

EL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS FIJADO JUDICIALMENTE, CON ESPECIAL REFERENCIA A SU EXTENSIÓN (A PROPÓSITO DE LA STC, SALA 2.^a, N.º 138/2014, DE 8 DE SEPTIEMBRE)

*The Regime of Personal Relationship between Grandparents and
Grandchildrens fixed Judicially, with Special Reference to its
Extension (About STC, Room 2^a, Num. 138/2014, of September 8)*

ANA M.^a COLÁS ESCANDÓN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Recepción: 31/05/2015

Aceptación después de revisión: 27/07/2015

Publicación: 27/11/2015

I. INTRODUCCIÓN. II. LA STC, SALA 2.^a, N.º 138/2014, DE 8 DE SEPTIEMBRE: 1. *Supuesto de hecho*. 2. *Fundamentos jurídicos*. III. BREVE REFERENCIA A LOS CARACTERES GENERALES DE LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS TRAS LA MODIFICACIÓN OPERADA EN EL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 42/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE: 1. *Derecho a las relaciones personales versus derecho de visita*. 2. *Fundamento del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos*. 3. *Caracteres generales del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos*. 4. *Titular del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos*. 5. *Modificación del régimen de relaciones personales fijado*. 6. *La «justa causa» que permite negar las relaciones personales entre abuelos y nietos*. 7. *Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales*. IV. EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS: 1. *Alcance del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos*. 2. *Primacía del interés del nieto menor de edad a la hora de fijar la extensión concreta del régimen de relaciones personales con sus abuelos*: 2.a) Significado del «interés del menor». Criterios para su determinación. 2.b) La necesidad de motivar el interés del menor en cada caso concreto para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. 2.c) La búsqueda del interés del menor en cada supuesto concreto por nuestros Tribunales. 3. *Colisión con la patria potestad*: 3.a) Similitudes y diferencias entre el derecho de visita de los progenitores y el régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. 3.b) Las relaciones personales entre abuelos y nietos como límite al ejercicio de la patria potestad. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional que invalida un amplio régimen de relaciones personales fijado judicialmente entre unos abuelos maternos y sus dos nietos, tras el fallecimiento de la madre de los mismos, se analizan los caracteres generales del reconocimiento que el Código Civil español efectúa del derecho de abuelos y nietos a relacionarse —salvo que concurra una justa causa que lo impida— y más concretamente la extensión que dicho régimen puede tener, atendiendo a la defensa de los intereses del nieto y su posible colisión con los derechos inherentes a la patria potestad de los progenitores.

PALABRAS CLAVE: Derecho de visita; relaciones personales entre abuelos y nietos; patria potestad; interés del menor.

ABSTRACT

With regard to a judgment of the Constitutional Court, which invalidated a comprehensive regime of personal relationships fixed by the judge between a maternal grandparents and their two grandchildren, after the death of the mother of them, discussed the general characteristics of the recognition that the Spanish Civil Code carries out of the right of the grandparents and grandchildren to relate —except that if there is a fair cause that prevents it— and in particular, the extension that this regime can have, serving the defense of the grandchildren's interest and the possible collision with the rights inherent to the parental authority.

KEY WORDS: Right of visits; relationships between grandparents and grandchildren; paternal authority; the best interest of the child.

I. INTRODUCCIÓN

Para analizar la regulación que actualmente hace nuestro legislador del derecho de los abuelos y los nietos a relacionarse, debemos necesariamente partir de lo prescrito en el artículo 160 párrs. 2.º y 3.º CC, que dispone que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos¹.

¹ El proyecto de Ley (ordinaria) 121/000131, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, aprobado por el Senado el 16 de julio de 2015, introduce modificaciones en el artículo 160.2 CC, si bien en ninguna cuestión atinente a las relaciones personales abuelos-nietos (simplemente añade a los hermanos a la lista de sujetos con los que el menor tiene derecho a relacionarse). En opinión de algunos, el legislador ha desaprovechado la oportunidad de llenar de contenido los conceptos jurídicos indeterminados que utilizó al modificar este precepto en el año 2003 y que han abierto importantes disputas doctrinales y una variedad de criterios jurisprudenciales que, a su juicio, en nada contribuyen a la seguridad jurídica (*v.gr.* las justas causas

Los problemas principales que había planteado hasta la actualidad el régimen de relaciones personales entre los abuelos y los nietos se referían fundamentalmente a la determinación de cuándo nos encontrábamos ante una justa causa que nos permitiese impedir aquel. Sin embargo, el pronunciamiento efectuado por la sala 2.^a de nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia n.º 138/2014, de 8 de septiembre, pone en el punto de mira otra cuestión —si bien no profundiza en ella— a la que hasta el momento no se había prestado demasiada atención: la extensión que debe tener el régimen de relaciones personales, una vez ha sido solicitado y fijado judicialmente.

Como en tantas ocasiones, nos encontramos aquí ante un vacío legal en este punto, ya que el legislador simplemente ha establecido que los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, salvo que concurra una justa causa que permita impedirlo, pero no ha indicado cuál ha de ser la extensión que deba otorgarse a dichas relaciones². Por ello, nues-

para impedir las relaciones entre abuelos y nietos). Sin embargo, tal y como desarrollaré a lo largo de este estudio, en mi opinión, haber hecho uso de esos conceptos abiertos, fue todo un acierto por parte del legislador, ya que así permite a los órganos judiciales actuar con más libertad, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada supuesto y el interés de cada menor en concreto.

² Y este ha sido también el criterio adoptado por los legisladores autonómicos que han regulado esta cuestión, ya que se han limitado a establecer la posibilidad de fijar el régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos, pero sin concretar su extensión, ni las causas por las que podría ser negado (*v.gr.* el art. 233-12 del Código Civil de Cataluña, Libro Segundo-Persona y Familia, aprobado por Ley 15/2010, de 29 de julio —que impone el deber a los progenitores de facilitar las relaciones con los abuelos—; el artículo 4 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Comunidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; o el artículo 60 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo —que alude concretamente a la búsqueda de los que más convenga al interés del nieto menor de edad—. En cuanto al Derecho Foral Navarro, la Ley 72 párr. 4.º del Fuero Nuevo de Navarra —tras su modificación por la Ley Navarra 5/1987 de 1 de abril— solo establece el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos, sin mencionar a los abuelos como titulares también de tal derecho; no obstante, negar el derecho a dicha relación supondría, a mi juicio, un claro abuso de la patria potestad e iría contra los intereses del propio nieto al cual, en principio, beneficia en su desarrollo emocional la relación con sus abuelos. Además, debe tenerse en cuenta, que la Ley Foral de Infancia y Adolescencia de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, sí que establece expresamente en su artículo 44 el derecho de los sujetos menores de edad a convivir y a relacionarse con sus abuelos. Y finalmente, en lo referente al Derecho Foral vasco, la Ley vasca 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, con el objetivo primordial de defender el interés superior de los hijos menores en los casos de ruptura de la relación de sus progenitores, establece que las personas menores de edad tienen derecho a relacionarse de forma regular con el proge-

tros Tribunales, en la práctica, han fijado un diferente régimen, más o menos amplio, en atención a las circunstancias de cada caso concreto.

Esta laguna legal nos hace plantearnos la posibilidad de que el régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos tenga tal extensión, que pueda suponer una injerencia en el ejercicio de la patria potestad por los progenitores del menor. Y precisamente este es el problema planteado en la Sentencia del Tribunal Constitucional a la que antes se ha aludido, en la que se otorga a los abuelos maternos de dos menores de edad, un régimen de relaciones personales muy similar al que se concede al progenitor no custodio en los casos de crisis matrimonial.

Pues bien, para un adecuado análisis de la problemática atinente a la extensión del régimen de relaciones personales entre los abuelos y los nietos, considero que es imprescindible esbozar, en primer lugar, los caracteres generales de esta figura tras la promulgación de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, así como su aplicación práctica por los Tribunales durante estos años. Sentadas estas premisas, y teniendo presente el pronunciamiento efectuado por nuestro Tribunal Constitucional, trataré de dar una respuesta a la cuestión relativa a la extensión de las mencionadas relaciones.

II. LA STC, SALA 2.ª, N.º 138/2014, DE 8 DE SEPTIEMBRE

Como se ha indicado, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión en fecha reciente de enjuiciar la problemática que nos ocupa en la STC, sala 2.ª, de 8 de septiembre de 2014. Para una mejor comprensión de esta resolución, sintetizaré a continuación el supuesto de hecho que constituyó su origen, así como las decisiones adoptadas por el Alto Tribunal respecto del mismo.

