primera instancia falló en el sentido de que el menor, de nueve años de edad, estaría con los abuelos paternos tres viernes al mes desde la salida del colegio hasta las 20 horas y un sábado al mes desde las 11 horas a las 17,30 horas. Los abuelos arremetieron contra el anterior pronunciamiento al considerar que el régimen de visitas era demasiado restringido, que no se pronunciaba sobre las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano; además y puesto que uno de los abuelos seguía tratamiento de hemodiálisis los lunes, miércoles y viernes de cada semana, solicitaban que las visitas del viernes se cambiasen por el jueves, y finalmente, dadas las malas relaciones de los abuelos con la madre del menor, interesaban que se concretara el sábado en que podían tener a su nieto, en el sentido de que fuera el primer sábado de cada mes. El padre del menor había fallecido en accidente de circulación. Refería la psicóloga que el menor mantenía una gran relación con la madre y que la necesitaba como referente continuo después de haber perdido al padre, no pareciéndole indicado que de momento el menor dejase de pernoctar en el mismo domicilio donde lo hacía su madre.

La Sala, ante este haz fáctico, abordó la litis afirmando de primeras que:

El principio rector para la solución de los conflictos personales en materia de familia, ha de ser el de favor filii, elevado a rango Constitucional (art. 39 de la Constitución Española) y consagrado en numerosos preceptos sustantivos (art. 92, 103, 154, 170 del Código Civil), conforme al cual debe procurarse, ante todo, el beneficio e interés de los menores, en orden a su desarrollo personal y la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados.

Acto seguido no estimó procedente ampliar el régimen de visitas interesado por los abuelos, toda vez que:

El contenido de los informes psicológicos aportados por las partes, revelan que el menor junto con su madre, está afrontando y superando adecuadamente desde el punto de vista emocional y psicológico, la muerte de su padre, habiéndole proporcionado la madre el apoyo afectivo y personal necesario, y ayuda profesional.

Por ello, incrementar ahora bruscamente el contacto del menor con la familia paterna no sólo no está debidamente acreditado que sea beneficioso para su desarrollo y formación equilibrada, sino que en estos momentos estima esta Sala que podría ser perjudicial, dada la actitud tan enfrentada de las partes, como la que ha quedado reflejada en los presentes autos.

Ello sin perjuicio, claro está, de que en un futuro pueda ampliarse dicho régimen de visitas, según las circunstancias y el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones entre los abuelos y los tíos paternos y la madre del menor. No obstante si se accede a que las visitas de los viernes se trasladen al jueves, ya que consta acreditado, con la documental, que el abuelo padece insuficiencia renal crónica que le obliga a seguir un programa de hemodiálisis periódico todos los lunes, miércoles y viernes sin excepción. Tampoco existe inconveniente en precisar, a efectos de evitar un nuevo tema de conflicto entre las partes, que el sábado en que los abuelos pueden tener consigo al menor, sea el primer sábado de cada mes.

La sentencia es reflejo de una de las cuestiones más candentes dentro de las relaciones nietos-abuelos, en especial desde la visión de éstos últimos, al pretender de ordinario que el régimen de visitas a su favor alcance dimensiones tales que les equipare o les aproxime al régimen de visitas que ostentaba su hijo fallecido, o el que hubiera podido disfrutar en vida en caso de crisis del matrimonio o pareja. La respuesta de la Sala sigue la línea de la jurisprudencia dominante¹³⁶, ponderando las concretas circunstancias presentes en las partes para adaptar el régimen de visitas a las mismas, pero rechazando cualquier ampliación que permita la coincidencia con la relación paterno-filial, por no juzgarse beneficiosa¹³⁷.

¹³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 20 de junio de 2001: “Por consiguiente, el derecho de visita que ostentan los abuelos no tendrá siempre la misma amplitud de contenido, y mucho menos podrá pretenderse que la modalización sea semejante o igual que si el titular del derecho de visita es uno de los progenitores..pues 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 de velar por el hijo y ejercer el debido control y vigilancia sobre la guarda y custodia del mismo...sin que dicho régimen pueda ser el mismo al del régimen de visita que los cónyuges hubieren acordado entre si...y no puede serlo no porque exista limitación, que no la hay, sino porque se trata de sujetos distintos que ostentan derechos diferentes, aunque los mismos versen sobre un mismo objeto”.

¹³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 18 de marzo de 2002: “Ciertamente el régimen de las relaciones personales con los abuelos por parte de sus nietos no puede, como regla general, tener la misma amplitud que el que se establece para los progenitores en los supuestos de crisis matrimonial (art. 160.2 C.C), más en alguna manera –al menos durante la menor edad, no existiendo constancia en autos de circunstancias que así lo aconsejen-, debe limitarse a un simple régimen de visitas, tal y como pretende la parte apelante, tanto más cuando falta el referente entre nietos y abuelos de la madre fallecida, ello en el entendido de que no se trata en este caso de subrogar a la abuela materna en el lugar de la madre fallecida,

La no equiparación por los tribunales del régimen de visitas de los abuelos al de los progenitores es un criterio cargado de razones en los procedimientos en que viven tanto unos como otros, pues el establecimiento de distintos períodos de convivencia de los menores con sus abuelos no puede perturbar el ejercicio de la patria potestad, función de superior y vital importancia para su desarrollo. La relación paterno filial se sobrepone a las relaciones con los abuelos, pero no puede hacerlo hasta el punto de anularla o hacerla meramente testimonial, pues aunque no son sus padres, los abuelos son unos familiares singularmente privilegiados. El debate radica en los supuestos en que uno de los progenitores ha fallecido, pues la Ley como tal no establece limitación alguna, ni fija prohibición acerca de equiparar, en el ámbito del derecho de visitas, los regímenes del progenitor fallecido con los de los abuelos. La praxis nos dice que el tratamiento igualitario no es beneficioso, pues los abuelos pueden pretender ser lo que en realidad no son, padres, perturbando con ello el legítimo ejercicio de la patria potestad del supérstite. Pero no puede inadvertirse, que ante la falta de uno de los progenitores, lo justo es que el régimen de visitas de los abuelos se extienda lo suficiente para garantizar un contacto vigoroso y permanente de los menores con la rama de familiares del progenitor desaparecido, y en la que los abuelos sin duda constituyen su eslabón principal.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de septiembre de 2002.**

La sentencia recaída en primer grado jurisdiccional otorgó derecho de visitas a los abuelos respecto de su nieto, con la siguiente extensión: los martes y los viernes desde la salida de la guardería hasta las 20 horas, debiendo recogerlo en la misma guardería y entregarlo en el domicilio de la madre por la hermana del difunto esposo de la demandada, con el fin de evitar conflictos. Se obligaba a la demandada a comunicar su cambio de domicilio o de guardería al juzgado y a los abuelos, y así mismo a llevar al menor a la guardería en especial los martes y los viernes, días de régimen de visita, de no poder llevarlo tenía que comunicarlo inmediatamente a los actores para que en tal caso recogieran al menor en el domicilio materno.

sino de mantener la vinculación familiar con la línea materna y procurar la continuidad y proximidad de todo punto deseable en las relaciones entre nietos y abuelos”.

La madre del menor recurrió en apelación la sentencia, interesando la revocación, alegaba en suma, como motivo de oposición, la mala relación existente entre la familia de su marido y ella, existiendo notoria animadversión de los tíos del menor, desde el momento en que reclamó la herencia de su difunto esposo, deduciendo que los tíos del menor iban a realizar una solapada y perniciosa labor tendente a socavar el natural sentimiento de respeto que todo hijo debe albergar respecto a su madre, teniendo los tíos el mismo domicilio que los abuelos del menor.

La sala, confirmó la sentencia, y motivó al respecto que:

Las desavenencias familiares entre la recurrente y los tíos paternos del menor, alegadas y no probadas, son ajenas a la relación existente entre los abuelos paternos de menor y éste, debiendo en cualquier caso dicho menor, quedar al margen de dichas desavenencias, que en modo alguno han sido probadas, ni siquiera de modo indiciario se extendieran a los abuelos quienes, tal y como señala el juez "a quo", se han ocupado y convivido con el menor, antes del fallecimiento del marido de la demandada, siendo cordiales las relaciones abuelos-nieto.

Por otro lado, tampoco existe prueba alguna de que los tíos paternos del menor convivan con los actores, ni en la misma finca, no siendo más que meras sospechas o suposiciones la alegación de la realización por parte de dichas personas de una perniciosa y solapada labor tendente a menoscabar el respeto del menor hacia su madre. No consta tampoco indicio o dato alguno de la alegada animadversión de los tíos paternos. Los problemas económicos que puedan haber surgido tras la muerte del padre del menor, entre sus hermanos y la demandada, se ciñen, por las alegaciones de la propia recurrente, a ella y, en modo alguno a su hijo menor. Por otro lado, las fotografías obrantes en autos reflejan a un menor y a una familia paterna cariñosa y feliz con el hijo de la demandada y se muestran muy alejadas de las manifestaciones vertidas por la demandada recurrente, que carecen de cualquier soporte probatorio apto para entender convincente la existencia de una justa causa que impida a los abuelos paternos relacionarse con su nieto.

De la sentencia podemos deducir varios matices de importancia:

1-Que para privar del derecho reconocido en el artículo 160 del Código Civil, el motivo que lo imposibilite, es decir, la “justa causa”, requiere de una prueba clara y terminante obtenida en el proceso, no bastando suposiciones o meras sospechas. Serán los tribunales

los que atendiendo a las reglas de la sana crítica y a las del artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil quienes valorarán a tales efectos la prueba practicada en juicio.

2-Que la “justa causa” puede estar sustentada en el peligro. En este caso, la demandada, madre del menor, argumenta que la animadversión que le tributan los tíos del menor traerá consigo que éstos lleven a cabo una solapada y pernicioso labor tendente a socavar el natural sentimiento de respeto que todo hijo debe albergar respecto a su madre. Pero el peligro, para que pueda provocar tal efecto, no debe quedarse en la simple denuncia de una conducta que pueda avivar potencialmente un riesgo, sino que tal riesgo debe ser presentado por quien lo aiera como real y cierto, y de incuestionable consecuencia en el interés a proteger, el del menor.

3-Que a la hora de fijar un régimen de visitas a los abuelos, debe deslindarse la posición de éstos -como familiares con especial vínculo, por expresa previsión del legislador-, de la del resto de miembros de la familia extensa; no permitiendo que los conflictos, en este caso de los tíos con la madre, cierren la puerta a las relaciones con los ascendientes de segundo grado.

Ahora bien, así las cosas, cabría preguntarse cómo proceder en los casos de fallecimiento de los abuelos cuando éstos eran beneficiarios de un régimen de visitas con sus nietos y lo ejercitaban en compañía de sus hijos, tíos de los menores (por convivir en la misma vivienda). En principio los tíos, al estar integrados dentro de la categoría de “y otros parientes y allegados”, a la que hace referencia el artículo 160 del Código Civil, podrían interponer la correspondiente demanda en garantía de su derecho de visitas con sus sobrinos. Pero la duda se suscita en si pueden o no instar, para con sus sobrinos, las mismas visitas de las que disfrutaban sus padres y sin necesidad de acudir a un nuevo y costoso procedimiento. Razones de economía procesal nos permitirían resolver en sentido afirmativo, pero la dificultad estriba en cómo darle forma a ese derecho, en qué soporte jurídico apoyarlo. La simple comunicación al órgano jurisdiccional de la situación creada para que éste lleve a cabo una extensión del régimen de visitas a los tíos, no se considera apropiada, por falta de encaje jurídico. La solución quizás podría arbitrarse vía artículo 158 del Código Civil, ya que como tiene reconocido el Tribunal Supremo, las medidas que los

jueces pueden adoptar conforme a este precepto se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, aplicable retroactivamente por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España.

En este orden de cosas, es igualmente factible, aunque no se da con excesiva frecuencia en la práctica, que los tíos realicen al mismo tiempo que los abuelos una petición expresa de fijación de un régimen de visitas para con sus sobrinos ¹³⁸.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 10 de octubre de 2003**

El juzgado de instancia desestimó la demanda interpuesta por los abuelos y en consecuencia declaró no haber lugar a establecer un régimen de visitas a su favor respecto de sus dos nietos, hijos de su difunto hijo, sin perjuicio de que éstos pudieran ver y relacionarse con sus abuelos si así lo deseaban. Los menores contaban en aquel momento con 14 y 12 años de edad. Las malas relaciones entre abuelos y madre traían causa desde el inicio de la relación entre su hijo y la demandada.

Los abuelos interpusieron en el año 1998 demanda de desahucio contra la demandada y su hijo, respecto del inmueble que había constituido la vivienda conyugal del matrimonio, y en el que seguía residiendo la citada demandada junto con sus dos hijos. Dicha demanda finalizó por sentencia de 25 de mayo de 2000, confirmada por la sección 5ª de la Audiencia el 13 de marzo de 2001, y que daba lugar al desahucio interesado. A su vez el abuelo, había sido condenado por sentencia de 22 de diciembre de 1998 como autor

¹³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 14 de mayo de 1999: La Sala fijó un régimen de visitas a favor de los abuelos y tíos maternos consistente en: “La mitad de las vacaciones de Semana Santa, desde las 10 horas de la víspera del Domingo de Ramos hasta las 18 horas del Miércoles Santo..vacaciones de Navidad, desde las 18 horas del 26 de diciembre hasta las 18 horas del 30 de diciembre...un mes en las vacaciones de verano, julio o agosto, eligiendo el padre todos los años de acuerdo con su propio mes de vacaciones....debiendo en todos los casos, ser recogida y reintegrada a su hogar por los abuelos y tíos maternos hasta que la menor pueda viajar sola, debiendo igualmente sufragar los gastos de desplazamiento de la menor”.

responsable de una falta de injurias por las expresiones que profirió el día 6 de noviembre de 1998 a la madre de los menores, en el colegio público de Génova y en presencia de los niños.

Era un hecho concordado por las partes que desde el año 1998 las relaciones entre los abuelos y los nietos habían sido inexistentes.

Los menores, en su exploración, relataron que desde que su madre inició una relación con el que hoy es su marido, las relaciones con los abuelos fueron a peor, hasta el punto de que los abuelos los echaron de la casa, y también habían presenciado como sus abuelos insultaban a su madre. Refirieron además que sus padres en ningún momento les habían impedido ver a los abuelos, y que eran ellos los que no los querían ver.

La Sala en su fundamento de derecho cuarto:

Estima prudente fijar un régimen de visitas a favor de los demandantes comprensivo de una comida, el primer sábado de cada mes, de las 14 a las 16 horas. Ello sin perjuicio, claro está, que si las relaciones entre los abuelos y los menores se normalizan y conviene al interés de los niños, el presente régimen de visitas pueda ser ampliado en un futuro.

A lo dicho no puede ser opuesta la voluntad contraria de los menores afectados, pues es doctrina general que se mantiene en las resoluciones de las Audiencias Provinciales que el parecer del menor, aun cuando sea mayor de la edad en que la Ley impone su consulta, no ha de ser determinante de la decisión judicial en los asuntos que le afectan, pues ha de prevalecer su interés (Sentencia Audiencia Provincial Vizcaya, de 12 de septiembre de 1995, Tarragona de 2 de octubre y 11 de noviembre de 1993, Barcelona 13 de junio de 1993, Álava 15 de marzo de 1993 y Salamanca 4 de noviembre de 1992).

En el mismo sentido, y ya específicamente para el caso de la comunicación de los nietos con sus abuelos, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de marzo de 1999 y 3 de mayo de 2000 en las que ha afirmado que "en cuanto a la alegación de que no debería obligarse a cumplir el derecho de los abuelos a relacionarse con el menor sino que debería ser éste quien decidiese ejercitarlo, debe mantenerse, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996, que el interés superior del menor, como principio inspirador de todo lo relacionado con él, vincula al Juzgador, a todos los Poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de

futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social.

La Sentencia recalcó de manera indirecta la interpretación restrictiva que por parte de los tribunales se realiza del concepto de “justa causa” contenido en el artículo 160 del Código Civil, laxando al mismo tiempo la relevancia de la voluntad de los menores contraria al establecimiento de un régimen de visitas con sus abuelos, pues por muy decidida que sea la negativa, esta no será suficiente para producir tal efecto si por parte del tribunal se considera que es contraria a su interés¹³⁹. La Sala no analizó profusamente la cuestión referente al desahucio propiciado por los abuelos que a la postre privó a la madre y a los menores de la vivienda que había sido el domicilio familiar, lo que nos lleva a pensar que se optó por no mezclar ambas situaciones, de naturaleza jurídica diferenciada, entendiendo por ello que tal circunstancia no lastraba las relaciones con los menores, o que al menos cedía ante otro interés superior.

Llama la atención sin embargo que, pese a todas las dificultades, que en el caso no eran pocas, preservada la relación nietos-abuelos, ello no tuviera una traducción efectiva en un régimen de visitas más amplio, superior al de una comida al mes, que finalmente adquirió firmeza.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 9 de julio de 2004**

Impugnó el recurrente la sentencia de separación dictada por el juzgado de instancia, alegando entre otros motivos, que ésta no fijó el régimen de visitas que, según el padre apelante, debía comprender a los abuelos paternos.

La Sala, primeramente indicó, que:

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos supone el reconocimiento del papel fundamental que desempeñan los abuelos en la cohesión y transmisión de los valores de la familia y a la vez es expresión del interés del hijo como principio rector del derecho de familia, que

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004. Fundamento de Derecho Segundo: “deben 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”.

exige salvaguardar las relaciones de los abuelos con sus nietos tanto en caso de ruptura familiar como en el de simple dejación de sus obligaciones por parte de los progenitores. Para el primero de los mencionados supuestos, es decir, para las situaciones de crisis familiar, la ley modifica los artículos 90 y 94 del Código Civil. Este último precepto relativo, como es sabido, al derecho de visitas del progenitor no conviviente establece que el juez "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

Entrando en el fondo, entendió que:

En el caso de autos, el demandado se limitó, en su escrito de contestación, a solicitar un régimen de visitas a favor, indistintamente, del padre o de los abuelos paternos. Pero lo cierto es que ni propuso la audiencia de los abuelos ni éstos han sido oídos a lo largo de todo el proceso, por lo que nada se puede acordar en relación al ejercicio del derecho a visitar a su nieto que les concede el artículo 160 del Código Civil, sin perjuicio de que puedan ejercitar su derecho por el cauce procesal del artículo 250.1.12º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sin perjuicio de que, con consentimiento del titular del derecho de visita y cuando se halle con él, pueda "el menor" visitar a sus abuelos a lo que, además, la madre no ha mostrado oposición alguna.

Ya hemos anotado en anteriores resoluciones que la voluntad de los menores a la hora de establecer relaciones personales con sus abuelos es un dato a tener en cuenta en la decisión judicial que se adopte, pero no el criterio definitivo y excluyente. Sin embargo, cuando nos colocamos en la otra orilla, en la posición de los abuelos, el consentimiento de los mismos -plasmado en su escrito de demanda o en la audiencia que se les practique en calidad de testigos a lo largo del proceso- constituye un requisito primordial, pues no cabe en derecho la posibilidad de obligar a los abuelos a mantener unas relaciones personales con sus nietos, cuando éstas no son fruto de un deseo propio y querido. Los abuelos son dadores de afecto, de cariño, de comprensión; y éstos calificativos sólo pueden emanar de un acto no obligado, voluntario. Si la opinión de los abuelos no ha quedado plasmada, la consecuencia es que el derecho no puede ser reconocido a su favor¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 29 de marzo de 2004.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de 13 de octubre de 2005.**

La sentencia de instancia, tras estimar parcialmente la demanda, reconoció a favor de abuela paterna del menor el derecho de visitar al mismo y tenerlo en su compañía, el cual lo ejercería en la siguiente forma: los sábados alternos desde las 11 h. hasta las 18 h, y ello siempre que el régimen de visitas establecido a favor del padre para con el precitado menor no sea modificado, dado que en este caso podrá modificarse el régimen de visitas que ahora se reconoce.

Contra la antedicha resolución la abuela formuló recurso, alegando la infracción de los artículos 160 y 94 del Código Civil, por supeditarse el régimen de visitas con su nieto al que se establecía en favor del padre. Entendía en esencia que la condición de abuela constituye una figura clave y referente en el núcleo familiar, y que las relaciones que se le habían reconocido eran irrisorias, peticionando que en su lugar se estableciese un régimen de visitas consistente en todos los sábados, desde las 10 h. hasta las 20 h, con recogida y devolución del menor en su domicilio, y dos días en los períodos de Navidad y Semana Santa, y veinte días en verano, eligiendo el disfrute de los precitados periodos, en caso de discrepancia, la madre en los años impares y la abuela paterna en los años pares.

La madre del menor se opuso al recurso formalizado de adverso, motivaba su oposición en el hecho de que, a su juicio, la abuela pretendía asumir la posición de un progenitor, consideraba por tanto como acertada la resolución dictada por el juez de familia de supeditar el régimen de la abuela al que se fije para el padre del menor, con confirmación de la sentencia.

La Sala, dejó claro un primer razonamiento, cual era que el objeto de la litis no residía en la procedencia de un régimen de visitas a favor de la abuela paterna con su nieto, que la madre reconocía, sino en:

Establecer unos días y horas concretos, en un contexto de razonable relación entre abuela paterna y su nuera.

La Sala liquidó la polémica, con el siguiente argumento:

El artículo 160 del Código Civil deja al arbitrio del Tribunal la concreta fijación de tal régimen de visitas, visto el conjunto de circunstancias concurrentes, y que precisamente el Juzgador a quo ha tenido en cuenta, sobremanera las que afectan al padre del menor, lo que concuerda esta Sala, y permite ampliarlo levemente, a fines de alcanzar la mayor razonabilidad y proporcionalidad, por inferior al régimen del progenitor no custodio, y siempre en interés del menor, y sin olvidar que son cuatro los abuelos y que todos ellos tienen derecho a visitas, comunicarse y estar con el menor, además de ambos progenitores” admite por ello que deben compatibilizarse el régimen del padre y de la abuela paterna, considerando acertado que el de ésta última quede supeditado al de su hijo. Fijando definitivamente el régimen de visitas “a los sábados alternos, desde las 10 horas hasta las 19 horas; un día durante el período de Navidad, que no sea festivo ni sábado, a escoger por la abuela en los años pares, a falta de acuerdo con la madre; y un fin de semana durante el período vacacional de Verano, desde las 10 horas del sábado hasta las 19 horas del domingo, que resulte compatible con las vacaciones de la madre, a escoger por la abuela en los años impares, a falta de acuerdo con la madre. Las recogidas y entregas del menor se harán, para garantizar su seguridad, en el domicilio de la madre o de la abuela materna. El anterior régimen se mantendrá siempre que el fijado a favor del padre no sufra modificaciones, por supeditado al anterior el que se establece a favor de la abuela paterna.

En este supuesto, la Sala amplió el régimen de visitas de los abuelos para con su nieto, pero mantuvo la subordinación de las mismas con las que disfrutase el progenitor no custodio, aludió a la libertad de fijación de la extensión del régimen y lo refirió a las circunstancias concurrentes, pero sin establecer nexo causal entre cuales eran las concretas circunstancias y la consecuencias que extrajo.

Las relaciones personales nietos-abuelos funcionan como derecho autónomo frente a las relaciones paterno-filiales, pero la nombrada autonomía no puede ignorar la necesaria compatibilidad de la extensión de tales relaciones con las que disfrute el progenitor no encargado de la custodia, ex artículo 94 del Código Civil, ni tampoco las posibles relaciones que puedan interesar el resto de ascendientes de segundo grado.

COLÁS ESCANDÓN¹⁴¹ afirma que la expresión abuelos “cobija en su seno tanto a los abuelos maternos, como a los paternos, sean matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos, e incluso, en ocasiones, biológicos respecto de nietos adoptados por terceros.

¹⁴¹ COLÁS (2005)

Siendo indiferente a estos efectos que ellos mismos estén o no casados, separados, divorciados, o que su matrimonio haya sido declarado nulo. Lo importante es precisamente que sean abuelos del menor o del incapacitado..término que comprende también los bisabuelos e incluso los tatarabuelos”.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de noviembre de 2007**

La sentencia tenía como antecedentes la negativa de la madre de los menores a permitir el contacto de éstos con los abuelos paternos, fruto de la muerte del padre de los niños tras una larga enfermedad, lo que infundió a los litigantes en un gran dolor, provocando que cada uno de ellos actuara de una forma, que el otro entendió perjudicial. La sentencia dictada en primera instancia acordó fijar a favor de los actores -abuelos- un régimen de visitas respecto de sus nietos, consistente en el que el mayor de ellos podría estar con sus abuelos paternos siempre que así lo deseara, y la menor, vería a sus abuelos los miércoles durante una hora en el Punto de Encuentro en régimen de estada, derecho que podría ser ampliado. La madre de los menores, de contrario, formuló apelación, considerando que sería totalmente negativo el establecimiento de un régimen de visitas a favor de los abuelos paternos, quienes prácticamente no habían tenido contacto con sus nietos, ya que supondría destruir todo el trabajo llevado a cabo por la madre en cuanto a proporcionar estabilidad emocional a sus hijos que, a buen seguro, se vería quebrada por la interferencia de los abuelos paternos, más preocupados por la vida privada de la recurrente, que por los propios menores, llamando la atención que interesasen un régimen de visitas para ellos pero que de alimentos no se dijese ni una sola palabra.

La sentencia, en su fundamento de derecho segundo, resolvió la problemática suscitada apoyándose en las contundentes valoraciones que de la relación familiar constaban en la prueba pericial practicada:

En un primer sentido, los abuelos muestran afecto, preocupación y cariño por sus nietos....no se percibe que los abuelos paternos quieran utilizar dicha relación para ir en contra de nadie, ni por supuesto de la madre, como tampoco, la de querer ocupar un sitio que no les corresponda..no se han encontrado indicadores que nos puedan llevar a desaconsejar la relación de los abuelos con los nietos, que ésta puede ser emocional y afectivamente, buena y positiva para ambos hermanos... y, que no

consta que los abuelos paternos ocasionaran daño real a sus nietos ni que en vida de su hijo fueran reprendidos por su escaso o nulo interés por los menores”; en un segundo sentido,.. el deseo de los menores de no querer ver a sus abuelos, referido con especial énfasis, no parece corresponder a un relato emocionalmente acorde a propias experiencias vividas en relación con éstos...los menores están inmersos en un conflicto de lealtad y necesitan el permiso de la madre para poder relacionarse con sus abuelos paternos. Los menores no se pueden permitir “perder” el efecto materno y hacer que su madre se sienta mal, a poco tiempo de haber perdido al padre.

Remató la Sala su razonamiento, reseñando que aunque los conflictos entre nuera y suegros tenían efecto directo en los niños, el régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia no podía ser negativo para éstos:

Ni que llegue a romper o quebrar su estabilidad emocional. Antes al contrario puede y debe contribuir a recordar y estrechar vínculos con la familia de su fallecido padre, agregando además que no se ha probado que los abuelos paternos se hayan desinteresado por la suerte de sus nietos, ni que los últimos pasasen situaciones de penuria económica.

El supuesto de hecho contemplado en esta resolución es sin duda el que con más asiduidad se repite en la praxis: cuando fallece uno de los progenitores y el supérstite pone trabas a las relaciones entre sus hijos y los abuelos, normalmente de la otra rama familiar. La sentencia nos deja varios titulares:

1º-Que los conflictos entre abuelos y progenitores, aunque resulten probados, no constituyen argumento bastante para privar a los menores del derecho a relacionarse con sus ascendientes ¹⁴².

2º-Que la negativa de los menores, si bien es un dato a tener en cuenta a la hora de decidir sobre las relaciones personales con sus abuelos, no debe operar como un axioma definitivo. La voluntad de los menores, para que pueda conllevar la privación del derecho,

¹⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 28 de febrero de 2000. Fundamento de derecho cuarto: “De este modo, no es posible llegar a 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 la adecuada formación y desarrollo que necesita para conformar su personalidad. (...) Por último, y a mayor abundamiento, resulta indudable que diferir a un momento futuro el eventual restablecimiento de ese derecho de relación no supone más que acentuar la ruptura de unos sentimientos afectivos que se ha iniciado ya, puesto que han transcurrido más de dos años desde la última vez que Doña J pudo ver a su nieto, con lo que retrasar todavía más la plena normalidad de aquella relación no supone otra cosa que la de favorecer el riesgo de una definitiva privación de aquella relación”.

debe ofrecer verosimilitud, consistencia, y traer causa de hechos objetivos que justifiquen su negativa; pero además, debe valorarse la edad y el grado de madurez de los emisores, en aras a verificar si su sentir es fruto de reflexiones propias, o por el contrario obedece a deseos inculcados por sus progenitores con la intención de consolidar un distanciamiento progresivo con sus abuelos.

3º-Que el hecho de no mostrar interés por los nietos, ni antes ni después de la muerte de su padre, así como desinteresarse por su suerte, puede integrar la justa causa que impide a los abuelos relacionarse con ellos, ex artículo 160, párrafo 2º, del Código Civil. Efectivamente, si los abuelos, voluntariamente, y sin razón de peso alguna, no han prestado atención a sus nietos durante la vida de éstos; resulta lógico y justo, que no se les considere en situación de contribuir al desarrollo personal y emocional de los menores, de tal manera que el no establecimiento de relaciones personales estaría amparado en que éstas no son beneficiosas.

Aunque la sentencia no lo dice expresamente, entendemos que deja entrever, que lo mismo podría pregonarse del hecho de que los abuelos permitan que los menores atraviesen una situación de penuria económica, cuando aquellos son concedores de antemano de la misma, y tal escenario se puede evitar o paliar con su actuar. Si bien es cierto que los padres como ascendientes más próximos son los obligados, conforme a los artículos 143 y 144 del Código Civil a prestar alimentos a sus hijos, no puede desconocerse que también lo son los abuelos, en base a la solidaridad familiar sobre la que gravita la obligación alimenticia, por lo que sin duda el mirar para otro lado ante un drama familiar de estas características constituiría una justa causa que inhabilitaría a los abuelos para relacionarse con sus nietos, al haber antepuesto sus diferencias con el progenitor a los intereses de sus descendientes y su bienestar.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de febrero de 2008.**

Conoció la Audiencia en apelación de la sentencia dictada en primera instancia por el juzgado nº 12 de Palma, y en la que éste reconocía a favor de los abuelos un régimen de visitas para con sus nietos consistente en los miércoles alternos desde las 17h.30 min, hasta las 19h:30 min, y el tercer fin de semana de cada mes desde las 12h:30 min, hasta

las 19h:30 min, con entrega y recogida de los menores en el Punt de Trobada. Frente a tal pronunciamiento se alzó la parte recurrente interesando la revocación de la misma, argumentando a tal efecto que la sentencia fijó un régimen de visitas contrario al interés de los menores, al no evaluar, como entendía necesario el psicólogo adscrito al juzgado, el impacto que un régimen de visitas a favor de los abuelos tendría en la estabilidad familiar y en los propios menores.

La Sala, tras hacer referencia a las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1996, 17 de septiembre de 1996 y 11 de junio de 1998, consideró que:

El juez a quo” ha resuelto de forma totalmente correcta la cuestión objeto del litigio, tanto al valorar de forma acertada el resultado de la prueba practicada en el procedimiento como al aplicar debidamente las disposiciones legales que regulan la materia y la jurisprudencia recaída en relación a la misma.