1. *Supuesto de hecho*

Tras la separación de un matrimonio con dos hijos menores de edad, se atribuyó la guarda y custodia de los niños a la madre, fijándose un régimen de visitas a favor del padre. Pasado un tiempo, la madre falleció, pasando a vivir los dos hijos menores con su padre, quien a partir de en-

nitor no custodio y con las familias extensas de ambos; así, en su artículo 1 dispone que esta ley tiene por objeto garantizar, salvo circunstancias excepcionales, las relaciones continuadas de los hijos e hijas con sus abuelos —entre otros sujetos—).

tonces ostentó con carácter exclusivo la guarda y custodia de los mismos. Ante esta circunstancia, los abuelos maternos de los niños solicitaron judicialmente el establecimiento de un régimen de visitas a su favor. El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Mérida dictó sentencia el 13 de febrero de 2012, estimando la solicitud de los abuelos maternos y otorgándoles un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta el domingo a las 21:00 horas, en invierno y hasta las 22:00 horas en verano; dos días intersemanales, los lunes y miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, en invierno y hasta las 22:00 horas en verano; una semana de vacaciones de Navidad; mitad de las vacaciones de Semana Santa y un mes en verano. Se precisa en la sentencia además que si los menores tuvieran actividades extraescolares en el periodo en el que corresponderían estas visitas, las mismas serán sustituidas por los martes y jueves con el mismo horario. El Juzgado fundamenta su decisión en el principio del *favor filii*, señalando que el padre, desde el momento en el que le fue atribuida la custodia de los menores tras el fallecimiento de su madre, ha impedido las relaciones de los mismos con sus abuelos maternos alegando que le insultan y que provocan angustia en sus hijos, a pesar de que hasta entonces los niños habían mantenido una relación muy estrecha con ellos, puesto que al tener la custodia la madre, necesitaba la asistencia de aquellos cuando tenía que trabajar, pernoctando los niños con los abuelos en ocasiones, los cuales, además, se encargaban de llevarlos y traerlos del colegio. De hecho, los menores no se han negado en ningún momento a relacionarse con sus abuelos. El órgano judicial considera que las relaciones de los niños con sus abuelos maternos son beneficiosas para ellos y entiende que no existe una justa causa que impida que las mismas se produzcan, ya que la angustia sufrida por los menores no procede de la relación con sus abuelos, sino del enfrentamiento directo de estos con la pareja de su padre, afirmando los peritos que el estrés desaparecería en una situación normalizada, cuando sobre todo la niña, de 11 años, conozca que tiene que estar con los abuelos un tiempo, debiendo además estos evitar el enfrentamiento con la pareja del padre y dejar de referirse al mismo con expresiones insultantes.

Recurrida esta sentencia por el padre, la SAP de Badajoz, secc. 3.ª, de 12 de julio de 2012 desestima el recurso planteado y, por su parte, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo dictó Auto con fecha 18 de junio de 2013³ inadmitiendo el recurso presentado.

El padre decidió entonces interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración de su derecho a la tutela

³ ATS, Sala 1.ª, de 18 de junio de 2013 (PROV 2013\227876).

judicial efectiva (art. 24.1 CE), debido fundamentalmente a que los órganos judiciales habían fijado, a su entender, en favor de los abuelos maternos un régimen de comunicación y estancia de sus hijos menores igual al que le correspondería al progenitor no custodio, lo cual consideraba no solo contrario a lo previsto en el Código Civil, sino también a sus principios inspiradores y a los derechos del menor de los que se hace eco el artículo 39 CE.

Por su parte, el Ministerio Fiscal solicitó al Tribunal la estimación del recurso dada la equiparación automática que se llevaba a cabo entre el derecho a las relaciones personales de nietos y abuelos, con el derecho a las relaciones personales del progenitor no custodio, prescindiendo en la aplicación de los preceptos legales de toda ponderación del interés superior del menor, como principio constitucional inspirador de toda decisión judicial en este ámbito y vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2. *Fundamentos jurídicos*

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo interpuesto por el padre, con base fundamentalmente en los siguientes razonamientos:

1. Que la determinación de la extensión del régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos es una cuestión de legalidad, cuya concreción corresponde a los Tribunales ordinarios, ponderando el interés superior del menor y valorando las circunstancias concretas del caso, por lo que el enjuiciamiento del Tribunal Constitucional debe de realizarse desde la perspectiva del derecho constitucional a obtener una resolución fundada.
2. Que las resoluciones dictadas por Juzgado, Audiencia y Tribunal Supremo omiten toda motivación en relación con el interés del menor en cuanto a la extensión del régimen de relaciones personales, prescindiendo así de un examen de las circunstancias concurrentes a la hora de fijar el contenido y la extensión del derecho a las relaciones personales de los abuelos maternos con sus nietos menores de edad. El régimen fijado se fundamenta en una genérica traslación del régimen de visitas para progenitores no custodios, sin ningún elemento de individualización y sin ninguna referencia al interés de los menores; sin concretar los elementos del acervo probatorio que determinarían la idoneidad desde la perspectiva del mencionado interés.

En virtud de todo lo expuesto, afirma el Constitucional que debe estimarse la demanda de amparo y restablecer al padre en la integridad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que ha sido vulnerado, anulando las resoluciones judiciales impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la Sentencia de primera instancia, para que se dicte nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental lesionado.

III. BREVE REFERENCIA A LOS CARACTERES GENERALES DE LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS TRAS LA MODIFICACIÓN OPERADA EN EL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 42/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE

Cuando nos referimos al derecho de los abuelos y los nietos a relacionarse, casi instintivamente, la mayoría de las personas tienden a considerar que nos encontramos ante una cuestión de índole más moral que jurídica. Sin embargo, se nos presenta un problema que, si bien se muestra claramente influenciado por argumentos éticos y morales, da lugar a un gran número de cuestiones jurídicas, con consecuencias prácticas importantísimas, tal y como expondré a continuación⁴.

1. *Derecho a las relaciones personales versus derecho de visita*

El primer problema con el que nos encontramos a la hora de analizar este derecho es la terminología empleada al referirse al mismo. La gran mayoría de los autores que han estudiado esta cuestión, así como nuestros Tribunales, suelen denominar el derecho que aquí analizamos como «derecho de visita de los abuelos», si bien algunos de ellos parten de la diferenciación entre un sentido amplio y un sentido estricto de esta calificación. Siguiendo con esta línea de pensamiento, el derecho de visita en sentido amplio comprendería todos los tipos posibles de relación personal entre el nieto y los abuelos —correspondencia, visita,

⁴ Para un estudio detallado de las diferentes cuestiones jurídicas que puede plantear el derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos, *vid.* COLÁS ESCANDÓN, A.M., *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, Navarra 2005.

pernocta del nieto en el domicilio del abuelo—; mientras que en sentido estricto, aludiría concretamente a las visitas entre abuelos y nietos⁵.

Sin embargo, no soy partidaria de esta terminología, sino precisamente de la adoptada por el legislador en la Ley 42/2003: «derecho a las relaciones personales», dado que hablar de un «derecho de visita» puede inducirnos a confusión respecto al concreto contenido del derecho. «Visitar», según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa: «Ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo». Por el contrario, la «relación» implica la «Conexión, correspondencia, trato, comunicación de alguien con otra persona». De acuerdo con lo anterior, el derecho de visita, como de su propio nombre se infiere, otorgaría a los abuelos simplemente la posibilidad de visitar a sus nietos en el domicilio de estos, pero no les facultaría para que el nieto pernoctara en su casa, o para algo tan simple como poder llamarle por teléfono, escribirle una carta, o enviarle un e-mail; sin embargo, si hablamos de relaciones personales, el abanico de posibilidades que se abre para los abuelos es mucho más amplio.

2. Fundamento del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos

Los artículos 90, 94, 103, 160 y 161 del Código Civil, fueron modificados por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, al entender el legislador que los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, configurándose por ello como un instrumento esencial para la protección de los menores. Así, en la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre se indicó expresamente que la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar la estabilidad afectiva y personal del menor, sin olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno filiales que, aunque prioritarias, no pueden ser aisladas del resto de relaciones familiares. Y concretamente, en relación con los abuelos, se afirma que los mismos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor, al disponer de

⁵ En este sentido se pronuncian DÍAZ ALABART, S.: «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados». *RDP*, mayo-junio 2003, p. 352; o TORRES PEREA, J.M.: «El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos». *Diario La Ley* (www.laley.net), año XXI, n.º 5296, 26 de abril de 2001 (doctrina), pp. 1 y 9.

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 desarrollo y proporcionándoles referentes necesarios y seguros en su entorno, que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis.