De la disección de la sentencia emergen varias consideraciones: la primera, y consecuencia de la referencia jurisprudencial que le sirve de fundamento, es que las relaciones abuelos y nietos insertan beneficiosamente a los menores en su entorno familiar completo, siendo por ello beneficiosas; y la segunda, de naturaleza procesal, el principio de valoración libre de la prueba por parte del juzgador (consagrado en relación a este tipo de procedimientos en el artículo 752.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 348 del mismo texto), y que en el presente caso se plasma en confirmar por parte de la Superioridad la valoración que del dictamen de los psicólogos adscritos al juzgado hace el juez “a quo”, amparándose en las reglas que disciplinan la sana crítica.

Sobre este particular, la intervención de los equipos psicosociales contemplada en el artículo 92.6 y 92.9 del Código Civil, tras la redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, debe ponerse de manifiesto que, no estamos ante una verdadera prueba pericial, en los términos en que esta viene configurada en los artículos 335 a 352 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto ni la designación de los peritos, ni la delimitación del objeto de la pericia, ni el modo de emisión del dictamen, siguen los criterios propios de las periciales.

El Código Civil utiliza una doble terminología para referirse a estos dictámenes. En un principio, en el artículo 92.6, habla de “Equipo Técnico Judicial”, lo que nos lleva a pensar que en cierta forma nos encontramos ante un instrumento auxiliar del que dispone el juzgador en este tipo de procesos para dilucidar con mejor criterio las cuestiones que se le plantean, o afinando más, aquellas que hagan referencia a aspectos esenciales de los menores en su desarrollo vital y personal, para lo cual resulta muy valiosa la información que éstos puedan dar a los profesionales, fundamentalmente cuando se trata de niños de corta edad; y donde el conocer las técnicas y los procedimientos para ganarse su confianza puede ser de gran ayuda a la hora de averiguar su verdadero interés. En segundo lugar, el Código Civil en el artículo 92.9 hace referencia a la facultad que dispone el juez para recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados, expresión ésta que, con todas las cautelas, parece acercarnos más a la idea de “pericial especial”, aunque, claro está, esto es una ilación semántica, pues nada dice la Ley al respecto, es más, ni siquiera la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ley rituarial, hace alusión alguna a estos dictámenes cuando aborda la normativa procesal y las especialidades propias de los procesos de familia, lo cual no deja de ser sorprendente si tenemos en cuenta la enorme trascendencia que tales dictámenes suelen tener a la hora del dictado de las resoluciones por parte de los jueces y tribunales¹⁴³.

Al hilo de lo expuesto, la posibilidad de recabar el dictamen de especialistas o de los miembros del Equipo Técnico Judicial, aunque viene integrada dentro del capítulo dedicado a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y más en concreto al hacer referencia a la guarda y custodia, ello no excluye, que puedan servir de apoyo para resolver otras cuestiones medulares del derecho de familia, como son, el régimen de visitas entre padres e hijos, o las de estos últimos con sus abuelos.

¹⁴³ SANZ-DIEZ (2003), p. 98.: “Cuando el objeto sobre el que ha de recaer el informe pericial tiene conexión con la materia relativa a los hijos menores de edad: guarda y custodia, régimen de visitas y vacaciones..etc, el nombramiento habrá de recaer en el Gabinete Psicosocial, si el Juzgado en cuestión disfruta de estos servicios. Estos equipos, integrados por psicólogos y asistentes sociales, gozan de una profesionalidad, especialización y presunción de imparcialidad que confieren un especial valor a los dictámenes que emiten, de los que –en la práctica- no suelen apartarse los juzgadores”.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de octubre de 2008**

Esta resolución analiza el cómo resolver aquellos supuestos en los que se solicita un régimen de visitas entre abuelos y nietos no constando relación previa entre ellos. El litigio se inició en virtud de demanda formulada por los abuelos en reclamación de un régimen de visitas con su nieta. La sentencia recaída en el primer grado jurisdiccional desestimó íntegramente la pretensión contenida en la demanda, lo que motivó la presentación de recurso de apelación en interés de un superior pronunciamiento en el que se acordase establecer un régimen de visitas a favor de los abuelos acorde con las circunstancias, y que gradualmente pudiera ir ampliándose. Los hechos declarados probados en la sentencia ponen en relevancia que la menor residía en la ciudad de Alcudia hace más de cuatro años, pese a lo cual, los abuelos, que tenían fijada su residencia en Inca, no habían tenido relación alguna con su nieta. Los abuelos adujeron como causa de ausencia de tales relaciones con la menor, la total oposición de la madre (demandada), mientras que ésta alegó que la no comunicación con su hija traía causa del total desinterés de los abuelos, quienes sólo ahora, y dado que con anterioridad le había sido denegado en resolución anterior el derecho de visitas a su hijo (padre de la menor), pretendían burlar lo acordado en resolución judicial previa.

La Sala, en el fundamento de derecho que zanja la cuestión, explicó que conforme a lo dispuesto en el artículo 160 del Código Civil, salvo que exista justa causa razonable, no pueden impedirse las relaciones personales del menor con sus abuelos. Añadiendo que:

En el supuesto de autos, no existe causa razonable para que los abuelos se vean privados totalmente de poder relacionarse con sus nieta. Ahora bien, lo cierto es que, sea por los motivos que sea – conforme hemos expuesto en el Fundamento de Derecho anterior de la presente resolución, las partes litigantes mantienen versiones contradictorias sobre este extremo-, ha transcurrido un largo período de tiempo durante el cual no ha existido relación ni contacto alguno entre los abuelos y la menor, lo que hace necesario que la relación entre ellos se inicie de una forma gradual. Además, debe tenerse en cuenta que el padre de la menor e hijo de los hoy actores-apelantes no tiene reconocido derecho de visitas, lo que supone que, atendiendo a lo dispuesto en el último inciso del art. 160 del Código Civil, deban adoptarse las cautelas necesarias al objeto de no facultar la infracción de la resolución judicial que acordó no conceder un régimen de visitas al padre de la menor.

Dicho esto, la Sala estimó procedente, con revocación de la sentencia de instancia:

Reconocer a favor de los abuelos demandantes derecho de visitas para con su nieta, consistentes en dos horas quincenales, en sábados alternos desde las 11 a las 13 horas. Las cuales para evitar intromisiones de quien tiene suspendido el régimen de visitas, se efectuarán bajo la supervisión de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Alcodia, al que se dirigirá oficio ejecutorio en tal sentido, o bien en el "Punt de Trobada" en el supuesto de que en dicha ciudad de Alcodia se preste tal servicio.

La sentencia merece varios comentarios. De primeras, que es función de los jueces y tribunales, en los pleitos referentes al derecho de visitas nietos-abuelos, separar adecuadamente todos los intereses que entran en conexión; con ello quiere decirse que para garantizar los derechos de los menores y de los abuelos hay que centrarse en las concretas circunstancias que concurren en unos y en otros, evitando, para no perder el enfoque de lo enjuiciado, que se cuele en el debate otras incidencias ajenas al mismo. Cierto es que las situaciones de los cónyuges siempre sobrevuelan el escenario del conflicto, y que en casos como el presente, el hecho de que al padre le fuera negado el derecho a tener visitas con su hija determinó el pronunciamiento denegatorio de las visitas con los abuelos en primera instancia; pero lo relevante, era si estaba presente o no una causa justa que impedía las relaciones personales de la menor con sus abuelos, y añadiríamos más, si concurría o no una voluntad real de los últimos de reanudar las relaciones con su nieta. De alcanzarse, como así fue, la convicción de que no existía justa causa, no cabía otra opción que no fuera la de reanudar las relaciones entre la nieta y los abuelos si se consideraban beneficiosas; eso sí, introduciendo los debidos controles para que los abuelos no se convirtiesen en cooperadores necesarios del propósito del progenitor no custodio de incumplir las resoluciones judiciales que le impedían el contacto con su hija. Los abuelos deben defender su derecho propio tal y como les viene reconocido por la ley, y con él el de sus nietos a relacionarse con ellos, no deben pues invertir los roles y convertirse en defensores encubiertos de sus hijos. De igual modo, no puede partirse en estos casos de una presunción inicial de fraude inherente a toda solicitud de relaciones personales interesadas por los abuelos, ya que el órgano judicial

tiene en su mano la posibilidad de establecer los mecanismos de intervención suficientes para evitarlo.

Comentario singular requiere igualmente el pronunciamiento realizado por la Sala en cuanto al establecimiento de un régimen de visitas “gradual”. En efecto, a la hora de decidir sobre el régimen de visitas en los procesos matrimoniales, y por consiguiente también en los litigios que versan sobre petición de relaciones personales nietos-abuelos, a la dificultad que ya supone para el juzgador el decidir si procede o no reconocer las mismas, se añade un plus de complejidad, cual es, determinar el cómo, el cuándo y el dónde se llevan a cabo. La cuestión se torna más compleja si cabe en aquellos supuestos en los que por una u otra razón las relaciones nietos-abuelos se han interrumpido en el tiempo, o no han existido previamente. Aquí la decisión judicial exige puntada fina, mayor equilibrio, mayor precisión; debe primar la adaptación progresiva del menor a las nuevas circunstancias frente a cualquier otro interés, evitando con ello cambios bruscos que puedan bloquear su desarrollo y la pérdida de referentes.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 18 de noviembre de 2009**

La sentencia abordó el supuesto en el que los actores, abuelos y tíos del menor, solicitaron un régimen de visitas para con el mismo. La sentencia de instancia, estimó la pretensión, estableciendo el siguiente régimen de visitas:

Los abuelos y tíos maternos tendrán en su compañía al menor en una primera fase el primer sábado y domingo de cada mes de 10 a 14 horas durante los seis primeros meses desde el inicio de las visitas. A partir de los seis meses podrán tener al menor en su compañía de 10 a 18 horas cada primer sábado y domingo de todos los meses. Las recogidas y entregas se harán en el punto de encuentro.

A partir del primer año, y supeditado al cumplimiento de la primera fase, se podrá pasar a una segunda fase que tendrá que ser instada por los demandantes, en la que podrán solicitar la ampliación de las visitas mensuales desde las 10 horas del sábado a las 20 horas del domingo del primer fin de semana de cada mes, y que se acordará a la vista de la evolución de las visitas hasta este momento previa audiencia de las partes y en su caso de los informes que procedan. En esta fase las recogidas y entregas se llevarán a cabo en el punto de encuentro.

A partir de que el menor cumpla los cinco años de edad, y si se han cumplido con las dos primeras fases del régimen se podrá acceder, también a instancia de los actores y con audiencia de las partes y de los informes que procedan, al régimen interesado en lo que respecta a las vacaciones escolares en

las que podrán desplazar al menor a Barcelona, recogiénolo y devolviéndolo en el domicilio paterno, continuando el mismo régimen de visitas de la segunda fase por lo que respecta a los fines de semana mensuales.

Todo lo anterior se entenderá salvo acuerdo que puedan alcanzar las partes en beneficio del menor.

El progenitor demandado, el padre, dado que la madre había fallecido, defendió la existencia de “justa causa” para denegar las visitas. La basó en la concurrencia de distintas circunstancias:

1ª) Que durante la grave enfermedad de la madre, habiéndose desplazado los progenitores a la casa de los abuelos maternos para que la madre tuviera una atención más próxima y especializada de su grave dolencia en fase terminal, y tras una importante discusión familiar que concluyó abandonando el demandado la vivienda mencionada y dejando al niño (para evitar mayores discusiones y problemas) en la guarda de sus abuelos y su madre presente y mientras ella se encontraba hospitalizada, no le permitieron recoger ni visitar al menor durante 88 días, siendo así que como titular de la patria potestad era entonces la única persona capacitada para ello, calificando dicho período de tiempo como "retención ilegal" que fue denunciada.

2ª) Que tras el fallecimiento de su pareja y madre del menor, del que no fue puntualmente informado, sólo tres días después consiguió se le entregara el niño, para lo que tuvo que recabar auxilio policial.

3ª) Que durante el período de tiempo indicado el niño se vio maliciosamente privado de la presencia, asistencia y cuidados de ambos progenitores biológicos, lo que resultó de singular importancia, pues a raíz de tales episodios el menor presentó secuelas que determinaron la necesidad de asistencia psicológica. Las secuelas consistieron en un déficit en el desarrollo madurativo, motriz, psico-afectivo y de lenguaje.

4ª) Que la conducta seguida por los familiares maternos lo fue en detrimento de los intereses económicos y del bienestar y estabilidad del menor, pues a su instancia se cambiaron las cerraduras del que había sido hogar familiar, suprimiendo servicios y retirando de su interior muebles y electrodomésticos para hacerla absolutamente inhabitable. A su vez, los demandantes propiciaron el otorgamiento de sendos

testamentos, pocos meses antes del fallecimiento de la madre, que perjudicaron los intereses del menor, afectando incluso a sus derechos legitimarios.

La Sala, afrontó el intrincado jurídico, reseñando que:

El derecho de comunicación y visitas que la ley concede a los abuelos, familiares y allegados, ni jurídica ni sociológicamente puede tener un ámbito temporal idéntico al que se concedería a los padres, pues ello representaría una sustitución de "roles" familiares que puede resultar inconvenientes a los fines del desarrollo de un menor de escasa edad que ha perdido prematuramente a su madre, pérdida que se considera irreparable e insustituible. Sin embargo, la privación absoluta de toda relación y visitas con un menor, en el caso enjuiciado con su familia materna, por fallecimiento de la madre, precisa de una justificación acabada, pormenorizada y exhaustiva, pues en caso contrario deben prevalecer las normas generales de anterior mención.

A continuación, puntualizó la Sala:

Que es primordial en esta materia la preponderancia del principio "favor minoris", aunque ello suponga un detrimento en los intereses de los afectados por la decisión., y que no está al alcance del derecho ni de las resoluciones judiciales modificar sentimientos ni afectos, sino resolver las cuestiones que han sido controvertidas y en la medida en las que le han sido propuestas, teniendo en cuenta el ámbito jurisdiccional en las que se producen y el momento en las que se dictan. Tampoco están para realizar reproches morales, a salvo de análisis de conductas que puedan tener trascendencia decisoria en el caso concreto. Es por ello que se apunta que la postura de los actores en los dramáticos instantes en los que todos estaban envueltos y en los posteriores al fallecimiento de la madre del menor, podría haber sido más atinada, reflexiva y comprensiva de los intereses en juego de lo que en definitiva lo fue. Lo que se trasluce en el procedimiento es un resentimiento entre las partes, rayano en el rencor, que en nada beneficia a los intereses del menor, pues son contiendas privadas entre adultos.

Entendió por ello la Superioridad, que la controversia no podía ser decidida en términos económicos o patrimoniales, sino en función de si las visitas solicitadas podían o no ser beneficiosas para el desarrollo presente y futuro del menor, desvinculándole, en su caso, de la familia materna:

No hay constancia probada ni de las graves secuelas que se afirman, ni que ellas fueran producidas por un maltrato psicológico horrible o grave durante el período en que el niño estuvo en casa de los abuelos. Sí aparece constatado que durante el período de 88 días que sedicentemente se afirman de retención ilegal, aunque fuera en vida de la madre del menor, el mismo fue atendido correctamente en el domicilio de los abuelos sin incidencia alguna.

La Sala culminó el razonamiento acordando el mantenimiento de las visitas concedidas en primera instancia.

La sentencia reviste relevancia por reflejar unas enmarañadas relaciones personales entre abuelos, tíos, y padre del menor, y las repercusiones que las mismas pudieron ocasionar en la salud de éste último. Nuevamente la Sala no considera probada la existencia de justa causa que haga decaer el derecho previsto en el artículo 160 del Código Civil: se resalta el favor nepotis, se descarta que los familiares obren por rencor, y se incide en el carácter no patrimonial del derecho de visitas.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de noviembre de 2009**

La sentencia de instancia, respecto de la solicitud de la demandante (abuela) de que se le reconociera un derecho de visitas para con sus nietos, declaró que ésta tenía derecho a visitarlos en la siguiente forma:

Los sábados alternos durante un lapso de tiempo de dos horas en las dependencias del Punt de Trobada y en horario que se designe por los profesionales del indicado centro, tras la audiencia de los interesados, acordando además que, transcurridos cuatro meses desde el inicio del régimen de visitas ahora establecido practíquese por la asistente social de este órgano judicial un informe de seguimiento de las relaciones familiares a efectos de adaptar el régimen ahora fijado en interés de los niños.

Contra este pronunciamiento la abuela formuló recurso en solicitud de un régimen de visitas más amplio, en concreto todos los sábados desde las 10 hasta las 20 horas, con entrega y recogida de los menores en domicilio materno. Argumentó la recurrente su pedimento, en que a su juicio:

El clima que existe en el “Punt de Trobada” no es el adecuado para que se puedan realizar las visitas y que los profesionales que prestan servicios no son los más idóneos para estar presentes cuando se realizan dichos encuentros. Por lo que se considera que las visitas entre la abuela paterna y sus nietos deberían realizarse en el domicilio de aquélla porque de esta manera tanto la abuela como los menores encontraría un clima más idóneo para que se pudiera restaurar más fácil y rápidamente la relación que lleva interrumpida casi dos años. Además, dos horas los sábados alternos es muy poco tiempo para poder restaurar la relación entre ellos.

La Sala no acogió las explicaciones de la recurrente, y tras dejar claro que la reanudación de las visitas tenía que ser gradual para que los niños no se vieran afectados en su estado psíquico -dado que éstos habían presenciado numerosos episodios violentos entre los miembros de la familia paterna y su madre, precisando incluso uno de ellos atención psicológica durante un año-, solventó la cuestión considerando pertinente la supervisión inicial y posterior de los profesionales del Punt de Trobada. Y a mayor consideración, rechazó las críticas vertidas contra éstos, al no haber dado la recurrente una razón objetiva de la falta de profesionalidad que se les imputa.

Esta cita jurisprudencial, si bien no analizó la función que desarrollan los Puntos de Encuentro, si que nos permite tener conocimiento de una realidad cada vez más frecuente: cual es que las partes, en materia de régimen de visitas entre progenitores e hijos, o de éstos últimos con sus abuelos, ponen en duda las bondades de acudir a estos centros. En el epígrafe dedicado al modo de articular las relaciones personales entre nietos y abuelos, ya tuvimos ocasión de apuntar ciertos comentarios, sin embargo, no por ello, debemos dejar de hacer otros añadidos, de enorme trascendencia.

Nos estamos refiriendo con ello al Decret 57/2011, de 20 de maig, pel qual s'estableixen els Principis generals d'organització i funcionament dels punts de trobada familiar per derivació judicial. En su preámbulo, después de hacer mención a la normativa internacional y nacional que le sirve de inspiración, así como al art. 30.16 de L'Estatut d'autonomia que atribueix como competència pròpia de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears la denominada 'protecció social de la família', entesa com a política i mesures que, adreçades a les famílies i a altres unitats de convivència com a grups socials, pretenen contribuir al seu desenvolupament en societat, y al artículo 35 m de la Llei 4/2009, d'11 de juny, de serveis socials de les Illes Balears, que estableix que correspon al Govern de les Illes Balears crear, organitzar, finançar i gestionar els programes i els centres de serveis socials que per la seva naturalesa siguin de caràcter suprainsular, determina que:

En els processos de separació, divorci, nul·litat o regulació de mesures d'unions de fet, els excònjuges o els exmembres de la unió de fet (homes i dones) han d'esforçar-se per arribar a acords pel que fa al

desenvolupament i el benestar dels infants i els adolescents. Atès que no sempre és senzill arribar a l'entesa i que es plantegen amb freqüència considerable dificultats per reestructurar la nova composició familiar i les noves dinàmiques de relació, els poders públics han de preveure la necessitat d'articular els recursos de suport que es considerin convenients quan hi hagi conflicte en la unitat familiar. És per aquest motiu que hi ha programes d'intervenció familiar, un dels quals és el dels punts de trobada familiar, que constitueixen un recurs especialitzat que s'ha d'utilitzar en situacions en què no s'hagi obtingut un resultat adequat amb altres recursos o es prevegi que, per raó de la conflictivitat o les fortes discrepàncies entre les parts, sigui l'únic recurs factible en un moment determinat. D'aquesta forma, el Punt de Trobada Familiar es concep com un centre de serveis socials que té com a objectiu fonamental, d'acord amb el principi de l'interès superior del menor, facilitar l'exercici del dret dels menors a relacionar-se amb el progenitor (pare o mare) que no en té la custòdia i amb altres membres de la família. Així, atesa la condició de servei social, el Punt de Trobada Familiar disposa d'un equip de professionals especialitzats per dur a terme un procés d'intervenció familiar per facilitar l'acompliment del Règim de Visites dictat per el jutjat corresponent i orientat a normalitzar les relacions i acabar la intervenció en el moment que es consideri adequat. El final de la intervenció del Punt de Trobada Familiar no significa el final del dret de visites del progenitor (pare o mare) que no en té la custòdia, sinó que es tracta que aquestes puguin continuar en un àmbit normalitzat, una vegada que les parts, en el període de temps que s'estableix, hagin adquirit les habilitats necessàries per exercir les seves responsabilitats parentals respecte del règim de visites que tinguin establert, amb plena autonomia i independència del recurs, i contribueixin amb això al correcte desenvolupament emocional i afectiu del menor. D'altra banda, l'experiència acumulada en el treball sobre els casos intervinguts en els punts de trobada familiar demostra que és perjudicial i contraproductiu per als infants romandre un període de temps prolongat en el recurs, en especial quan es manifesten en els pares i les mares conductes clarament obstruccionistes per fer efectiu aquest dret de visites, amb menyspreu a l'exercici de la responsabilitat parental, que han d'impulsar els pares i les mares a la recerca de solucions alternatives i raonades en benefici dels fills.

Del texto, podemos destacar:

En su artículo 3, el Decreto enumera los principios por los que debe regirse la intervención de los Puntos de Encuentro; fija los objetivos, identifica los intereses a proteger, establece los límites de la actuación, y, marca los riesgos a evitar, Así:

Els punts de trobada familiar per derivació judicial tenen com a principis rectors en la gestió i l'actuació:

a) L'interès superior del menor: la intervenció desenvolupada en el Punt de Trobada Familiar ha de tenir com a objectiu principal vetlar per la seguretat i el benestar del menor, i la seva protecció és prioritària en cas de conflicte amb altres interessos contraposats.

b) La intervenció familiar: donar ajut per millorar les relacions dels pares, les mares o els familiars propers amb els menors quan sigui necessari.

c) La responsabilitat parental: la funció del Punt de Trobada Familiar ha de limitar-se al suport als progenitors o a altres membres de la família en l'exercici de les seves funcions familiars, sense que en cap cas suposi una delegació d'aquestes a l'equip tècnic; cada membre de la família ha de fer-se càrrec i assumir-ne l'exercici de forma responsable i adequada a les circumstàncies del menor.

d) La temporalitat: la intervenció desenvolupada en els punts de trobada familiar ha de tenir com a objectiu final la normalització de la situació de conflictivitat familiar, i s'ha de facilitar la independència i l'autonomia d'aquest servei tan aviat com sigui possible, i s'ha d'evitar que es converteixi en una intervenció de caràcter permanent.

e) La professionalitat: l'equip tècnic dels punts de trobada familiar està compost per un grup multidisciplinari de professionals amb formació específica per a la intervenció que s'hi desenvolupa.

f) La neutralitat: el personal que forma part de l'equip tècnic ha de desenvolupar les seves funcions amb l'objectiu únic de garantir l'interès del menor, sense deixar que hi interfereixin les seves pròpies creences, valors o circumstàncies personals.

g) La imparcialitat: les intervencions en el Punt de Trobada Familiar han de ser objectives, i han de garantir sempre la igualtat de tots els subjectes involucrats.

h) La confidencialitat: no s'han de comunicar a terceres persones les dades personals de les persones usuàries dels punts de trobada familiar, ni s'han de divulgar, llevat d'aquelles que siguin requerides per l'autoritat competent o per a la coordinació necessària amb altres professionals que intervenen en la família.

i) La subsidiarietat: les derivacions al Punt de Trobada Familiar només s'efectuen quan sigui l'únic mitjà possible per facilitar les relacions entre el menor i la família i després d'haver exhaurit altres vies de solució.

j) La qualitat: crear un sistema basat en estàndards de qualitat.

Los principios que le dan fundamento, y anteriormente reproducidos, no pueden quedarse en una mera declaración de intenciones, son su razón de ser, y el apartarse de los mismos puede conllevar el cese de la intervención.

El artículo 4, desarrolla los objetivos que deben presidir la actuación de los Puntos de Encuentro Familiar, el artículo 6 las personas usuarias del servicio, y el artículo 7, analiza los distintos tipos de actuación:

1. Els tipus d'intervencions que es duen a terme en el punts de trobada familiar són el suport en el compliment del règim de visites, que poden desenvolupar-se en totes o alguna de les modalitats següents:

a) Lliuraments i recollides: la intervenció dels professionals es du a terme en els moments en què els familiars van al servei per lliurar o recollir el menor en el desenvolupament del règim de visites establert.

b) Visites tutelades: la comunicació del menor amb el seu progenitor o familiar es desenvolupa íntegrament dins de les dependències del Punt de Trobada Familiar, sota la tutela constant d'algun membre de l'equip tècnic.

c) Visites no tutelades: la comunicació del menor amb el seu progenitor o familiar es desenvolupa íntegrament dins de les dependències del Punt de Trobada Familiar, sense que sigui necessària la presència constant d'algun membre de l'equip tècnic.

d) Acompanyaments: l'equip tècnic pot acompanyar el menor i el progenitor no custodi durant el desenvolupament de la visita fora de les dependències del centre. Aquest tipus d'intervenció ha de ser concebuda com una situació excepcional, i és necessària la valoració prèvia de l'equip tècnic respecte de l'adequació i disponibilitat del personal.

2. A més del suport al compliment del règim de visites establert, és un dels objectius dels punts de trobada familiar desenvolupar altres intervencions complementàries, com ara:

a) Informació, orientació i assessorament: l'equip tècnic ha de donar informació, orientació i assessorament a les famílies sobre els temes relacionats amb el règim de visites. Aquestes intervencions s'han de desenvolupar preferentment en horari diferent a l'ús del punt de trobada.

b) Intervenció psicosocial individual i familiar: l'equip tècnic pot desenvolupar les intervencions de caràcter psicosocial que consideri necessàries amb vista a eliminar obstacles i actituds negatives vers l'assoliment dels objectius prevists en el règim de visites.

c) Intervenció en negociació i aplicació de tècniques mediadores: l'equip tècnic pot intervenir, si ho considera adequat i disposa de la conformitat de les parts, aplicant tècniques mediadores per assolir acords que permetin l'adequació del règim de visites que ha establert l'autoritat a la realitat familiar, així com per afavorir l'exercici de la coparentalitat. No pertoca aquesta intervenció quan hi hagi una ordre de protecció per violència de gènere o una resolució judicial que reconeix l'existència d'una situació de violència de gènere.

En último lugar, debe subrayarse igualmente la regulación contenida en el artículo 12 del Decreto. Pues si bien es sabido que la intervención de los Puntos de Encuentro no puede ser permanente, tal precepto marca por primera vez un límite máximo, 18 meses, lo que sin duda puede servir de criterio orientador a las resoluciones judiciales para graduar los tiempos con mayor exactitud, fundamentalmente en aquellos supuestos en que la reanudación de las visitas o la estabilización de las mismas requiera de mayores sacrificios.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de junio de 2010.**

Las partes, madre y abuelos del menor, alcanzaron en primera instancia un acuerdo parcial respecto de las visitas de los abuelos paternos con su nieto. El régimen consistía en que los abuelos podían visitar al menor dos o tres veces al año sin pernocta y en período no lectivo, visitas que tendrían lugar en Mallorca, y una vez al año, la madre del menor, viajaría con él al domicilio de los abuelos en Baena y permanecería una semana, durante la cual los abuelos y nieto podrían estar juntos desde las 16 a las 20 horas, sufragando los abuelos los gastos del viaje del menor. Acordando asimismo que la abuela podía llamar por teléfono a su nieto.

Las discrepancias entre los litigantes surgieron en cuanto al modo de organizar las visitas a partir del momento en que el menor cumpliera los 7 años de edad. Proponiendo los abuelos un régimen de visitas más extenso, que comprendería 10 días de vacaciones en Verano, 5 días en Navidad y 5 días en Pascua. La madre no compartía tal petición, mostrando además su temor a que los abuelos le trasmitiesen al menor la muerte de su padre como un trauma, no siendo de su agrado tampoco que le llevasen al cementerio.

La Sala no vio razón en mantener un régimen de visitas restrictivo entre nieto y abuelos, sentenciando de contrario que, a partir de los 7 años:

Los abuelos podrán visitar a su nieto tres veces al año: cinco días en vacaciones de Navidad, cinco días en vacaciones de Semana Santa y diez días de vacaciones en verano. Visitas que se desarrollarán en Baena con pernocta, debiendo los abuelos venir a buscar y devolver al nieto a Mallorca en las vacaciones de Navidad y Semana Santa y sufragar los gastos del viaje. En verano el niño podrá viajar con su madre a Baena sufragando los abuelos los gastos del viaje del menor.

El sentido del pronunciamiento de la Sala estribó en que, aún cuando los abuelos llevaban tres años sin ver al menor y mantenían conflicto con su madre, sin embargo se valoró positivamente el hecho de que el niño hubiera nacido en Baena y que durante su estancia en esa localidad viera regularmente a sus abuelos paternos y a sus tíos y primos.

De la sentencia extractada se desprende una clara enseñanza: por muchos que sean los obstáculos, y la distancia entre el lugar de residencia del nieto y los abuelos sin duda lo era, siempre puede arbitrarse un sistema de relaciones personales que permita compatibilizar los intereses en juego, salvaguardando el supremo de los menores. La protección de los menores no debe orientarse sólo a garantizar su tranquilidad presente, sino que debe protegerse también su tranquilidad futura, sus buenos recuerdos, sus memorias, sus vivencias de infancia, favoreciendo así el forjamiento su personalidad.

Critica aparte, entendemos que merece el pronunciamiento de la Sala en cuanto al modo en que deben ser sufragados los gastos de desplazamiento del menor a la localidad de Baena, cargados en exclusiva a los abuelos. Tal fallo sólo tendría cabida en el supuesto que razonásemos que nos encontramos ante un derecho únicamente perteneciente a los ascendientes de segundo grado; pero en la medida en que las relaciones personales nietos abuelos son, ante todo, y por encima de todo, un derecho de los menores, consideramos que la sentencia en torno a este particular debería haber contemplado un reparto igualitario de los gastos de desplazamiento entre los abuelos y el progenitor o progenitores, relegando la obligación de pago íntegro de los abuelos a aquellos supuestos en los que las partes así lo pacten expresamente o cuando se pruebe, en el acto de juicio, que los progenitores atraviesan dificultades económicas serias que le impidan asumir su cuota de gasto.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de septiembre de 2010.**

La sentencia de instancia estableció a favor de la abuela un régimen de visitas respecto de sus tres nietos, consistente en: un día a la semana de 3 horas consecutivas, semanas alternas, fijando el día y la hora de común acuerdo por las partes, y en el supuesto de no alcanzarse, quedó fijado los viernes desde las 17:00 horas a las 20:00 horas, con seguimiento psicológico cada tres meses durante un año y, con la posibilidad de

ampliación de dicho número de horas, en función de los resultados alcanzados con el citado seguimiento psicológico, si ello resultara favorable a los menores.

Los progenitores de los menores se alzaron en recurso, y si bien subrayaron que no tenían inconveniente en que sus hijos vieran a la abuela, precisaron que eran los propios menores quienes manifestaban su voluntad contraria al mantenimiento de ese contacto.