En suma, el fundamento indiscutible del derecho es el interés del nieto y el beneficio que para el mismo y su desarrollo integral como persona supone la relación con sujetos con los que mantiene lazos de parentesco y afectividad y que, además, pueden, por su experiencia vital, servirle de ayuda y referente⁶.

⁶ Así, SALANOVA VILLANUEVA, M.: «Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *AC*, 2003, p. 66, señala que el interés del menor reclama que los vínculos con su familia natural se mantengan, salvo que la misma se revele particularmente indigna, ya que de otro modo el menor se desarraigaria y perdería parte de su identidad.

No obstante, que el interés del nieto sea el verdadero fundamento de este derecho no ha sido una cuestión pacífica en nuestra doctrina. Siguiendo esencialmente en este punto la minuciosa exposición de los planteamientos doctrinales efectuada por RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria». *El derecho de visita. Teoría y praxis*, AAVV, EUNSA, Pamplona, 1982, pp. 213 a 224 —donde si bien se refiere al derecho de visita en general, su análisis es aplicable igualmente al derecho concreto de los abuelos y los nietos— se puede afirmar que se han propuesto diferentes tesis en lo atinente al fundamento del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos:

a) Tesis que se basa en el interés de la sociedad en las relaciones familiares. Afirman los partidarios de esta tesis que hay un interés social evidente en que queden salvaguardados los lazos de afecto que la propia naturaleza ha creado entre las personas unidas por la sangre, ya que la familia es la célula de la sociedad y esta tiene, por ello, interés en que todas las familias permanezcan unidas.

No puedo compartir esta fundamentación del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos dado su carácter tremendamente genérico e impreciso. Como señala, de nuevo, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «El derecho de visita. Ensayo...», *op. cit.*, p. 214, hacer del interés social una justificación del derecho a las relaciones personales es excesivo, porque de la misma forma podrían entonces explicarse casi todas las relaciones de Derecho Privado, ya que a la sociedad le interesa también el cumplimiento de los contratos, el respeto a la propiedad privada, etc., con lo cual, acabaría por no explicarse ni justificarse nada.

b) Tesis del abuso de la patria potestad. Como ya he indicado en páginas anteriores, esta era la fundamentación utilizada en sus orígenes por nuestros Tribunales para conceder a los abuelos el derecho a visitar a sus nietos (*v.gr.* la STS, sala 1.ª, de 14 de octubre de 1935 y la Sentencia del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939). De acuerdo con esta tesis, si el titular de la patria potestad impidiese, sin motivo legítimo, que sus hijos se relacionaran con sus abuelos, ello supondría un claro abuso de derecho, en concreto, un abuso de la patria potestad de la que es titular.

No obstante, debo señalar que algún autor no considera el interés nieto como único fundamento del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos. Así, Díaz Alabart afirma que los beneficios derivados de las relaciones personales abuelo-nieto, no solo se producen para este último, sino también para el ascendiente, siendo así la esencia

Esta posición debe igualmente ser rechazada ya que deja a un margen la cuestión de cuál sea el interés que se trata de proteger jurídicamente con el reconocimiento del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos.

c) Tesis del parentesco. Afirman los suscriptores de esta tesis que los vínculos de parentesco que unen a abuelos y nietos han generado una fuerte relación íntima, personal y profunda a nivel espiritual y afectivo, que exige una continuidad en la mejor forma posible en las situaciones excepcionales o de crisis familiar.

Ciertamente el parentesco es un dato importante a tener en cuenta, pero, a mi juicio, la adopción de esta tesis deja, fundamentalmente, dos preguntas sin respuesta. La primera de ellas es la razón por la cual, en ocasiones, aunque exista una relación de parentesco, se niega o se suspende el derecho a las relaciones personales. Y, la segunda, pero no menos importante, la causa que fundamenta el reconocimiento del derecho a personas que no guardan relación de parentesco alguno (esos «allegados» a los que alude el Código Civil, que no tienen que ser necesariamente parientes del menor o incapacitado).

d) Tesis de la relación afectiva. De acuerdo con estas tesis el derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos no tiene otra justificación que el afecto, el cariño que se tienen los sujetos implicados.

El afecto existente entre abuelos y nietos es otro dato importante a tener en cuenta a la hora de conceder o denegar el derecho que analizamos. Ahora bien, no puede erigirse en único fundamento de este, porque entonces dejaríamos sin justificación, por ejemplo, aquellas hipótesis en las que se reconoce el derecho a relacionarse a unos abuelos y unos nietos que —por las circunstancias que fuere— no se conocen todavía y, en consecuencia, difícilmente pueden profesarse algún tipo de afecto. Además, si adoptásemos esta tesis, tampoco se entendería la razón por la cual a pesar de existir una relación afectuosa entre un abuelo y un nieto, se les niega el derecho a relacionarse con base en una justa causa.

e) Tesis de «la naturaleza de las cosas». Afirman los partidarios de estas tesis que el fundamento último del derecho a las relaciones personales estaría en «la naturaleza de las cosas», en el sentido de la realidad natural, una especie de imperativo categórico a nivel jurídico, en virtud del cual las relaciones entre abuelos y nietos no podrían negarse.

La principal crítica que puede hacerse a esta tesis es la dificultad de precisar en qué consiste esa denominada «naturaleza de las cosas» y la razón por la que en unos casos justificaría las relaciones personales y en otros casos, si concurre justa causa, no.

f) Tesis del interés del nieto. Las relaciones personales entre nieto y abuelos se justificarían en el beneficio que pueden suponer para el nieto, para su desarrollo a todos los niveles.

Se le ha objetado a esta concepción la imprecisión que conlleva la utilización de categorías como «el interés del menor», o «el interés del nieto», en este caso concreto. No obstante, a pesar de las críticas, esta tesis me parece la más acertada ya que, como expondré más adelante, precisamente la utilización de términos jurídicos de carácter abierto, supone una enorme ventaja a la hora de buscar la protección de los intereses de cada menor en concreto.

del derecho la protección del interés de los dos sujetos implicados: no es que se proteja —mantiene esta autora— el interés del menor a través de la concesión de esa defensa de la posibilidad de relacionarse, sino que se trata de un interés mutuo, en el que no puede hablarse de que el de uno de los sujetos sea de «mejor categoría» que el del otro; ambos sujetos dan y obtienen beneficios personales de esa relación, ambos desarrollan su personalidad⁷.

No me parece acertada esta tesis. El único interés que debe ser protegido es el del nieto —con base en todos los pronunciamientos legales anteriormente expuestos—. Otra cosa es que, al tratar de satisfacer los intereses del nieto, resulten también beneficiados otros sujetos, en este caso los abuelos⁸. Avala este planteamiento el hecho de que si el nieto solicita que se le reconozca un régimen de relaciones personales con sus abuelos, salvo que concorra una justa causa, el juez deberá otorgárselo; lo cual muestra claramente que el interés de estos ascendientes es algo secundario (cuestión aparte serán las dificultades que se producirán en la práctica si los abuelos se niegan a cumplir el mandato del juez y a relacionarse con su nieto)⁹. El carácter prioritario del interés del

⁷ DÍAZ ALABART, S.: «El derecho de...», *op. cit.*, pp. 356 y 357.

En el mismo sentido, GARCÍA PASTOR, M.: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*. McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 231, entiende que en un plano práctico, aceptar que el interés del menor es el único fundamento del derecho de visita supondría la negación de este cuando no reportase ningún beneficio para el menor y, a su juicio, no es esta la configuración que tiene este derecho en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual el interés del niño actúa como límite al derecho de visita —es decir, no se concede tal derecho si puede ser perjudicial para el menor—, pero la justificación está en otro lugar, puesto que se puede conceder un derecho de visita en función únicamente del pretendido titular de ese derecho. E igualmente, DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª: «La patria potestad...», *op. cit.*, p. 389, refiriéndose al derecho a relacionarse entre los hijos y otros parientes o allegados consagrado en el antiguo artículo 161, antes de la reforma operada en el mismo por la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, sostiene que el juez en estos casos no parece estar obligado a tener en cuenta exclusivamente el interés del hijo, sino también el de los parientes y allegados.

Esta misma idea se desprende de lo indicado por la SAP de Las Palmas de 20 de diciembre de 2002 (JUR 2003\237959): «(...) es reseñable que el derecho objeto de controversia debe ser entendido no ya solo en interés de los abuelos maternos ni del padre sino también, y fundamentalmente, en interés de la menor».

⁸ Así lo afirma también la STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2001 (RJ 2001\8174).