La Sala centró la solución de la litis en determinar si la voluntad de los menores, contraria a mantener los contactos con su abuela, era propia, o si por el contrario concurrían presiones de sus padres. De la exploración de los menores, se deducía que:

Éstos han mantenido relación con la abuela hasta que ésta discutió con la madre, seguramente con relación a la cantidad que mensualmente le pasa su hijo en concepto de usufructo sobre el hostal que éste regenta y que forma parte de la herencia de su padre que instituyó a la esposa usufructuaria universal.

Pese a la extraordinaria tirantez entre progenitores y abuela, la Sala terminó confirmando la sentencia de instancia al no apreciar que concurriera justa causa para impedir la relación entre la abuela y los nietos.

La expresada resolución es exponente de dos realidades propias de los conflictos en el ámbito de las relaciones nietos-abuelos:

Por un lado, la más frecuente, es el conflicto de lealtades que en este tipo de procedimientos pueden destaparse en la conciencia de los menores a la hora de pronunciarse sobre la fijación de un régimen de visitas con sus abuelos, cuando entre éstos y los progenitores existe una alta conflictividad, y así es percibida por los niños. La reacción más repetida en la praxis, y porque no decirlo la más natural, es la de que los menores exterioricen su rechazo a mantener relaciones con sus ascendientes de segundo grado, se identifiquen con los planteamientos de sus padres, se conviertan en activos defensores de los mismos. Lo realmente dañino y alarmante es la segunda parte, cuando la negativa a relacionarse con sus abuelos no es fruto de una obstinación propia y

razonada, sino cuando tiene su origen en una animadversión expresamente dirigida por los progenitores para provocar tal resultado¹⁴⁴.

Por otro lado, y de más rara casuística, es la de sujetar las relaciones nietos-abuelos a un componente económico, o dicho de otro modo, cuando la negativa por parte de los progenitores al mantenimiento de relaciones entre nietos y abuelos responde a una venganza económica. En este caso la sentencia sondeaba la posibilidad de que el verdadero motivo que impedía las relaciones personales de los abuelos para con sus nietos pudiera estar en las discrepancias en torno al pago mensual que en concepto de usufructo el padre tenía que abonar a la abuela. Podemos pensar en casos similares, como cuando los abuelos se niegan a hipotecar su vivienda para facilitar la compra de otra por los progenitores de los menores, o cuando no coadyuvan en el pago de deudas por ellos contraídas...etc. En todo caso, la respuesta judicial debe ser diáfana, no estamos ante una justa causa, y no puede permitirse por ende que el interés de los menores se pliegue al de sus padres.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de noviembre de 2010.**

El supuesto de hecho versaba sobre la petición de la abuela paterna de que se fijase a su favor un régimen de visitas para que pudiese estar con su nieto, consistente en cuatro días semanales por espacio de dos horas cada día. Los demandados, progenitores del menor, contestaron la demanda oponiéndose a la misma.

La sentencia recaída en primer grado jurisdiccional estimó parcialmente la demanda y declaró el derecho de la actora, como abuela paterna del menor, a relacionarse con su nieto tres horas a la semana todos los sábados, de 10 a 13 horas, con entrega y recogida del menor en el domicilio de los padres.

¹⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 de abril de 2000: “A pesar de que el menor A manifestó ante el Juez que no quería estar con sus abuelos maternos porque “eran sus abuelos malos, ya que se quedaron con sus juguetes y porque quieren matar a su padre, aunque él no se acuerda de estas cosas pero su padre se las ha contado muchas veces”, se otorga un régimen de visitas a dichos abuelos, afirmando que no puede considerarse la voluntad del menor ya que ha existido una reprobable manipulación del niño por su padre, en cuya actuación ha primado su mala relación con la familia materna, antes que el beneficio o interés de su hijo”.

Los demandados, en apelación, solicitaron la revocación de la sentencia, en tanto que la demandante, se reafirmó en su petición inicial, pidiendo la ampliación de las visitas.

Los padres sostenían, que la compañía de la abuela, y especialmente, la del compañero sentimental de ésta, no resultaba conveniente para el menor, dando a entender que el segundo tenía problemas con el alcohol y las drogas. La Sala dio por bueno el análisis del “juez a quo” en la medida en que analizó la relación del menor con su abuela paterna y el compañero sentimental de ésta (que llevaban conviviendo desde hacía 8 años y, por lo tanto, desde años antes de la fecha del nacimiento del menor), desde el nacimiento del menor hasta el momento en que los progenitores de dicho menor se opusieron a la misma. Lo que había razonado el juzgador, con la prueba practicada en el procedimiento, era que hasta hacía escasos meses esa relación se había venido produciendo de forma asidua, querida y asentida por todas las partes, y lo que era más determinante, con total provecho y beneficio para el menor. Y a la pregunta de cuál había podido ser el detonante del desencuentro entre la abuela y los padres del menor, llegó a la convicción de que tenía su causa en las malas relaciones de los padres con la abuela y el compañero sentimental de ésta derivadas de su diferente modo de ver las cosas en lo que a la educación del niño se refería. Todo lo cual había llevado al juez "a quo" a considerar que no existía causa alguna que impidiese el contacto entre abuela y nieto.

La Sala sacó las mismas conclusiones: no se daba en el caso causa justificada que frenase las visitas nieto-abuela; siendo las relaciones entre ambos beneficiosas para el menor.

En cuanto a la pretensión de la abuela de que se ampliara el régimen de visitas, no prosperó:

Conforme se indica correctamente en la referida sentencia de instancia, en estos casos, y a fin de no perturbar la convivencia entre padres e hijos, el régimen de visitas y comunicaciones no puede ser tan amplio como el que suele fijarse en procesos matrimoniales, a favor del progenitor no custodio; considerando esta Sala que el régimen de visitas fijado en dicha sentencia es totalmente adecuado y ajustado a las circunstancias del supuesto de autos.

La sentencia recayó sobre un supuesto de hecho en el que lo característico era que ambos progenitores se oponían frontalmente al establecimiento de un régimen de visitas de su hijo con la abuela paterna. La Audiencia dejó entrever como razonamiento, que los

desencuentros puntuales que puedan existir entre abuelos y progenitores no son determinantes para excluir las relaciones con sus nietos, máxime cuando éstas se han venido produciendo sin objeción alguna por los padres y con cierta asiduidad hasta el momento de surgir el conflicto. Las discrepancias que a nivel educativo puedan plantearse entre progenitores y abuelos no pueden provocar una consecuencia tan grave, aunque sin duda si que pueden acarrear la suspensión o modificación a la baja del régimen de visitas reconocido a favor de los abuelos, en los casos en los que se alcance la certeza de que tales injerencias pueden estar causando perjuicios a los menores. La educación de los hijos forma parte del contenido de la patria potestad expresado en el artículo 154 del Código Civil, y corresponde por ende a los progenitores como manifestación genuina de la misma. Como acertadamente expresan LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA y RIVERO HERNÁNDEZ¹⁴⁵:

La función educadora de los padres tiene una doble vertiente: conferir por sí mismos la educación a sus hijos, por una parte; y, por otra, elegir con plena libertad –también económica- el centro educativo y controlar la educación que en el mismo se imparta al hijo. Y su ámbito es exhaustivo –formación integral-: cultural, profesional, social, moral y religiosa; naturalmente, dentro del ámbito de libertad que compete al hijo conforme a su edad y, como dice el artículo 154 del Código Civil conforme a su personalidad.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de mayo de 2011.**

La sentencia dictada por en el juzgado de familia, en ejercicio de acción de divorcio y adopción de medidas contenciosas, acordaba, además de las medidas propias de tales procedimientos (declaración de divorcio, guarda y custodia, pensión alimenticia, uso y disfrute de la vivienda familiar, gastos extraordinarios, y régimen de visitas para con su padre de la hija menor de los litigantes), el siguiente pronunciamiento:

No ha lugar a que la menor pueda estar en Zaragoza con la familia paterna durante el periodo vacacional que le corresponda tenerla al padre sin que este esté con ella.

Sobre este punto, el padre manifestó no pretender que el total régimen de visitas de verano lo ejercitase la familia paterna y no él; sino que en los periodos quincenales que le

¹⁴⁵ LACRUZ, SANCHO, RIVERO, (1989), p. 249 .

correspondiera tener a la hija en su compañía, pudiera trasladarse con ésta a Zaragoza, dejándola algunos días -no todo el período vacacional-, y regresar a visitarla y recogerla a Zaragoza, volviendo con ella a Palma. Y ello por dos motivos:

En primer lugar, porque como todos los padres trabajadores, como es el caso de actora y demandado, precisa ayuda para el cuidado de la menor en las vacaciones de verano, sobre todo él, dada su condición de jefe de cocina de un hotel, cuando su período de mayor trabajo es indiscutiblemente el verano. En segundo lugar, para mantener el contacto con la familia paterna, a la que la menor tiene mucha estima, especialmente a la abuela. En consecuencia, entiende que le resulta imposible estar él personalmente con la menor la mitad de los días de junio y septiembre, y quince días de julio y agosto de vacaciones completos. Recordando que solo tiene vacaciones en diciembre y enero, por cierre del hotel. Por ello, no queda otra solución que contar con ayuda para ejercitar el régimen de visitas durante dichos períodos. Entre encargar el cuidado a una tercera persona, desconocida para la menor, y a la que no sea fiable encargar que lleve a la niña a la playa, por ejemplo, o contar con la ayuda de la familia paterna, es claro que la segunda es la mejor de las opciones.

A todo lo cual se opuso la adversa, quien consideraba que no cabía pretender que durante el período vacacional de la menor que correspondiese al padre, la misma estuviese a cargo de los abuelos paternos, en una ciudad lejana.

La sentencia de instancia no admitió la petición al entender que la finalidad del régimen de visitas establecido era de que padre e hija pudieran pasar el máximo de tiempo juntos, finalidad esta que se quebraba si la menor tenía que estar con la familia del padre.

La Sala consideró prudente permitir que la menor pudiera residir en Zaragoza quince días seguidos con los abuelos pese a que durante la totalidad de dicho período no se hallase el padre con ellos:

Habida cuenta de que la familia extensa, y especialmente los abuelos, constituyen dentro del marco familiar un soporte de primer grado como complemento de la responsabilidad parental, no siendo inconveniente sino conveniente en circunstancias normales, no ajenas a los autos, que el nieto se relacione con normalidad con los abuelos correspondientes a ambas ramas familiares, y sin que para ello tenga que ser obstáculo insalvable en nuestros días el hecho de vivir los abuelos en la Península; la petición paterna, no fundada tampoco en el capricho sino en una situación laboral especialmente comprometida en verano, deberá merecer un cierto respaldo judicial.

Lo significativo de la sentencia es que fijó un régimen de visitas para los abuelos, no en el procedimiento específico para ello, sino en un contencioso normal de divorcio, y lo hizo

sin constar la petición expresa de los interesados. La sentencia primó el interés de la menor manifestado en la necesidad de que mantuviese contacto con la familia paterna, pero olvidó la Sala que no estaba otorgando tal derecho con carácter autónomo, sino condicionado a la situación del progenitor no custodio, lo que sin duda introducía nuevamente incertidumbre en las relaciones nietos-abuelos de cara al futuro.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 20 de septiembre de 2011.**

En sede de apelación, se sometió a deliberación de la Sala, el recurso presentado por la actora (abuela de dos menores) contra la sentencia de instancia, en la que estimando en parte la demanda, se acordaba fijar a su favor un régimen de visitas con sus nietos todos los martes, desde la salida del colegio, donde los recogería, hasta las 18 horas, que debería reintegrarlos en el domicilio materno, precisando a posteriori, y mediante auto de aclaración, que los martes que no fueren lectivos, el horario de visitas sería igual que el acordado en sentencia, recogiendo y reintegrando a los menores en el domicilio en el que se encontrasen éstos.

La oposición inicial de los progenitores, fruto de haber cesado su convivencia, respondía a diferentes motivos: a) por un lado, el padre mostraba sin más su disconformidad en la visita de un fin de semana al mes peticionada por la abuela; en tanto que la madre, solicitaba la no fijación de visitas, o, subsidiariamente, la concesión de un régimen restrictivo, y, en todo caso, con expresa indicación de que se prohibiese transmitir a los menores durante las visitas, bien sea por sus abuelos u allegados, cualquier manifestación u opinión de carácter peyorativo en referencia a ella o su compañero actual.

La Sala confirmó la sentencia de instancia, amparando su pronunciamiento en los razonamientos que a continuación se compendian:

1- Que el derecho de comunicación y visitas que la ley concede a los abuelos, aún cuando falte alguno de los progenitores, ni jurídica ni sociológicamente puede tener un ámbito temporal idéntico al que se concedería a los padres, pues ello representaría una sustitución de "roles" familiares que puede resultar inconveniente a los fines del desarrollo de los menores de escasa edad.

2-Que la "justa causa" para privar de derecho de visitas a los abuelos a la que alude el artículo 160 del Código Civil, debe estar instalada en motivos no sólo de recelo o de resentimiento entre las partes litigantes, sino en causas graves que conduzcan a la inexcusable conclusión de que las relaciones que

se pretenden mantener o reanudar no se conviertan en causa de desestabilización emocional de los menores que perjudique su posterior desarrollo integral.

3-Que no están los escritos forenses para hacer reconvenciones morales, ni mucho menos está al alcance de las resoluciones judiciales modificar sentimientos o afectos ni hacer proyecciones seguras de futuro sobre un material tan sensible y, por tanto, eventualmente cambiable o, cuando menos, incierto.

4-Que no puede atenderse, sin embargo, la solicitud de que se acuerde prohibir a la abuela manifestaciones de carácter peyorativo en contra de su hija y de su pareja en presencia de los menores, pues, cual se avanzaba en anterior fundamento, ello no está al alcance de los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de que cualquier actitud perturbadora en este sentido para el bienestar futuro de los menores, denunciada y comprobada pueda obtener la adecuada respuesta judicial.

El fundamento de derecho segundo, cuando se refiere a que la "justa causa para privar de derecho de visitas a los abuelos a la que alude el artículo 160 del Código Civil, debe estar instalada en motivos no sólo de recelo o de resentimiento entre las partes litigantes", nos plantea, con el uso de la palabra "no sólo", la incógnita de cuál debe ser el alcance de tal expresión, y con ello, si realmente la malquerencia entre los progenitores y los abuelos debe tener incidencia, o no, a la hora de decidir sobre la procedencia de fijar un régimen de relaciones personales.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de octubre de 2011, de contrario a lo que en un principio puede inferirse de la sentencia analizada, concluye, sin matiz alguno, que la inexistencia de relaciones y la hostilidad existente entre el hijo y su madre, no constituyen justa causa para impedir que se fije un régimen de visitas para que ésta pueda relacionarse con sus nietos.

Ante un primer pronunciamiento dictado en instancia donde se desestimó la fijación de un régimen de visitas de la abuela con su nieto de once meses de edad:

Porque los informes periciales desaconsejaban las visitas dada la complejidad de las relaciones entre el padre de los niños y la abuela.. y que era poco deseable para el desarrollo del menor "verse envuelto en un clima como el descrito en la presente resolución que está lejos de merecer el calificativo de «normalidad»..., lo que, sin duda, afectaría de modo directo y negativo a su equilibrio emocional.

Y de una sentencia en grado de apelación que confirmó la resolución impugnada, por cuanto el perito judicial recomendaba que no sería conveniente para el desarrollo psicoafectivo del menor fijar un régimen de visitas:

Hasta que no se produzca una mejora sustancial de los conflictos existentes entre los progenitores del menor y la abuela paterna.