⁹ En esta misma línea, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 161 del Código Civil». *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1076, indica que la máxima *favor filii* no es incompatible, en principio, con la ponderación de los intereses de otros miembros de la familia.

menor frente al interés de los abuelos, se desprende igualmente de lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, que señala expresamente que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

3. Caracteres generales del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos

Nos encontramos aquí ante un derecho que se desarrolla en el ámbito de las relaciones familiares —de hecho, posee naturaleza de derecho familiar— y por ello son predicables del mismo los caracteres propios de los derechos personales típicos de nuestro Derecho de Familia¹⁰. A saber:

1. Se encuentra sustraído en lo sustancial del ámbito de la autonomía de la voluntad de los particulares, en el sentido de que los sujetos que intervienen no pueden decidir por sí mismos negar el derecho, someterlo a determinados requisitos o condiciones, ni, por supuesto, negociar con él. Obviamente lo que no se impide es que las partes implicadas puedan llegar a acuerdos acerca de su ejercicio, esto es, del modo de llevarse a cabo las relaciones (lugar, días, horas)¹¹.
2. Posee un carácter variable, es decir, su contenido, modos de establecimiento, etc. van a depender siempre de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y una vez concedido y delimitado, puede ser posteriormente modificado (para ampliarlo, o para reducirlo), si sucede lo propio con las circunstancias que motivaron su establecimiento.

¹⁰ El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el vínculo entre abuelos y nietos entra dentro del ámbito de la «vida familiar» a la que alude y protege en el artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos (casos: *Manuello y Nevi contra Italia*, de 20 de enero de 2015; *Kruskic contra Croacia*, 25 de noviembre de 2014; *Nistor contra Rumanía*, de 2 de noviembre de 2010; o *Bronda contra Italia*, de 9 de junio de 1998).

¹¹ En este mismo sentido se pronuncia RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: «Reconocimiento judicial del derecho de visita de los abuelos a sus nietos y ejercicio de la patria potestad. Acceso casacional del problema de la extensión del régimen. La Disposición Transitoria 10.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 23 de noviembre de 1999». *RDJ*, enero, 2001, p. 84.

3. Es indudablemente un derecho de carácter personalísimo e inalienable, y por lo tanto solo puede ser solicitado y ejercido por sus titulares, los abuelos y los nietos. No cabe así posibilidad de que deleguen, permanente o temporalmente, el ejercicio del derecho en favor de otras personas, ni, obviamente, que pretendan hacer uso del mismo por medio de un representante (*v.gr.* no sería viable, y podría suponer en determinados supuestos, como más adelante se expondrá, una justa causa para denegar el futuro ejercicio del derecho, el hecho de que los abuelos encomendaran a otro familiar o amigo la posibilidad de visitar al nieto, en su nombre, durante el tiempo en que ellos no pudieran hacerlo porque estén de viaje, se encuentren enfermos, o tengan otros asuntos que resolver en el periodo determinado para visitar a su nieto)¹².
4. Se trata de un derecho irrenunciable. Sus titulares pueden decidir en cada supuesto ejercitarlo o no, pero nunca podrán renunciar al mismo y si lo hicieran, tal renuncia sería nula de pleno derecho¹³.
5. No se trata de un derecho de carácter perpetuo, sino temporal, y se extinguirá irremediamente si concurren determinadas circunstancias (mayoría de edad del nieto, fallecimiento de los abuelos o del nieto, etc.).
6. Y, finalmente, estamos ante un derecho imprescriptible, lo cual implica que aunque sus titulares no hagan uso del mismo, no pierden la facultad de poder ejercitarlo en un futuro; obviamente, siempre que el nieto siga siendo menor de edad o incapacitado y los abuelos no hayan perdido tal condición (*v.gr.* porque su nieto biológico de corta edad haya sido adoptado por terceros)¹⁴.

¹² No obstante, la SAP de Baleares de 30 de junio de 2000 (JUR 2000/270707), reconoce el derecho del padre del menor Julián, en prisión, a comunicarse con su hijo y que para que tenga 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 consecuencia, a favor de estos un régimen de visitas. (Por lo tanto, no se está reconociendo a los abuelos, en cuanto tales, *ex* artículo 160 párr. 2.º CC, un derecho a relacionarse con su nieto, sino que se considera que el derecho de visita y comunicación del progenitor del niño se realiza a través de ellos).

¹³ El hecho de que sus titulares no hagan uso del mismo lo que sí que puede conllevar es la suspensión de su ejercicio.

¹⁴ Ya que si no es de corta edad y tiene capacidad suficiente para entender y querer, y existía con anterioridad a la adopción una relación afectiva con sus abuelos biológicos, considero que las relaciones personales pueden, como regla general, seguir manteniéndose, pero ahora en calidad de allegados.

4. Titular del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos

Encontramos en la doctrina dos planteamientos en torno a la titularidad activa del derecho a las relaciones personales de los abuelos con sus nietos. Por una parte, hay autores que sostienen que nos encontramos ante un derecho establecido tanto en beneficio de los abuelos, como del nieto, de tal modo que cualquiera de ellos podría solicitarlo. El nieto sería así sujeto activo y pasivo de este derecho¹⁵.

Otros autores, sin embargo, afirman que los únicos titulares del derecho son precisamente los abuelos, de tal modo que solo a ellos se les otorgaría la facultad de solicitar su ejercicio.

En lo que a mí respecta, comparto el primero de los planteamientos expuestos, en el sentido de considerar que el derecho establecido en el artículo 160 párr. 2.º CC tiene como beneficiarios tanto a los abuelos como a los nietos. Por ello, entiendo que no solo los abuelos, sino también el nieto, si posee madurez suficiente, puede acudir al juez y solicitar que se reconozca y concrete su derecho a relacionarse con sus abuelos, si sus progenitores se lo niegan, tal y como se desprende de la dicción literal del artículo 160 párr. 3.º CC¹⁶. Y podrá realizar esta soli-

¹⁵ En este sentido se manifiestan: CARBAJO GONZÁLEZ, J.: «El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil». *Revista Jurídica Española La Ley*, 2000-4, p. 1505; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*. Tecnos, Madrid, 2000, p. 15; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª: «La patria potestad tras la reforma del Código Civil». *AAMN*, T-XXV, 1982, p. 389, el cual afirma que del artículo 160 párr. 2.º CC parece desprenderse que se reconoce un derecho de relación a los hijos y a los parientes y allegados, lo cual califica como sorprendente; DÍAZ ALABART, S.: «El derecho de...», *op. cit.*, pp. 355 y 356; GARCÍA GIL, F. J.: «La protección de los hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial». *Revista Jurídica Española La Ley*, 1989-3, p. 863, que sostiene que se reconoce al nieto en estos casos un auténtico derecho subjetivo y no una mera facultad jurídica para reclamar la relación con sus abuelos; GAYA SICILIA, R.: «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos». *ADC*, T-LV, fascículo I, enero-marzo, 2002, p. 95; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: «Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del Derecho Civil». *Act. Civ.*, 2002-1, p. 32; LETE DEL RÍO, J. M.: «Derecho de visita de los abuelos. (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)». *Poder Judicial*, n.º 25, marzo 1992, p. 148; MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 94». *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 203; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «El derecho de visita. Ensayo...», *op. cit.*, pp. 88, 89 y 114 y *El derecho de visita*. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 53 y 138.

Idéntica tesis sostiene la SAP de Burgos de 10 de abril de 2000 (JUR 2000\141670).
¹⁶ Así lo afirma también la SAP de Toledo de 21 de abril de 2004 (JUR 2004\147342).

cidad por sí mismo, sin necesidad de contar con sus padres, cuando posea la madurez suficiente para ello, dado que estaríamos ante uno de los supuestos recogidos en el artículo 162.1.º y 2.º CC, que el menor podrá realizar sin la concurrencia de sus representantes legales.

En cualquier caso, si no poseyera la madurez suficiente para realizar *per se* esta solicitud y sus progenitores se negaran a hacerlo en su nombre, siempre podría interponerla por él un defensor judicial alegando el conflicto de intereses existente (art. 163 párr. 1.º CC) y, en último término, sería posible que lo hiciera el Ministerio Fiscal¹⁷.

En el supuesto en que estemos ante un nieto que no es menor de edad, sino que está incapacitado, tiene igualmente derecho a relacionarse con sus abuelos¹⁸ y merced a lo dispuesto en el artículo 267 CC, el incapacitado puede realizar por sí mismo determinados actos, si su capacidad de discernimiento se lo permite; si no posee tal capacidad y sus representantes legales se niegan a demandar en su nombre las relaciones con sus abuelos, no existiendo una justa causa que fundamente dicha negativa, podría solicitarse el nombramiento de un defensor judicial, con apoyo en el conflicto de intereses producido (art. 299.1.º CC).