El alto Tribunal, casó y anuló la sentencia recurrida, al entender que la misma había tenido en cuenta:

No el interés del menor, sino el del padre de los menores...no se ha tenido en cuenta lo que constituye el verdadero núcleo de la cuestión, es decir, el interés del menor, porque la causa alegada solo de manera indirecta e hipotética puede afectar a los menores...en consecuencia y conforme a la doctrina de esta Sala, procede autorizar el derecho de la abuela a relacionarse con su nieto, sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto cuando tenga edad para ello y que habrán de hacerse en este caso los aperebimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la Sentencia de 20 de septiembre de 2002, si se advierte en la abuela una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 22 de septiembre de 2011.**

La abuela demandante, en procedimiento de fijación de régimen de visitas para con su nieto, de seis años de edad, se alzó en apelación contra la sentencia dictada por el juzgado de familia, en cuyo fallo se había establecido en su favor el siguiente régimen de visitas:

El derecho de visitas de la demandante para con su nieto será ejercido mediante estancias conjuntas de ambos en los siguientes términos:

a) Un fin de semana cada trimestre, desplazándose la actora a su costa al lugar de residencia del menor, el sábado y el domingo desde las 12 a las 17 horas.

b) Durante la permanencia del menor en compañía de sus padres en la ciudad de residencia de la demandante, un día de 12 a 17 horas. Si dicha permanencia fuese superior a siete días, el derecho de visitas de la actora se ejercerá un día de cada siete, en el mismo horario.

c) Las fechas en que deban producirse los referidos viajes serán notificadas entre las partes con una antelación de un mes, a efectos de concordar los días concretos en que tenga lugar la visita”.

La abuela argumentaba en su demanda que desde el nacimiento del menor, el 1 de noviembre de 2005, y mientras éste y sus padres estuvieron residiendo en Ferrol, la comunicación y visitas entre abuela y nieto se ejercieron de forma natural e

ininterrumpida, sin que hubiese ningún problema entre la abuela y los progenitores. Pero en el momento en que se trasladaron a residir a Palma de Mallorca, por razón del destino del padre, los lazos de relación del menor con la abuela materna se volvieron inexistentes, pues de forma inesperada e inexplicable, los padres negaron en todo momento la comunicación.

Consideraba en esencia la apelante, que la sentencia recaída en primer grado jurisdiccional le era lesiva, y ello porque limitaba de manera notable la comunicación y visitas del menor con su abuela materna, poniendo además el acento en la precaria situación económica por la que atravesaba. Alegaba, que lo procedente sería atender su pedimento y fijar en consecuencia un régimen de visitas con su nieto que abarcase veinte días de los periodos vacacionales de verano, los días que se detallaban en el suplico de la demanda referidos a las vacaciones de Navidad y Semana Santa y los que se señalaban también en dicho suplico en cuanto a fines de semana y puentes.

Los demandados, progenitores del menor, no negaron el derecho de la actora a relacionarse con su nieto, si bien consideraron que era excesiva la extensión del régimen de visitas propuesto en la demanda.

La Sala falló en contra de las pretensiones de la apelante, habida cuenta las consideraciones siguientes:

- 1) Porque la parte actora, ahora apelante, no ha acreditado que los demandados, padres del menor, hayan impedido a dicha actora-apelante relacionarse con su nieto.*
- 2) Porque conforme se recoge correctamente en la sentencia de instancia la extensión del derecho de visitas solicitada por la parte actora en la demanda quizá sería adecuada para un progenitor no custodio, pero es excesivo para un abuelo. Y lo mismo sucede con el interesado por la parte apelante en esta alzada que modifica parcialmente el pretendido en la primera instancia.*
- 3) Porque las manifestaciones formuladas por la parte actora en esta alzada sobre su precaria situación económica al objeto de intentar justificar tanto su pretensión sobre el fondo del asunto como su actuación procesal por su falta de asistencia al acto del juicio, se trata de una cuestión totalmente nueva introducida en esta alzada y, además, huérfana en absoluto de prueba en el procedimiento”.*

La sentencia permite apreciar la complejidad que en ocasiones pueden alcanzar los litigios de esta naturaleza, y cómo la función del juzgador se torna ardua en la labor de engarzar un régimen de relaciones personales entre nieto y abuela que permita superar los inconvenientes provocados por la distancia, la falta de ingresos, y las tensiones familiares.

2.2. Sentencias que han dejado en suspenso relaciones personales previamente establecidas

En este segundo grupo, y como ya se ha anticipado, pretendemos hacer referencia a aquellas resoluciones dictadas por nuestra Audiencia en las que el elemento central de discusión haya versado sobre la limitación o suspensión de las relaciones familiares nietos-abuelos reconocidas en un pronunciamiento anterior en el tiempo, y que son consecuencia de la acreditación en juicio de graves circunstancias que así lo aconsejan o del incumplimiento grave o reiterado de los deberes impuestos por resolución judicial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil, en relación con los artículos 160 y 161 del mismo texto.

En esta búsqueda, únicamente nos hemos topado con una resolución judicial que analiza tal supuesto, la suspensión por un juzgado de instancia del régimen de visitas otorgado a los abuelos paternos¹⁴⁶.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 20 de diciembre de 2002.**

Se sometió a revisión de la Audiencia el auto dictado por el juzgado de instancia, en el que se acordaba la suspensión del régimen de visitas existente a favor de los abuelos respecto de su nieta, y ello hasta tanto los padres y los abuelos paternos de la menor pudieran normalizar sus relaciones y llegar a comprender la necesidad de que existiesen contactos entre la niña y los abuelos.

¹⁴⁶ VIVES (1948), ob cit, p. 132.: "Si pese a su capital importancia, la patria potestad que liga a los padres con sus hijos, puede ser objeto de privación o suspensión por los Tribunales, con mayor motivo podrá serlo el derecho de comunicación con los ascendientes, de menor trascendencia y significación".

Los abuelos paternos, en un primer momento, gozaron de un derecho de visitas con su nieta de una hora todos los domingos, desde las 17 a las 18 horas, y a cumplir en la Plaza del pueblo de Esporles; tales visitas se mantuvieron durante un mes, a efectos de poder constatar la evolución de la menor en relación con los abuelos. Posteriormente, los abuelos instaron nuevamente ante la autoridad judicial un cambio de sistema, en el sentido de que las visitas que le habían sido concedidas se llevarán a cabo en su domicilio, petición que fue acogida por el juzgado de familia, el cual las fijó de nuevo en todos los domingos alternos, desde las 11 a las 13 horas, debiendo ser el padre el que acompañara a la menor al citado domicilio. Resolución, que sometida a apelación, fue confirmada por la Superioridad.

Al poco tiempo de iniciarse las visitas, se constató que la menor, a punto de cumplir los tres años de edad, estaba inquieta y lloraba desconsoladamente. A la vista de lo anterior, la juzgadora de instancia, siguiendo las recomendaciones de la psicóloga del juzgado y el informe del Ministerio Fiscal, consideró que no era beneficioso para la menor continuar con las visitas en su día fijadas a favor de los abuelos, ya que con ello lo único que se conseguiría sería causar un daño innecesario a la niña; acordando por consiguiente la suspensión de las visitas hasta que se normalizasen las relaciones entre padres y abuelos, deterioradas por el procedimiento.

La Sala dio comienzo al examen de la resolución impugnada dejando constancia de 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.

Entendió la Superioridad, que si bien había quedado acreditado que la niña lloraba desconsoladamente y que ello había provocado la suspensión de las visitas, lo que sociológicamente es irrefutable:

No lo es desde el punto de vista jurídico, pues ni los hechos resaltados pueden considerarse “a priori” justa causa de suspensión del derecho, ni los mismos dimanar de una conducta reprochable o imputable a los abuelos, sino que pericialmente se admite que vienen propiciados por los padres codemandados. Asimismo, habrá que recordar que no sólo los padres accionados han mostrado

escaso interés en que las visitas a favor de los abuelos fueran gratificantes para la niña, sino que han procurado su sistemática obstrucción, hasta impedir las “de facto.

La Sala desmigió el informe psicosocial y alcanzó conclusiones dispares a las sostenidas en el auto apelado, razonó en suma que el hecho de que el informe técnico aludiese:

A que no se ha observado ni encontrado en los abuelos paternos indicadores negativos, y que la niña es capaz de mantener y disfrutar de una visita con sus abuelos y tíos siempre que los padres se lo permitan y que son éstos los únicos responsables de que dicha relación pueda ser positiva para su hija.

Descartaba la existencia de justa causa para la suspensión de las visitas, de tal manera que los problemas e inconvenientes detectados eran más bien fruto de las circunstancias que rodeaban la ejecución.

La Sala dejó claro igualmente, que aunque estuviésemos ante un informe pericial elaborado y cuidado, con prospecciones en el trasfondo sociológico y psicológico del problema:

El jurista no puede abdicar, tampoco, tras el estudio de la realidad social que se le somete a consideración, a intentar anudar, con eficacia, las consecuencias legales que le son propias” y “desde este punto de vista, en lugar prioritario, se encuentra la norma prevista en el art. 160.2 del Código Civil.

Por ello, la Sala acordó revocar el auto apelado, manteniendo a favor de los abuelos y para con su nieta el régimen de visitas de dos horas quincenales en domingos alternos, con el añadido, de que se llevaría a cabo un seguimiento bimensual por los técnicos adscritos al juzgado de familia 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. Entendiendo que actuar de contrario:

Supondría que la dificultad de integración de la menor en el ambiente familiar de los abuelos paternos y familia extensa paterna sería evidentemente mayor con el paso del tiempo.

La Sala con la resolución recapitulada nos da una muestra más del criterio seguido por las distintas secciones de la Audiencia en los últimos años, y que pasa por entender que la justa causa como motivo para suspender o impedir las relaciones nietos-abuelos debe ser objeto de una interpretación restrictiva, además de venir acompañada de una prueba

sólida, contundente, no vacilante; pues en caso de existir dudas, éstas deben terciarse en garantía del derecho reconocido en el artículo 160 del Código Civil. La suspensión del régimen de visitas fijado a favor de los ascendientes de segundo grado exige que nos encontremos ante circunstancias de especial gravedad, o bien, ante un incumplimiento reiterado de lo dispuesto en resolución judicial; en uno y otro caso, para apreciar la consecuencia legal, deviene necesario acreditar que tal comportamiento es imputable a los abuelos, que los mismos son los responsables de su causación, y por supuesto, que atenta contra el universal principio del “favor filii”.

2.3. Sentencias que han considerado no conveniente fijar relaciones personales.

En este grupo final, haremos referencia a aquellas sentencias que se han pronunciado en contra de fijar unas relaciones personales entre nietos y abuelos. La tónica general, por natural, es la de intentar que no se produzca la fractura definitiva de las relaciones, que se mantengan los lazos familiares; pero a veces, las circunstancias concurrentes son de tal gravedad, que el contacto con los abuelos no ofrece garantías suficientes para alcanzar el convencimiento de que efectivamente aportará beneficios para los menores, y en otras, se obtiene la certeza de que les será gravemente perjudicial ¹⁴⁷.

En este contexto, y en el marco de nuestra Audiencia Provincial, hemos hallado sólo una sentencia denegatoria de las relaciones nietos-abuelos, muy posiblemente estemos ante el único supuesto de hecho que ha terminado con este pronunciamiento.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de febrero de 2011.**

La sentencia de instancia, desestimando la demanda, declaró no haber lugar a determinar régimen de visitas a favor de la abuela para con su nieta menor.

Contra la anterior resolución se interpuso por la representación de la parte actora recurso de apelación, y tras alegar error en la valoración de la prueba practicada, solicitó

¹⁴⁷ Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 28 de julio de 2010: “Aún reconociendo el derecho de los padres a tener a sus hijos con ellos, dicho derecho en ningún caso debe prevalecer sobre el del beneficio del menor, estando supeditado a lo que sea lo más adecuado para el interés de éste; de modo que no podrá hacerse prevalecer aquel derecho si ello conlleva perjuicio o peligro para el menor, siempre interpretando los hechos antedichos desde el prisma de la legislación informadora de la materia que nos ocupa, fundada en el principio de “favor minoris”.

nuevamente que se dictara sentencia en la que se acordara fijar un régimen de visitas a favor de la abuela en relación con su nieta, así como que se facilitara la comunicación telefónica entre una y otra.

La Sala, en el fundamento de derecho tercero de su resolución, consideró que el recurso de apelación no podía prosperar:

Y ello por cuanto la parte apelante para tachar de errónea la valoración que de la prueba practicada en el procedimiento realiza la Juez "a quo", obvia y, por lo tanto, no combate el principal argumento utilizado por dicha juzgadora para desestimar la pretensión ejercitada en la demanda; cual es: que lo más significativo en el presente procedimiento es la negativa tajante de la menor a tener cualquier tipo de contacto con la familia paterna, ni siquiera un mínimo contacto telefónico. La edad de la menor, casi 16 años, con una personalidad ya forjada y la determinación de no querer ver ni a la abuela ni a ningún miembro de su familia paterna hacen que se pierda el objeto que la Ley establece para del derecho de visitas de los abuelos a los nietos, es decir, servir de referente especial en el proceso de crecimiento y maduración de los menores, ningún beneficio a estas alturas va a suponer a la menor, que por parte del Juzgado se le obligue a mantener un contacto forzado con su abuela.

A juicio de esta Sala el referido razonamiento de la sentencia de instancia es totalmente ajustado a derecho y, en concreto, a lo dispuesto en el art. 160 del Código Civil, de cuya redacción se desprende que los jueces y Tribunales pueden denegar las relaciones personales que pretendan mantener los abuelos con sus nietos si existe justa causa para tal denegación. En el supuesto de autos, tal y como se recoge acertadamente en la sentencia de instancia y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al oponerse al recurso de apelación que ahora nos ocupa, de la prueba practicada en el acto de la vista resulta acreditado que la abuela paterna no ha tenido contacto alguno con la menor desde el nacimiento de ésta acaecido en fecha 8 de abril de 1994, sin que dicha abuela haya dado una explicación razonable del motivo de tal falta de relaciones personales, pues, aunque manifestó que había realizado esfuerzos para encontrar a su nieta, lo cierto es que a través de su hijo podía conocer perfectamente el lugar en que se encontraba aquélla. Por lo que, al no existir ningún lazo afectivo entre abuela y nieta, habida cuenta la edad actual de esta última y su firme voluntad de no mantener contacto alguno con la familia paterna, resultaría perjudicial para dicha menor obligarla a mantener relaciones personales con la abuela; cuando, por lo contrario, es el interés de la menor al que debe prevalecer en supuestos como el que ahora nos ocupa, sobre cualquier otro interés legítimo.

Hay ocasiones en las que la llamada "justa causa" no es el resultado de la concreta existencia en el caso de una circunstancia que permita al juzgador integrarla en tal concepto, sino que responde a un conglomerado de situaciones desfavorables al

establecimiento de relaciones personales entre nietos y abuelos, y que valoradas en su conjunto, permiten colmar la definición. La sentencia reseñada confirma la negación de las relaciones nietos-abuelos por la concurrencia, probada en juicio, de ciertos elementos determinantes y susceptibles a la vez de provocar tal consecuencia:

a) La negativa tajante de la menor a tener cualquier tipo de contacto con la familia paterna, ni siquiera un mínimo contacto telefónico.

b) La edad de la menor, casi 16 años.

c) El hecho de resultar acreditado que la abuela paterna no ha tenido contacto alguno con la menor desde el nacimiento de ésta, y sin que dicha abuela haya dado una explicación razonable del motivo.

Hemos visto a lo largo de las sentencias analizadas cómo la negativa de los menores a relacionarse con sus abuelos no era un criterio determinante “per se” para privar a éstos de su derecho, cómo no lo era la edad de los menores, y cómo tampoco lo era la falta de contacto entre ambos sujetos, aunque ésta hubiera sido muy prolongada en el tiempo. Pero como ya hemos adelantado, el argumento esencial de la presente resolución reside en la “confluencia”, en el mismo supuesto, de varios motivos de peso que permiten alcanzar la convicción de que la fijación de relaciones personales con los abuelos será gravemente perjudicial para los nietos.