Respecto a los nietos menores de edad pero emancipados, considero que a los mismos no les es aplicable la disposición contenida en el artículo 160 CC. En primer lugar porque por todos es conocida la gran imprecisión con que el Código utiliza a lo largo de su articulado las expresiones «menor» y «emancipado». Pero, sobre todo y en segundo lugar, porque, a mi juicio, en esta materia, al igual que en toda la relati-

¹⁷ No obstante, aunque las cosas en el plano teórico sean como han quedado expuestas, en la práctica, comparto la opinión expresada por SALANOVA VILLANUEVA, M.: «Aproximación al derecho de visita». *Act. Civ.*, 1995-2, p. 495, en nota al pie número 35, quien afirma que las condiciones de madurez del nieto (*v.gr.* un niño de 9 años que quiera relacionarse con sus abuelos) son en muchos casos un obstáculo insalvable, amén de que en la casi totalidad de los supuestos el menor en cuestión desconocerá la existencia de un precepto en el Código Civil que le brinda la posibilidad de relacionarse con aquellos a los que ama.

¹⁸ Adoptan también esta línea de pensamiento, propugnando una interpretación extensiva del artículo 160 párr. 2.º CC a los casos de las personas sometidas a tutela, GARCÍA CANTERO, G.: «Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003». Cívitas, Madrid, 2004, p. 139; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «El derecho de visita. Ensayo...», *op. cit.*, p. 200 y «El derecho de...», *op. cit.*, p. 18; RIVERA ÁLVAREZ, J. M.: «El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad: artículo 160.2.º y 3.º párrafos del Código Civil». *RDP*, septiembre, 2000, p. 650; DÍAZ ALABART, S.: «El derecho de...», *op. cit.*, p. 363; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: «Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del Derecho Civil». *Act. Civ.*, 2002-1, p. 40.

va a los emancipados, debemos acudir a lo dispuesto en el precepto relativo a la capacidad de obrar de estos sujetos. Así el artículo 323 CC dispone que el menor emancipado, salvo para realizar determinados actos, regirá su persona como si fuera mayor de edad y, por lo tanto, como tal debemos tratarle también en este caso, reconociéndole lógicamente ya el derecho a relacionarse con quien desee. Así, cuando los nietos sean mayores de edad o se emancipen, nada podrá imponérseles en este punto, ni siquiera aunque sea en su beneficio¹⁹.

En cuanto a los abuelos, como titulares de este derecho, evidentemente la expresión cobija en su seno tanto a los abuelos maternos, como a los paternos²⁰, sean matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos e, incluso, en ocasiones, biológicos respecto de nietos adoptados por terceros. Siendo indiferente a estos efectos que ellos mismos estén o no casados, separados, divorciados²¹, o que su matrimonio haya sido declarado nulo.

5. *Modificación del régimen de relaciones personales fijado*

Con base, fundamentalmente, en el interés del nieto, si cambian las circunstancias que originaron el nacimiento del derecho a las relaciones familiares, podrá hacerse lo propio también con el contenido inicialmente previsto para el mismo, por los sujetos implicados o por el juez. Esta modificación puede ser de dos tipos: para ampliar el régimen de relaciones o para restringirlo, en el sentido de que puede suponer la concesión de un régimen de relaciones personales mayor al inicialmente previsto, o menor.

Las circunstancias cuya variación origina la modificación del derecho, pueden ser de muy diversa índole. Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse la mejora o el empeoramiento de las relaciones entre abuelos y nieto; el aumento de la edad del nieto; o el incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de relaciones personales (*v.gr.* incumplimiento de los horarios, inmiscuirse en las facultades de los progenitores, dejar a los nietos a cargo de terceros en el periodo fijado para las visitas, etc.).

¹⁹ En contra, GARCÍA CANTERO, G.: «Las relaciones familiares...», *op. cit.*, p. 138, quien, partiendo de la literalidad de los preceptos del Código Civil relativos a las relaciones personales entre abuelos y nietos, que utilizan la expresión «menor» y «menor de edad», afirma que dicha normativa es aplicable incluso a los emancipados.

²⁰ STS, sala 1.ª, de 20 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8462).

²¹ SAP de Baleares de 26 de abril de 2002 (JUR 2002\1325).

6. La «justa causa» que permite negar las relaciones personales entre abuelos y nietos

El artículo 160 párr. 2.º CC se limita a prescribir la imposibilidad de negar las relaciones personales entre nietos y abuelos, salvo que concurra lo que denomina *una justa causa*, sin señalar qué supuestos o qué circunstancias pueden ser constitutivos de aquella.

Entiendo que, como en todo lo relacionado con esta materia, para determinar qué causas pueden originar la emisión de una negativa a la solicitud de relaciones personales entre abuelos y nietos, o bien una suspensión del derecho ya reconocido, habremos de atender esencialmente al interés del nieto, evitando aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo. Del tenor del artículo 160 párr. 2.º CC se deduce inequívocamente que el legislador parte de la presunción *iuris tantum* de que las relaciones personales entre abuelos y nietos favorecen el interés del nieto, ya que, en principio, son una fuente de afecto hacia él y también de transmisión de valores y conocimientos. De ello se infiere que será el que pretenda negar tal presunción —habitualmente los padres o tutor del nieto—, el que deberá destruirla probando la existencia de una justa causa en la que apoyar la denegación o suspensión de aquellas relaciones²².

Podemos considerar como justas causas que legitimen la denegación o la suspensión del derecho que estudiamos:

1. Los malos tratos físicos o psíquicos infligidos al nieto por los abuelos, o a la inversa.
2. Sufrimiento por el niño del denominado síndrome de alienación parental, atribuible a los abuelos²³. En este sentido la STS, sala 1.ª, de 27 de julio de 2009²⁴ afirma que debe suspenderse o limitarse el derecho de visita de los abuelos cuando se advierta en

²² En este mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las medidas que conducen a romper el vínculo de un menor con sus abuelos, solo pueden ser aplicadas en circunstancias excepcionales (caso Zhou contra Italia, de 21 de enero de 2014, o Clemeno contra Italia, de 21 de octubre de 2008). Y más concretamente, en el caso Bronda contra Italia, de 9 de junio de 1998, señala que «El Tribunal recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar y que las medidas internas que se lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8. Ocurre lo mismo cuando se trata, como en este caso, de relaciones entre un niño que ha vivido con sus abuelos y estos».

²³ SAP de Murcia de 15 de marzo de 2007 (JUR 2007\264497).

²⁴ STS, sala 1.ª, de 27 de julio de 2009 (RJ 2009\4577).

estos una influencia sobre el nieto intentando la animadversión hacia la figura paterna.

3. El deliberado ánimo permanente de los abuelos de influir en aspectos que forman parte del ámbito propio de la patria potestad de sus progenitores en virtud del artículo 154 CC. Por ejemplo, la intención de los abuelos de cercenar la libertad de creencias de los menores de edad. Así, sería causa para denegar o suspender el derecho la pertenencia de los abuelos a alguna religión o secta cuyos postulados sean contrarios a la educación que los progenitores pretenden dar a sus hijos.
4. Las malas relaciones existentes entre los abuelos, u otros familiares que convivan con ellos, y los progenitores del nieto. En este punto encontramos pronunciamientos opuestos por parte de nuestros Tribunales, entendiéndose en algunas Sentencias —ciertamente las menos—²⁵ que las tensiones existentes entre abuelos y progenitores del nieto constituyen una justa causa para negar el derecho a las relaciones personales, mientras que otras afirman que este motivo no es suficiente para denegar la concesión del derecho aludido²⁶.
5. Las malas relaciones existentes entre nieto y abuelos.
6. Las situaciones de drogodependencia o alcoholismo de los abuelos, o de las personas de su entorno²⁷. Entiendo que se denegará o suspenderá la posibilidad de ejercitar el derecho a las relaciones personales acudiendo el nieto al domicilio de los abuelos, pero no hay razón que justifique, sin más, la negativa a las visitas de los ascendientes al domicilio del nieto, o haciendo uso de un punto de encuentro familiar, y mucho menos, el derecho de comunicación —por las vías ya expuestas: carta, teléfono, video-conferencia,

²⁵ STS, sala 1.ª, de 18 de marzo de 2015 (RJ 2015\1152), SAP de Burgos de 19 de diciembre de 2013 (JUR 2014\47074), SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2009 (AC 2009\2093), SAP de Salamanca de 14 noviembre 2008 (JUR 2009\213579), SAP de Sevilla de 12 de marzo de 2004 (JUR 2004\127090).