Pero la Audiencia, a nuestro parecer, y con buen discernimiento, introduce con la presente sentencia dos criterios de importancia fundamental:

1) El forjamiento de la personalidad de los menores. No existe en el derecho sustantivo ninguna referencia a un punto de edad a partir del cual la voluntad de los menores se convierte en determinante para decidir las relaciones con sus abuelos (12, 14, 16 o más años); la clave, quizás, esté en lo apuntado con la presente resolución, en el binomio edad-forjamiento de personalidad. Si el juzgador considera que los menores ya tienen edad suficiente para querer y entender las relaciones con sus abuelos, y además que su personalidad está fraguada para emitir una opinión razonada, la decisión de los menores puede pasar de un elemento más, a la verdadera “ratio decidendi”, se vuelve pues troncal en el conflicto.

2) La pérdida del objetivo que la Ley establece en las relaciones nietos-abuelos, es decir, servir de referente especial en el proceso de crecimiento y maduración de los menores. No deja de ser una alusión más a la edad de los menores, pero en sentido inverso; la personalidad de los menores se construye desde los primeros pasos, en los primeros años de vida, y es aquí, donde la intervención de los abuelos puede resultar altamente beneficiosa para los nietos como contribución a su desarrollo personal, dónde pueden aportar sus enseñanzas, su sabiduría vital, su cariño y comprensión. Si los abuelos han estado ausentes voluntariamente en estos años cruciales para el crecimiento de sus nietos, ello puede conllevar que su aportación se vuelva inerte, estéril, infecunda, que pierda su razón de ser, y que por tanto, no sea útil ni beneficiosa, con lo que se apartaría de la finalidad de la Ley.

CONCLUSIONES

PRIMERA

El derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos no apareció súbitamente, como creación de un texto legislativo y fruto de la voluntad popular, sino que lo hizo en el seno de los tribunales de justicia y en respuesta a una pretensión de parte sostenida en un proceso familiar. En todo caso hay que decir que no se planteó como un derecho de los menores, si no como el derecho de los abuelos.

Fue en Francia, el 8 de julio de 1857, cuando la Cour de Cassation Francesa, casando la sentencia dictada por el Tribunal de Montpellier de 17 de febrero de 1855, permitió que los abuelos de un menor pudieran visitarle en el domicilio de sus padres.

La novedad no estaba tanto en lo que esta resolución decía, sino en el cómo lo decía. Las relaciones entre abuelos y nietos han estado presentes en todo el desarrollo evolutivo de la humanidad, desde los albores de la historia, incrustadas en la esencia más profunda de la familia, pero por primera vez ese pronunciamiento judicial le otorgaba un incipiente contenido jurídico, sin duda embrionario, pues hubo que esperar más de un siglo, hasta 1970, para que el legislador francés alcanzase el convencimiento de que tenía ante sí un verdadero derecho.

Si el legislador francés fue precavido, aún mas lo ha sido el español. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, fue la punta de lanza, ésta y aunque no contenía en su articulado una referencia expresa a las relaciones entre abuelos y nietos, sí que lo hacía implícitamente en el artículo 161 del Código Civil, bajo la expresión “*relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados*”. Con todo, el auténtico reconocimiento de las relaciones entre abuelos y nietos, como vínculo distinguido, se demoró más de 20 años.

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, consiguió el propósito tiempo atrás anhelado, recuperó los vínculos familiares gentilicios y redimensionó las relaciones abuelos-nietos convirtiéndolas en “*lex scripta*”.

SEGUNDA

Las relaciones abuelos-nietos no han encontrado amparo en la esfera internacional: ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, ni la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, contienen estos léxicos; directamente se habla de familia y de relaciones familiares, sin mayores agregaciones. En esta noción tenemos que encajarlas.

Dentro del derecho comunitario, prescinden igualmente de toda referencia el Reglamento de la Comunidad Europea, nº 2201/2003 de 27 de noviembre, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (2007/c 303/01).

No obstante la proliferación de matrimonios y de relaciones de análoga afectividad entre nacionales de diferentes estados, con el consiguiente nacimiento de relaciones familiares aún más complejas que las tradicionales, demanda cada vez con más insistencia una labor de armonización; no tanto para conseguir una homogeneización de las dispares normativas, sino más bien para alcanzar una conjunción terminológica, donde los derechos de los abuelos y de los nietos hablen una misma lengua. Sobre la mesa, y en juego, la cultura, las tradiciones, las costumbres, el idioma y el resto de valores de los que los menores se pueden empapar.

TERCERA

Consideramos imperiosa una nueva dirección, en la que teniendo por precedentes el derecho de visitas y la posición primordial de los abuelos, vire hacia un provecho superior y más digno de protección: el interés de los nietos y su derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes.

Si bien la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, dejó en el tintero y omitió por ende en el artículo 160 toda alusión al término “derecho”, sin duda las relaciones personales nietos-abuelos no pueden tener otra consideración para los menores. Derecho no absoluto, pero digno del más alto empaque: autónomo e independiente, natural, personalísimo, subjetivo, irrenunciable, familiar, imprescriptible, preferente, variable y extrapatrimonial. Una manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; en

definitiva, un derecho en mayúsculas, y no en minúsculas; un derecho, y no una prerrogativa; un derecho que legitima a los menores como sujetos activos en la defensa de su propio beneficio.

CUARTA

Consideramos que las relaciones personales nietos-abuelos están dotadas de sustantividad propia. Tenemos que redefinirlas para poner el énfasis, no exclusivamente en los abuelos, como hasta ahora, sino en los nietos. Desde esta nueva atalaya, nos encontramos con un derecho que se constituye en un verdadero límite a la patria potestad, que restringe la autonomía paterna y materna, que se instala ante los progenitores no como una facultad arbitraria para ser ejercida “cuando lo consideren necesario”, como indica el artículo 90 del Código Civil, sino como un verdadero “deber jurídico”, una obligación a cargo de los padres que lleva consigo una labor de promoción persistente, activa y firme en pro de estas relaciones.

Entendemos al mismo tiempo, que el marco de actuación no se circunscribe a la clásica dicotomía derecho-deber, sino que se amplifica a una nueva categoría que cierra el círculo del estatuto jurídico de los menores, “la necesidad”. Los menores necesitan a los abuelos para fortificar su desarrollo integral.

Postulamos distinguir lo general de lo específico, el “bonum filii” del “bonum nepotis”. Dos realidades próximas, pero al igual diferentes, pues no brotan de una misma relación personal. El “bonum nepotis” se hace presente con nuevas aportaciones en beneficio de los menores: estabilidad emocional, conocimiento del linaje, transmisión de valores, mejora del desarrollo personal, comprensión, cariño y armonía familiar.

QUINTA

Pensamos que es el momento de dejar atrás la confusión terminológica contenida en el Código Civil, al situar en idéntico escalafón el concepto de visitas, comunicación y relaciones personales.

La noción relaciones personales definiría el sistema en sí, como primario, actuando el régimen de visitas y comunicación como subsistemas menores dentro de aquél, como modos particulares, dentro de otros posibles, de darle contenido.

El punto de inflexión de las relaciones personales nietos-abuelos se produce con la ruptura del matrimonio o pareja o con la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los progenitores. Ante esta atmosfera de crisis, dos trayectorias se pueden tomar: el ramal de la continuidad, de mantener y fortalecer las relaciones entre nietos y abuelos; o el ramal de la desafección, del enfrentamiento y de la objeción a todo trato.

Las buenas o malas relaciones entre progenitores y abuelos, la causa del fallecimiento del progenitor desaparecido, los planes de futuro del progenitor supérstite, o la propia reacción de los menores, son los factores determinantes en el devenir de las relaciones personales nietos-abuelos.

Las singularidades propias de cada caso modulan en un sentido u otro la duración de las relaciones personales y el concreto modo en que se llevan a cabo: a través de un régimen de visitas y estancias, con pernocta o sin pernocta; o a través de un régimen de comunicación. Las combinaciones de la casuística son infinitas.

SEXTA

En las pugnas en torno a las relaciones nietos-abuelos, a menudo las partes, de manera inconsciente, se precipitan ya desde un inicio hacía la solución judicial del conflicto, no dando pie a otras remedios alternativos. Proponemos corregir esta deriva redescubriendo facetas propias, pero arrinconadas, del defensor judicial y del Ministerio Fiscal, como coadyuvantes en la búsqueda de una salida pactada. Con idéntica empresa analizamos el papel que puede tener en esta cuestión la mediación como mecanismo solucionador de este tipo de disputas.

Las relaciones personales nietos-abuelos no irrumpen de la excepción, sino de la normalidad, no se cimientan en el resultado del proceso, sino en la presunción legal, previa al mismo, de su carácter beneficioso. Son naturalmente útiles, positivas y decisivas en la vida de los menores.

Toda negativa a su instauración debe alejarse de posiciones de abuso, de las razones poco convincentes, de la confusión de prioridades, y de las decisiones unilaterales. Sólo la “justa causa”, de resultar probada, puede frenar las relaciones nietos-abuelos.

Decir “justa causa” es describir acontecimientos dañinos para los menores, aquéllos que les afectan en su normal desarrollo y en la formación de su personalidad, los que les provocan perturbaciones, trastornos y perjuicios tanto en su salud, como en su educación, seguridad, dignidad e integridad física y psicológica. Hablamos de motivos graves, sólidos, serios y constatables.

No estamos ante un compartimento hermético, sino ante un abierto repertorio de supuestos sometidos al hacer de los tribunales, a su concreta valoración en el caso de referencia.

SÉPTIMA

Descendemos al terreno del incumplimiento, yermo de regulación. El Código Civil advierte que “no podrán impedirse” las relaciones personales entre nietos y abuelos, pero enmudece ante el incumplimiento y las potenciales consecuencias que de él pudieran resultar.

Damos el paso y entramos en lo ignoto, distinguiendo los sujetos incumplidores: progenitores, nietos, y abuelos.

Alcanzamos el convencimiento de que la inobservancia por los progenitores de las relaciones nietos-abuelos, si es pertinaz, les puede acarrear la privación de la patria potestad, el cambio de guarda y custodia, la imposición de multas coercitivas, o la desheredación en la herencia de sus descendientes. Ítem más, consideramos como axiomática la posibilidad de exigir responsabilidad a los progenitores por el incumplimiento de las relaciones personales nietos-abuelos, con fundamento en el artículo 1101 del Código Civil, en lugar del siempre recurrente artículo 1902, y con extensión no sólo a los daños materiales sino también a los morales. La acción civil no excluye la penal que pudiera emprenderse contra los progenitores cuando el incumplimiento de las relaciones personales nietos-abuelos fuere constitutivo de delito o falta.

Pregonamos que el incumplimiento de los menores no puede dissociarse ni de su edad ni de la voluntariedad. Por mucho que sondeemos e imaginemos escenarios de responsabilidad, lo irrefutable es que las relaciones nietos-abuelos constituyen un derecho de los menores, sin contrapunto obligacional para éstos.

Tampoco los abuelos contraen el deber jurídico de relacionarse con sus nietos, son titulares de un derecho, y sólo a ellos les corresponde decidir si se sirven de él o no.

Recurrir a la ejecución forzosa, a las relaciones nietos-abuelos obligadas, además de un desacierto, constituye un ataque frontal al espíritu y finalidad de la legislación de menores.

OCTAVA

Las relaciones personales nietos-abuelos no destierran las que los menores puedan tener con otros parientes o allegados. La voluntad del legislador de primar a los abuelos en sus relaciones con sus nietos frente a otros parientes o allegados es perceptible en la redacción dada por el artículo 160 del Código Civil, pero pese a lo incuestionable de esta afirmación, al quedar sometido todo el organigrama al superior interés de los menores, puede acontecer que las relaciones con otros parientes o allegados sean objetivamente más beneficiosas para los menores que las que puedan tener con sus abuelos.

El derecho de los menores a relacionarse con sus parientes comprende hasta el cuarto grado en línea colateral, en aplicación analógica del artículo 954 del Código Civil. El resto de parentelas lejanas, ya no integran tal concepto, sino el de allegados, dentro de cual también se hallan los que tienen con los menores no un tronco común, sino un especial vínculo sobrevenido por razones religiosas, de amistad, de trato, y de convivencia

El deseo de los menores de mantener relaciones personales con todos aquellos que forman parte de su círculo de confianza puede hacerles caer en el “síndrome del menor agotado”. Éste se configura como un conjunto de fenómenos o síntomas producto del colapso de las relaciones personales, y se muestra al exterior en forma de concretos peligros para los más pequeños: riesgo de sufrir una infancia y pubertad deslocalizada; riesgo de sufrir trastornos serios en la vida personal, social y académica, y, riesgo de padecer desequilibrios psicológicos.

NOVENA

Las relaciones personales nietos-abuelos, aún con la Ley 42/2003 de 21 de noviembre, se sigue entendiendo con una cuestión colateral al conflicto familiar.

Son relaciones que en un inmenso porcentaje no se instrumentalizan jurídicamente, se ubican en la esfera interna de la familia, y aquí, a veces se materializan con suficiencia y otras en cambio se amputan sin injerencia alguna de terceros. Nada impide sin embargo que las partes, tanto en documento público como privado, por tanto extrajudicialmente, concierten acuerdos sobre esta materia, siempre y cuando se respete el orden público familiar, que es tanto como decir que se garantice el principio de protección de los menores.

En el ámbito intrajudicial, tanto en el proceso de mutuo acuerdo como en el contencioso, patrocinamos que el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos forme parte, en todo caso, de la negociación y de la resolución del conflicto. Entendemos que su exclusión solo estaría justificada si media razonamiento expreso, cuando por razones objetivas no se considere necesario o resulte claramente perjudicial para los menores su fijación.

Entendemos que ante la presencia de menores y abuelos, ninguna resolución judicial debe adoptarse sin antes profundizar en su modo relacional, pues se trata de un derecho fundamental de los niños del que no se les puede despojar. El Ministerio Fiscal y la autoridad judicial deben reorientar su función para que la inercia procesal no frustre derechos legítimos.

DÉCIMA

Los ordenamientos civiles autonómicos tampoco han dado la espalda a esta vieja aunque nueva realidad. El derecho civil catalán, el aragonés y el navarro contienen previsiones específicas sobre las relaciones nietos-abuelos, siempre para reconocerlas y ampararlas. El catalán si duda es el más comprometido, pues habla directamente de un auténtico deber jurídico de los progenitores de facilitar estas relaciones.

La precaución ha guiado al legislador autonómico en las uniones de hecho, ninguna de las leyes aprobadas menciona las palabras “nietos” y “abuelos”. La Ley Balear 18/2001, de 19 de diciembre, tampoco se aparta de esta tendencia. Empero, el desenlace no puede ser disímil, las relaciones nietos-abuelos deben garantizarse.

UNDÉCIMA

Si pretendemos examinar todas las caras posibles de las relaciones nietos-abuelos no podemos desatender la protección administrativa de los menores. En este campo las relaciones personales son menos demandadas, pero en cambio la lucha por su instauración y mantenimiento puede alcanzar cuotas de crispación muy superiores a las ordinarias del proceso familiar. La Administración, pese a lo que a primera vista pudiera parecer, no se rige por prejuicios negativos, al contrario, tiende a mantener las relaciones nietos-abuelos durante todo el proceso administrativo; eso sí, siempre que se peticione por los interesados y en la medida en que no resulten perjudiciales para los menores ni obstaculicen su incorporación definitiva a la familia de acogida.

DUODÉCIMA

Los tribunales de justicia, en sus distintos niveles y en aplastante mayoría, son garantes de las relaciones personales nietos-abuelos: las negaciones a este derecho son la excepción dentro de la excepción.