²⁶ Las SSTS, sala 1.ª, de 24 de mayo de 2013 (RJ 2013\3393), 20 de octubre de 2011 (RJ 2011\6843), 27 de julio de 2009 (RJ 2009\4577) y 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6722); la SAP de La Rioja de 16 de enero de 2015 (AC 2015\375), la SAP de La Rioja de 29 de noviembre de 2013 (JUR 2014\26333), STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2014 (RJ 2014\3560), SAP de Murcia de 21 de marzo de 2014 (JUR 2014\110470), SAP de Córdoba de 7 de mayo de 2014 (JUR 2014\191814), o la Sentencia de 5 de junio de 2008 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 6 de Rubí, Barcelona (JUR 2008\334847).

²⁷ SAP de La Rioja de 16 de junio de 2005 (JUR 2005\168577).

e-mail—, sino que deberán analizarse las circunstancias concurrentes en cada caso. (Piénsese en lo injustificado de negar completamente las relaciones abuelos-nietos, por el hecho de que con los abuelos conviva un hijo suyo —tío de los niños— drogodependiente o alcohólico).

7. El padecimiento de una enfermedad infecciosa que pueda transmitirse al nieto por los abuelos, o por las personas de su entorno. Considero que, salvo que se trate de una enfermedad de carácter permanente, esta situación dará lugar solo a una suspensión temporal —mientras dure la enfermedad— y simplemente de una parte del contenido del derecho a las relaciones personales, el derecho de visita al nieto, pero podrá seguir ejerciéndose el derecho de comunicación (obviamente si la enfermedad así se lo permite a los abuelos).
8. El sufrimiento de una enfermedad mental por los abuelos. De nuevo debo señalar aquí que entiendo que, salvo que se trate de una enfermedad de carácter permanente, esta situación dará lugar solo a una suspensión temporal —mientras dicha enfermedad dure—²⁸.
9. El padecimiento por el nieto de una enfermedad o deficiencia que requiera un cuidado especial, para el que los abuelos no tienen conocimientos suficientes.
10. El peligro de que el contacto con los abuelos impida la recuperación psicológica del nieto²⁹. Así acontece en el supuesto

²⁸ Así lo entienden también la SAP de Cuenca de 16 de febrero de 2004 (JUR 2004\85371), o la SAP de Cantabria de 2 de julio de 2013 (JUR 2013\353631).

²⁹ Ésta era precisamente la razón aducida por la SAP de Sevilla de 11 de marzo de 2003 (JUR 2003\193717) para negar el derecho de una abuela paterna a relacionarse con sus nietos, los cuales habían sido física y psíquicamente maltratados por sus progenitores —drogodependientes—, siendo sometidos a innumerables peligros y encontrándose en una situación de desamparo que originó el que fueran dados en acogimiento a otra familia. A pesar de las innumerables evidencias existentes, la abuela paterna siempre negó los malos tratos y defendió a ultranza a su hijo, que era precisamente el que daba un trato más violento a los niños y al que estos más miedo tenían. Por ello entiende el Tribunal que «la posible influencia de la abuela paterna sobre los menores sería perniciosa para su recuperación psicológica y social».

En esta justa causa se basa también la SAP de Murcia de 8 de julio de 2010 (JUR 2010\296780) para negar las relaciones entre unos abuelos y sus nietas, de 1 y 3 años. La madre de las niñas murió presuntamente asesinada por el marido y padre de las niñas, del que se estaba separando, presenciando una de las menores el crimen. El padre se encontraba desde entonces en prisión y la custodia de las niñas fue otor-

enjuiciado en la STS, sala 1.ª, de 20 de febrero de 2015³⁰, en la que se niegan las relaciones de unos niños con sus abuelos paternos, dado que el padre de aquellos se encuentra inmerso en un proceso penal por presuntos abusos sexuales a sus hijos y se considera que la relación con los abuelos podría perjudicar su recuperación psicológica al recordarles a su progenitor.

11. El riesgo, probado, de que el nieto pueda ser sustraído por los abuelos. Entiendo que en este supuesto, probado el peligro de sustracción existente, lo que deberá denegarse o suspenderse es una parte del contenido del derecho a las relaciones personales, concretamente del derecho de visita, pero no veo que el motivo expuesto sea, *per se*, causa suficiente para negar el derecho a la comunicación.
12. El incumplimiento grave y reiterado por parte de los abuelos de los términos establecidos para el ejercicio del derecho a las relaciones personales (*v.gr.* falta de respeto a los horarios; que los abuelos dejen al nieto a cargo de terceros en el periodo fijado para las visitas).

Terminada la exposición de los supuestos que permiten denegar o suspender el derecho que analizamos, debo señalar que, en cambio, no pueden considerarse como justas causas para denegar o suspender el derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos:

1. La negativa del nieto a relacionarse con sus abuelos. El nieto debe ser oído en el proceso, pero eso no significa que el juez tenga que dictar una resolución acorde con los deseos que aquel le manifieste. El órgano judicial valorará todas las circunstancias concurrentes, incluida, claro está, la manifestación que haya hecho el nieto, y adoptará la decisión que considere más adecuada para los intereses de este.

gada a los abuelos maternos. Los abuelos paternos solicitaron un régimen de visitas con sus nietas, pero la Audiencia denegó esta pretensión afirmando que la situación dramática en que se vio inmersa la familia hacía necesario un trabajo terapéutico paulatino previo al establecimiento de esas visitas, ya que se había constatado que cuando las niñas veían a los abuelos paternos sufrían episodios de pánico y miedo durante días al salir a la calle.

³⁰ STS, sala 1.ª, de 20 de febrero de 2015 (RJ 2015\583). Y en sentido similar se pronuncia la STS, sala 1.ª, de 28 de marzo de 2015 (RJ 2015\1152).

2. La simple negativa de los progenitores a que se produzcan las relaciones personales entre el nieto y los abuelos.
3. El riesgo de que el nieto pueda tener contacto con su progenitor al relacionarse con sus abuelos, cuando existe una resolución judicial que restrinja o suspenda las relaciones del hijo con aquel³¹. En estos casos el juez, si ha tenido conocimiento del hecho, ponderará estas circunstancias y habrá adoptado las medidas pertinentes (*v.gr.* que el régimen de visitas se lleve a cabo en el domicilio del nieto, o en un punto de encuentro familiar); en caso contrario, podrá acudir en cualquier momento al órgano judicial para comunicarle la situación y que proceda a dictar las medidas oportunas.
4. El ingreso en prisión de alguno de los abuelos. Entiendo que en este supuesto habrá que analizar cuál es la causa que ha originado el ingreso en prisión del abuelo, y si se determina que puede perjudicar los intereses del menor, podrá suspenderse el derecho a las relaciones con su nieto. En cualquier caso, lo que sí que creo que debe originar es una modificación del régimen inicialmente establecido, y reducirlo solo al derecho de comunicación, ya que el hecho de que el nieto acuda a prisión a visitar a su abuelo, en principio, podría afectarle psicológicamente.
5. Los malos tratos infligidos por los abuelos al progenitor del nieto³².
6. La falta de relación anterior entre abuelos y nieto³³.
7. La tendencia sexual de los abuelos.
8. El divorcio o el nuevo matrimonio, o unión de hecho, de los abuelos.

³¹ SAP de Barcelona de 18 de marzo de 2002 (JUR 2002\151510).

³² SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 2000 (BD Act. Civ. 2001\258613).

No obstante, en la SAP de La Rioja de 16 de junio de 2005 (JUR 2005\168577) se niega la posibilidad de un abuelo de relacionarse con su nieto, no solo por el alcoholismo que padece sino también porque el abuelo había sido condenado en varias ocasiones por una falta y un delito de lesiones contra su propia hija, constatándose además que la dinámica del maltrato en esa familia estaba perpetuada en el tiempo y era cada vez más frecuente y más grave. Y lo mismo acontece en la SAP Cádiz de 14 octubre, 2013 (JUR 2013\374117), que afirma que no cabe la comunicación entre abuela y nietos cuando hay un turbulento pasado de malos tratos y situaciones de abandono y violencia familiar, llevadas a cabo por quien insta las visitas cuando tenía la custodia de sus tres hijos.

³³ AAP Palma de Mallorca de 12 de diciembre de 2001 (BD Act. Civ. a 130/2002).

7. Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales

Si unos abuelos se niegan injustificadamente a relacionarse con su nieto, o si son los progenitores del menor los que obstaculizan de modo injustificado las relaciones del niño con sus abuelos, no hay establecida ninguna sanción específica y concreta por el Código³⁴. Obviamente, es posible aplicar aquí criterios de carácter general y afirmar que si el régimen ha sido previamente impuesto en una resolución judicial, podrán imponérsele al infractor multas pecuniarias, condenándole por desobediencia³⁵. Incluso, podría imponérseles penas privativas de libertad, como sucedió en septiembre de 2012, cuando el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Oviedo, condenó a 6 meses de prisión, por la comisión de un delito de desobediencia, a unos padres que incumplían de forma reiterada el régimen de relaciones personales de su hijo de cinco años y medio con sus abuelos paternos, ya que manifestaban que preferían abonar las multas pecuniarias que les habían sido impuestas varias veces judicialmente por esta cuestión, a entregar el niño a los abuelos.

Ahora bien, podríamos avanzar un paso más y preguntarnos si en el caso en el que esa negativa injustificada a que se produzcan las relaciones personales entre abuelos y nietos haya causado daños morales al menor o a los abuelos, se podría solicitar una compensación de los mismos *ex* artículo 1902 CC³⁶. A este respecto, debo mostrarme partidaria de la aplicación de la normativa de la responsabilidad aquiliana a estos supuestos y consecuentemente, reconocer la posibilidad de solicitar una indemnización por los daños morales que se hayan podido causar a los abuelos o a los nietos, en caso de que su derecho a relacionarse haya sido vulnerado.

³⁴ Sobre la forma de adoptar diferentes medidas frente al incumplimiento *vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La protección del Derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión constitucional». *RDPYC*, n.º 20, enero-diciembre 2006, pp. 363 y ss.

³⁵ Así acontece, *v.gr.* en la SAP de Islas Baleares de 20 de julio de 2010 (JUR 2011\19398)

³⁶ Sobre esta cuestión puede verse también COLÁS ESCANDÓN, A. M., «Nuevos daños indemnizables: las relaciones de familia». *Derecho de Daños*. SEPIN, Madrid, 2011, pp. 313 a 378; y COLÁS ESCANDÓN, A. M., «Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales». *Revista Aranzadi Civil*. 2011, octubre, n.º 6, pp. 111 a 142.

Lo primero que he de afirmar para fundamentar la tesis que aquí suscribo es que el hecho de que la ley no haya previsto expresamente este supuesto en el artículo 160 párr. 2.º CC, no nos puede hacer excluirlo, porque lo cierto es que tampoco lo prohíbe. Es más, el artículo 1902 CC está redactado en términos generales; es un precepto con una redacción abierta, que no prescribe su aplicación a ningún supuesto en concreto y no contiene tampoco ninguna excepción que excluya su aplicación a los daños causados en el seno de una familia. Frente a lo que sostienen los detractores de la tesis que suscribo, en el momento actual, bajo el concepto de familia vigente en el que sus miembros se encuentran en plano de igualdad, no veo razón alguna para seguir manteniendo la vigencia de un principio de inmunidad entre ellos.

Tampoco creo que pueda fundamentarse la tesis contraria a la que aquí adopto, en la afirmación de que si admitimos la aplicación de la normativa de la responsabilidad civil en estos supuestos, se colapsaría la actuación de los Tribunales con demandas de este tipo. Lo cierto es que no podemos predecir de antemano qué van a hacer las personas afectadas ante la infracción del derecho que les reconoce el artículo 160 CC y, además, no podemos pasar por alto el hecho de que también se interponen multitud de demandas por cuestiones nimias o carentes de toda lógica o fundamento, sobre todo en materia de obligaciones, o de pretendida lesión del derecho al honor o a la intimidad, y no por ello se priva a los sujetos del derecho a solicitar su protección ante los Tribunales.

En cualquier caso, para poder aplicar a este supuesto la normativa de la responsabilidad civil, será requisito *sine qua non* la concurrencia de los presupuestos generales exigidos por el artículo 1902 CC para que proceda la reparación del daño causado (acción u omisión, antijurídica, que causa con dolo o negligencia un daño, que ha poder probarse, existiendo una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido).

Por último, quiero indicar que, de *lege ferenda*, propongo que se incluya la negativa a que se produzcan las relaciones personales entre abuelos y nietos, como una de las causas que posibilitan la negativa a prestar alimentos y hacen a una persona incapaz de suceder por indignidad. Pensemos en unos abuelos que no han querido relacionarse con sus nietos y que se encuentran en un futuro en una situación de necesidad y el único pariente que tienen con medios para prestarles alimentos es su nieto; o imaginemos un niño que fallece en un accidente junto con sus padres, sin testamento y sin descendientes, siendo entonces herederos *ab intestato* sus abuelos, los cuales nunca han querido verle ni man-

tener ningún contacto con él. En estos supuestos, el Código no recoge la causa que analizamos como alguna de las que legitiman la negativa a prestar alimentos o hacen al heredero indigno para suceder, con la injusticia que a mi modo de ver ello genera, dado que el comportamiento de esos abuelos muestra una clara falta de afecto y preocupación por sus nietos.

IV. EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS

1. *Alcance del derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos*

El artículo 160 párr. 2.º CC proclama el derecho de los abuelos y los nietos a mantener *relaciones personales*, sin especificar en qué pueden consistir estas. Nos encontramos ante un concepto legislativamente indeterminado en cuyo seno puede acogerse un amplio abanico de situaciones —que deberá determinar el juez en cada supuesto, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso concreto—:

1. Derecho de visita y, en su caso, estancia. La visita puede producirse en el domicilio del nieto, pero también en el domicilio de los abuelos. E, incluso, puede desarrollarse en otro lugar diferente al domicilio de los directamente implicados, cuando las circunstancias del caso concreto así lo requiera (*v.gr.* porque existan unas malas relaciones entre los abuelos y el progenitor o los progenitores del nieto). Precisamente con este fin puede hacerse uso de los puntos de encuentro familiar, en los que, además, hay una serie de profesionales (psicólogos, abogados, educadores) que orientan y asesoran a los implicados. (Esta opción me parece mucho más acorde con la defensa de los intereses de los nietos, que la adoptada en la SAP de Asturias de 28 de enero de 2002³⁷ que dispone que la recogida y entrega del nieto se haga en el Cuartel de la Guardia Civil. A mi juicio, esta solución puede perjudicar psicológicamente al niño). De hecho, en los pronunciamientos más recientes, ya es frecuente ver cómo los jueces adoptan esta medida, tal y como acontece por ejemplo en la SAP

³⁷ SAP de Asturias de 28 de enero de 2002 (JUR 2002\74482).

de Valencia de 14 septiembre 2009³⁸, o en la SAP de Zaragoza de 6 de febrero de 2013³⁹.

Hay que precisar que, en sentido jurídico, visitar a alguien puede tener un significado más amplio que el indicado, ya que no solo puede suponer «ir a ver» a los abuelos o al nieto, sino que también puede incluir la estancia, la pernocta del nieto en casa de los abuelos. Esta opción debe ser acordada por las partes implicadas o por el juez con más cautela, solo cuando las relaciones entre el nieto y los abuelos puedan ser calificadas como afectivas, cordiales y, obvia decirlo, siempre y cuando la edad del nieto no lo desaconseje (piénsese, *v.gr.*, en un bebé recién nacido, o en un niño de corta edad; es evidente que la pernocta en su propia casa es imprescindible)⁴⁰.

En lo atinente al tiempo que deben durar las visitas — se produzcan en el domicilio de los abuelos o en el del nieto, incluyan la pernocta o no —, no hay ninguna regla fija establecida al respecto; como en todas estas cuestiones, dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Simplemente hay que resaltar el hecho de que, en la práctica, los Tribunales en ocasiones disponen que el régimen de visitas establecido se amplíe progresivamente según la relación del nieto con los abuelos vaya siendo más afectiva, o cuando el nieto vaya alcanzando más edad⁴¹. Así, a mi juicio, si el supuesto concreto lo requiere, puede comenzarse con visitas por unas horas en puntos de encuentro familiar y avanzar hasta llegar a la posibilidad de visitar al nieto durante varios días e incluso a la pernocta del nieto en el domicilio de los abuelos, durante una noche o varias.

2. Derecho de comunicación. Se reconoce el derecho de los abuelos y los nietos a conversar directa y personalmente por teléfono, o incluso por medio de una video-conferencia; y también a intercambiarse correspondencia escrita, por la vía postal ordinaria o, atendiendo a los medios técnicos actuales, vía fax, e-mail, etc.

En cuanto a la frecuencia de la correspondencia o de las llamadas, así como al horario de estas últimas, si los sujetos implicados no han

³⁸ SAP de Valencia, de 14 septiembre de 2009 (JUR 2010\72630).