Nuestro análisis se ha centrado en la Audiencia Provincial de Baleares, que es un exponente más de esta realidad judicial. Desde las primeras sentencias compendiadas sobre la materia, año 1999, hasta las más recientes, observamos en todas ellas un criterio que ha permanecido inalterable: el procurar un mínimo de relación personal entre nietos y abuelos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, Manuel (1989): *Curso de Derecho civil, 4ª, ed.*, Barcelona.
- ALONSO PÉREZ, Mariano (1997): “la situación del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”. *Actualidad Civil*, 1997, nº 1, pp. 17-40.
- ALVARADO PLANAS, Javier (1986): *El pensamiento jurídico primitivo*. Editorial Nueva Acrópolis.
- BERNAL SAMPER, Trinidad (1998): *La Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. 1ª edición. Editorial Colex.
- CARBAJO GONZÁLEZ, Julio (2000): “El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil”. *La Ley*, nº 4, pp 1502-1512.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María (1983): *La reforma de la patria potestad en las reformas del Código Civil por Leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981*. Madrid 1983.
- COLÁS ESCANDON, Ana María (2005): *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)*. Aranzadi.
- CORNELIUS, H y Faire, S (1995): *Tú ganas/ yo gano, todos podemos ganar*. Editorial Gaia, Madrid.
- CORRAL GARCÍA (2003): “Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el derecho civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores”. *Revista Jurídica del Notariado* nº 46, pp. 27-66.
- DIEZ-PICAZO, Luis María (2003): *Sistema de Derechos fundamentales*. Editorial Civitas.
- D’ORS, Álvaro (1991): *Derecho privado Romano*. Editorial Eunsa.
- DURÁN y LALAGUNA, Paloma (2005): “Nuevas formas del derecho de familia. Una lectura desde Naciones Unidas”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 26, pp 519-537.
- ENTRENA KLETT, Carlos María (1990): *La equidad y el arte de juzgar*. Aranzadi.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel (2004): *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003* Editorial Civitas, Madrid.
- GOTTHEIL, J y SCHIFFRIN, A (1996): *Mediación, una transformación en la cultura*. Editorial Paidós, Barcelona.
- HEINECIO, De Juan (1833). *Recitaciones del Derecho Civil*. Imprenta de Cabrerizo, vol 2.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros (1990): *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*. 3ª ed, vol 2. Editorial José María Bosch Editor S.A.

- LETE DEL RÍO, José Manuel (1992): “Derecho de Visitas de los abuelos (comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)” *Poder Judicial*, nº 25, pp. 145-150.
- LEZERTUA RODRÍGUEZ, Manuel (1996): *El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 22, pp. 49-98.
- MANRESA NAVARRO, José María (1944): *Comentarios al Código Civil*. Editorial Reus, Madrid.
- MARCO TULLIO, Cicerón (2009): *De senectute*. Alianza Editorial, Madrid.
- MARCO TULLIO, Cicerón (2006): *De officiis*. Alianza Editorial. Madrid.
- MEJIAS GÓMEZ, Juan Francisco (2005): “Mediación Familiar”. *Cuadernos de Derecho Judicial. Mediación y Protección de menores en Derecho de Familia*, nº 5, pp115-146.
- O’CALLAGHAN, Xabier (1997): *Compendio de derecho civil*. Parte general, tomo I, editorial Edersa.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (1995): “El dictamen de especialistas como prueba pericial “sui generis” en el derecho de familia y la mediación”. *Revista del Poder Judicial*, número 37, pp. 193-212.
- PEÑA BERNALDO de QUIROS, Manuel (1989): *Derecho de familia*. Madrid.
- PIQUER MARÍA, José Miguel (2009): *La protección del menor*. Editorial Tirant lo blanc.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1982): *El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria, en el derecho de visita. Teoría y praxis*. Editorial Eunsa.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2000): *El interés del menor*. Editorial Dykinson.
- ROBIN, Fox (2006): *Sistemas de parentesco*. Alianza editorial.
- SANZ-DIEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, Jaime (2003): *Procesos de familia aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*. Editorial Dykinson.
- TORRERO MUÑOZ, Magdalena (2000): “La Mediación familiar: Una alternativa a la resolución de los conflictos familiares”. *Actualidad Civil*, nº 3, pp. 857-874.
- DE TORRES PEREA, José Manuel (2001): “El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos”. *La Ley*, nº 4, pp. 1347-1359.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz (2002): “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”. *La Ley*, nº7, pp. 1569-1576.
- VIVES LLAMAZARES, Francisco (1948): *El Derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*. Publicaciones del Tribunal Tutelar de menores de Valencia.

TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

| Tribunal, Sala y Fecha | Referencia |
|------------------------|-------------------------------|
| STEDH 08.07.1987 | ATC 28/2001 LA LEY 27257/2001 |
| STC 15.11.1990 | ROJ STC 184/1990 |
| STC 29.05.2000 | LA LEY 8805/2000 |
| STC 28.04.2008 | LA LEY 32622/2008 |
| STC 11.04.2013 | BOE Nº 112 10.05.2013 |
| STC 23.04.2013 | BOE Nº 123 23.05.2013 |
| STS 19.12.1988 | AC 374/89 |
| STS 22.04.1989 | COLEX 89PP1085 |
| STS 06.07.1990 | AR 5780 |
| STS 12.03.1992 | COLEX 92P511 |
| STS 18.05.1992 | ROJ STS 19732/1992 |
| STS 21.10.1992 | LA LEY 15075-R/1993 |
| STS 07.04.1994 | ROJ STS 22200/1994 |
| STS 27.06.1994 | LA LEY 1994/17066 |
| STS 22.05.1995 | AR 4089 |
| STS, 16.09.1996 | RA 6722 |
| STS 17.09.1996 | RJ 1996/959 |
| STS 31.12.1996 | ROJ STS 7658/1996 |
| STS 22.04.1997 | LA LEY 6125/1997 |
| STS 10.03.1998 | ROJ STS 1600/1998 |
| STS 05.05.1998 | COLEX 98P1700 |
| STS 24.04.2000 | ROJ STS 3419/2000 |
| STS 31.05.2000 | AR 5089 |
| STS 04.03.2003 | ROJ STS 1472/2003 |
| STS, 28.06.2004 | RJ 2004/4321 nº 632 |
| STS 27.07.2009 | ROJ STS 5382/2009 |
| STS 31.07.2009 | ROJ STS 5817/2009 |
| STS 31.03.2011 | ROJ STS 2158/2011 |
| STS 13.06.2011 | ROJ STS 4911/2011 |
| STS 20.10.2011 | ROJ STS 6491/2011 |

| | |
|---|----------------------|
| STS 05.06.2012 | ROJ STS 3800/2012 |
| STS 24.05.2013 | ROJ STS 2382/2013 |
| STS 14.11.2013 | ROJ STS 5469/2013 |
| STSJ Cataluña, 19.02.2001 | RJ 2001/8174 |
| SAP Islas Baleares, Sec 3ª, 04.02.1993 | AC 1993\599 1993\317 |
| SAP Asturias, Sec 1ª, 22.06.1994 | AC 1994\1156 |
| SAP Madrid, Sec , 24.04.1998 | ROJ SAP M 4688/1998 |
| SAP Valencia, Sec 6ª , 09.12.1998 | AC 1998\2428 |
| SAP Madrid, Sec 22,15.01.1999 | ROJ SAP M 384/1999 |
| SAP Álava, Sec 1, 25.01.1999 | ROJ SAP VI 52/1999 |
| SAP Islas Baleares, Sec 5 08.03.1999 | ROJ SAP IB 53/1999 |
| SAP Las Palmas, Sec 4ª, 14.05.1999 | Ac 1999/5473 |
| SAP Barcelona, Sec 18, 10.06.1999 | LA LEY 93439/1999 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 04.10.1999 | ROJ SAP IB 2592/1999 |
| SAP Islas Baleares, Sec.4ª, 31.01.2000 | LA LEY 97168/2000 |
| SAP Lleida, Sec 1ª, 28.02.2000 | AC 2000, 767 |
| SAP Tarragona, Sec 3, 30.03.2000 | ROJ SAP T 441/2000 |
| SAP Burgos, Sec 2ª, 10.04.2000 | ROJ SAP BU 563/2000 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 30.06.2000 | ROJ SAP IB 2140/2000 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 05.04.2001 | LA LEY 733900/2001 |
| SAP Alicante, Sec 7ª, 20.06.2001 | ROJ SAP A 2953/2001 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 12.12.2001 | ROJ SAP IB 397/2001 |
| SAP Granada, Sec 3ª, 09.02.2002 | LA LEY 31828/2002 |
| SAP Asturias, Sec 6ª, 07.03.2002 | LA LEY 50975/2002 |
| SAP SC Tenerife, Sec 1ª, 18.03.2002 | ROJ SAP TF 145/2002 |
| SAP Islas Baleares, Sec 5ª, 23.04.2002 | ROJ SAP IB 1070/2002 |
| SAP Islas Baleares, Sec 5ª, 26.04.2002 | ROJ SAP IB 1110/2002 |
| SAP Valencia, Sec 10ª, 02.05.2002 | ROJ SAP V 2337/2002 |
| SAP Zaragoza, Sec 4ª 20.05.2002 | ROJ SAP Z 1256/2002 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª , 06.09.2002 | ROJ SAP IB 2250/2002 |
| SAP Asturias, Sec 7ª , 22.10.2002 | ROJ SAP O 3867/2002 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 20.12.2002 | ROJ SAP IB 393/2002 |
| SAP Islas Baleares, Sec 5ª , 11.04.2003 | JUR 2003/200342 |
| SAP Islas Baleares, Sec 3ª, 10.10.2003 | ROJ SAP IB 1967/2003 |

| | |
|---|----------------------|
| SAP Tarragona, Sec 3ª , 19.12.2003 | ROJ SAP T 1760/2003 |
| SAP Málaga, Sec 5ª, 14.01.2004 | ROJ SAP MA 119/2004 |
| SAP Asturias, Sec 5ª 16.03.2004 | ROJ SAP A 98/2004 |
| SAP Tenerife, Sec 1ª, 29.03.2004 | JUR 2004/136991 |
| SAP Islas Baleares, Sec 3ª, 28.05.2004 | ROJ SAP IB 830/2004 |
| SAP Islas Baleares, Sec 3ª, 09.07.2004 | ROJ SAP IB 1078/2004 |
| SAP Zaragoza,Sec 2ª, 25.07.2005 | ROJ SAP Z 2058/2005 |
| SAP Pontevedra, SEc 1ª,29.09.2005 | LA LEY 188497/2005 |
| SAP Pontevedra, Sec 1ª, 06.10.2005 | ROJ SAP O 649/2005 |
| SAP Islas Baleares, Sec 5ª, 13.10.2005 | ROJ SAP IB 1242/2005 |
| SAP Madrid, Sec 22ª, 28.10.2005 | ROJ SAP M 11826/2005 |
| SAP Islas Baleares, Sec 5ª, 12.01.2007 | ROJ SAP IB 34/2007 |
| SAP Islas Baleares, Sec 5ª, 08.03.2007 | LA LEY 111257/2007 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 09.03.2007 | ROJ SAP IB 430/2007 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 12.03.2007 | ROJ SAP IB 113/2007 |
| SAP Murcia, Sec 1ª, 15.03.2007 | JUR 2007\264497 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª , 15.11.2007 | ROJ SAP IB 2104/2007 |
| SAP Teruel, Sec 1ª, 18.12.2007 | LA LEY 294021/2007 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 11.02.2008 | ROJ SAP IB 395/2008 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª,11.02.2008 | LA LEY 133214/2008 |
| SAP Toledo, Sec 1ª, 22.04.2008 | ROJ SAP TO 353/2008 |
| SAP Barcelona, Sec 18ª 01.07.2008 | ROJ SAP B 7269/2008 |
| SAP Tenerife, Sec 1ª 07.07.2008 | LA LEY 272630/2008 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª,28.09.2008 | ROJ SAP IB 2158/2008 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 06.10.2008 | ROJ SAP IB 1225/2008 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 07.10.2008 | ROJ SAP IB 1182/2008 |
| SAP Madrid, Sec 22ª, 24.10.2008 | ROJ SAP M 15843/2008 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª 05.11.2008 | ROJ SAP IB 1181/2008 |
| SAP Barcelona, Sec 12ª, 13.11.2008 | ROJ SAP B 10985/2008 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4, 30.11.2009 | ROJ SAP IB 1659/2009 |
| SAP Islas Baleares., Sec 4ª, 18.11.2009 | ROJ SAP IB 1542/2009 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª,24.11.2009 | JUR 210/36267 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 17.12.2009 | ROJ SAP IB 1738/2009 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª 11.03.2010 | ROJ SAP IB 467/2010 |

| | |
|---|----------------------|
| SAP Madrid, Sec 22ª, 23.03.2010 | ROJ SAP M 4238/2010 |
| SAP Toledo, Sec 1ª, 20.04.2010 | LA LEY 74906/2010 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 07.06.2010 | ROJ SAP IB 1272/2010 |
| SAP Vizcaya, Sec 4ª,17.06.2010 | LA LEY 207300/2010 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 16.09.2010 | ROJ SAP IB 1817/2010 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 11.11.2010 | ROJ SAP IB 2245/2010 |
| SAP Bilbao, Sec 4ª, 21.12.2010 | ROJ SAP IB 3047/2010 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 07.02.2011 | ROJ SAP IB 255/2011 |
| SAP Sevilla, Sec 2ª, 24.02.2011 | ROJ SAP SE 325/2011 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª, 17.05.2011 | ROJ SAP IB 897/2011 |
| SAP Pontevedra, Sec 3ª, 26.05.2011 | ROJ SAP O 1361/2011 |
| SAP Ourense, Sec 1ª, 22.07.2011 | ROJ SAP OU 581/2011 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª 20.09.2011 | ROJ SAP IB 1896/2011 |
| SAP Islas Baleares, Sec 4ª., 22.09.2011 | ROJ SAP IB 1895/2011 |
| SAP Madrid, Sec 22ª, 22.11.2011 | ROJ SAP M 14708/2011 |
| SAP Tenerife, Sec 1ª, 12.03.2012 | ROJ SAP TF 574/2012 |
| SAP Barcelona, Sec 12ª, 12.07.2012 | ROJ SAP B 10693/2012 |
| SAP Toledo, Sec 2ª , 31.07.2012 | ROJ SAP TO 841/2012 |
| SAP Madrid, Sec 22ª, 14.09.2012 | ROJ SAP M 15557/2012 |
| SAP Vitoria, Sec 1ª., 21.09.2012 | ROJ SAP VI 413/2012 |
| SAP Asturias, Sec 1ª, 11.10.2012 | ROJ SAP O 2416/2012 |
| SAP Almería, Sec 2 , 11.12.2012 | ROJ SAP AL 521/2012 |
| SAP Alicante, Sec 9ª 14.12.2012 | ROJ SAP A 4067/2012 |
| SAP León,Sec 1ª, 03.12.2012 | ROJ SAP LE 1608/2012 |
| SAP Jaen, Sec 3ª, 28.01.2013 | Roj SAP J 63/2013 |
| SAP Cadiz, Sec 5, 27.03.2013 | ROJ SAP CA 518/2013 |
| SAP Barcelona, Sec 18ª,23.04.2013 | ROJ SAP B 5409/2013 |
| SAP Barcelona, Sec 12, 08.05.2013 | ROJ SAP B 5315/2013 |
| SAP Madrid, Sec 18ª, 20.05.2013 | ROJ SAP M 8972/2013 |
| SAP Madrid, Sec. 6ª, 29.05.2013 | ROJ SAP M 8703/2013 |
| SAP A Coruña, Sec 4ª, 14.06.2013 | ROJ SAP AC 1737/2013 |
| AAP Islas Baleares, Sec 5ª , 14/09/2001 | ROJ AAP IB 276/2001 |
| AAP Islas Baleares, Sec 3ª, 30.05.2002 | ROJ AAP IB 172/2002 |
| AAP Guadalajara, Sec 1ª, 30.05.2003 | LA LEY 97300/2003 |

| | |
|--|---------------------|
| AAP Islas Baleares, Sec 5ª, 27.03.2006 | ROJ AAP IB 348/2006 |
| AAP Girona, Sec 2ª , 20.06.2003 | ROJ SAP GI 566/2003 |
| AAP Islas Baleares, Sec 4ª,28/07/2010 | ROJ AAP IB 462/2010 |
| AAP Valencia, Sec 10ª, 23/07/2012 | ROJ AAP V 579/2012 |