³⁹ SAP de Zaragoza, de 6 de febrero de 2013 (JUR 2013\111725).

⁴⁰ STS, sala 1.ª, de 28 de junio de 2004 (RJ 2004\4321).

⁴¹ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la SAP de Barcelona de 13 de octubre de 2009 (JUR 2010\46661).

adoptado ningún acuerdo al respecto, deberá ejercitarse con respeto a las reglas de la buena fe, que en este caso implican que no puede saturarse la vida del nieto con continuas llamadas o cartas, ni tampoco puede pretenderse la comunicación con él a horas intempestivas, ya que ello podría conllevar un claro abuso de derecho. (Debo señalar que lo cierto es que, en la actualidad, en muchas de las resoluciones judiciales que fijan un régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos, ya se está estableciendo, *v.gr.*, el horario en el que se pueden producir los contactos telefónicos).

Hasta aquí lo atinente a los derechos que se pueden entender comprendidos en el alcance del régimen de relaciones personales mencionado en el artículo 160 CC. Pero los abuelos, en el ejercicio del derecho a relacionarse con sus nietos, no solo tienen derechos, sino que también asumen una serie de obligaciones, siendo las más relevantes, la de perseguir siempre el interés del nieto; la de recoger y entregar al nieto en el lugar y momento establecido —por las partes o por el juez—; la de ejercitar el derecho a comunicarse con su nieto sólo cuándo y cómo se haya fijado por las partes, o por el juez; o la de cuidar al nieto mientras se desarrollan las visitas o estancias sin presencia de los progenitores de aquel, entendiendo el término «cuidar» en un sentido amplio, comprensivo del deber de proporcionarle sustento, de vigilar su salud física y psíquica y de ofrecerle un trato cálido y afectuoso.

2. Primacía del interés del nieto menor de edad a la hora de fijar la extensión concreta del régimen de relaciones personales con sus abuelos

Como ya se ha puesto de manifiesto con lo expuesto hasta aquí, hoy en día es una cuestión indubitada el hecho de que cualquier decisión, judicial o extrajudicial, que se adopte en la materia que analizamos debe de estar presidida por el principio de protección del interés del nieto (menor o incapacitado) —*tout pour l'enfant*—⁴². Habitual-

⁴² LINACERO DE LA FUENTE, M.: «La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero». *Act. Civ.*, 1999-4, pp. 1343 y ss., y ALONSO PÉREZ, M.: «La situación jurídica 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», *Act. Civ.*, n.º 2, enero, 1997, pp. 20 y ss., realizan un análisis de la evolución, a lo largo de los tiempos, de este principio de protección del interés superior del niño. Así, comienzan indicando que el derecho era absolutamente negado e ignorado en Grecia, en Roma, en la Edad

mente la doctrina y la jurisprudencia se refieren en este punto al interés del menor, pero considero que se debe precisar que aunque en lo sucesivo utilice esta terminología, se estará aludiendo también a la protección prevalente del interés del nieto mayor de edad pero incapacitado. Si de lo que se trata es de proteger a los menores dado que, como afirma Camps⁴³, la infancia es una etapa en el desarrollo del ser humano caracterizada por una gran vulnerabilidad e indefensión y al mismo tiempo resulta ser un periodo esencial para el desarrollo tanto físico como intelectual o emocional del individuo —de ahí que se requiera una atención privilegiada a las particulares necesidades del niño—, entiendo que este mismo fundamento es aplicable a los nietos mayores de edad pero incapacitados, ya que se encuentran en una situación de indefensión similar a la que se produciría si fueran menores de edad, al no poder tomar por sí mismos decisiones tales como con quién relacionarse o no.

La defensa prioritaria de los intereses del niño encontró una de sus primeras plasmaciones en el Derecho positivo en el artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 10 de octubre de 1979) y en la Declaración de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1959, y más concretamente en su Principio 2.º. Pero sin duda, uno de los pasos más importantes en el reconocimiento nacional e internacional de la defensa primordial del interés del menor se produjo, primero con la promulgación de la Constitución española de 1978, en cuyo artículo 39 se eleva a rango constitucional el principio de *favor filii* y, después, con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989⁴⁴, que propugna, además, el deber de los Estados de adoptar medidas para dar cumpli-

Media, en la Edad Moderna y hasta prácticamente los tiempos contemporáneos. En el Derecho español, será la Constitución de 1978 la que venga a reconocer el mencionado principio. No obstante, tengo que indicar que ya empezaba a atisbarse un intento de velar por los menores en otras normas internacionales, anteriores a la Constitución española —si bien algunas de ellas fueron ratificadas por España ya vigente la Carta Magna—, criterio que continuó una vez promulgada esta.

⁴³ CAMPS MIRABET, N.: «El principio del interés superior del niño y el protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados», *Los derechos del niño. Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los derechos del niño* (AA.VV.), Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, p. 253.

⁴⁴ Que el Estado español ratificó el 30 de noviembre de 1990.

miento efectivo a los derechos de los niños. Así, en el punto que aquí nos interesa, en los artículos 5, 8, 9, 18, 20 o 21 de la Convención expresamente se señala la obligación de defender el interés superior del niño, frente a cualquier otro interés presente, al adoptar cualquier tipo de decisión sobre separación del niño de sus padres, responsabilidad de los padres en la crianza y desarrollo del niño, o en materia de adopción, estableciéndose además el deber de los Estados de respetar el papel de los miembros de la familia ampliada y de tener en cuenta el derecho del niño a las relaciones familiares.

En el año 1992, UNICEF emitió un informe sobre la situación de los niños en el mundo, en el cual se efectuaba la propuesta de que el interés superior del niño («*los niños primero*») fuera elevado a la categoría de principio integrado en la ética del nuevo orden mundial. Y en este sentido podemos afirmar que el interés del menor se ha convertido en un Principio General del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁵, interpretación esta que parece ser también la adoptada por la mencionada Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, tal y como expondré a continuación.

2.a) *Significado del «interés del menor».* *Criterios para su determinación*

Hasta aquí el reconocimiento positivo de ese principio que nos obliga a perseguir el denominado *favor filii* o *favor minoris*. Pero el problema surge realmente a la hora de determinar qué debemos entender por «interés del menor», ya que podemos ofrecer diversas tesis en respuesta a esta cuestión⁴⁶:

⁴⁵ En esta misma línea, LETE ACHIRICA, J.: «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de los cónyuges separados o divorciados. (Comentario a la STS 29 de marzo de 2001)». *Act. Civ.*, 2001-3, p. 1188; o TORRES PEREA, J. M.: «El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos». *Diario La Ley* (www.laley.net), año XXI, n.º 5296, 26 de abril de 2001 (doctrina), p. 13, en nota a pie n.º 4.

⁴⁶ FERRER RIBA, J.: «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña». *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm 7, septiembre-diciembre, 1995, p. 54, pone de manifiesto como la determinación de en qué consiste el interés del menor es un tema muy espinoso, que constituye la piedra de toque de la idea misma de «los derechos del menor».

1. Identificar el interés del menor con sus propios gustos, deseos o preferencias⁴⁷.
2. Entender que el interés del menor está en función de su edad y personalidad, de modo que un niño de corta edad necesita mayor estabilidad emocional, mientras que un adolescente precisa de más libertad⁴⁸.
3. Afirmar que el interés del menor concierne a su perfecta educación impuesta por quienes dirigen su vida, sin necesidad de tomar en consideración su voluntad, al entenderse que estará poco formada.
4. Distinguir entre el interés moral y el interés material del menor. El primero vendría dado por una completa y eficiente formación espiritual, psicológica y educativa, teniendo en cuenta la edad del niño ya que, en la primera infancia, necesita de un particular cuidado y afectividad constante. Por el contrario, el interés material se pondría de manifiesto por la posición económica del sujeto al que se le atribuye la guarda y custodia del menor. En principio, el interés moral debe prevalecer sobre el material, pero lo ideal sería conciliar ambos⁴⁹.

A mi modo de ver, ninguna de esas tesis considerada de modo aislado es satisfactoria para determinar en qué consiste el interés de un menor, ya que este habrá de ser fijado con referencia a cada menor en concreto, al encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado, que es imposible precisar *a priori*, para cualquier hipótesis que se pudiera plantear. Así, en la práctica, será el juez el que deberá alejarse de principios o criterios generales y atender a las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar en qué consiste el interés que ha de prote-

⁴⁷ Como señala RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 98 y 99, esta tesis no es aceptable ya que el interés del menor no consiste en acceder a cuanto pida, ni en atender, en todo caso, a su opinión y sentimientos, puesto que es necesario fijarse en su edad, madurez, criterio independiente y el carácter objetivamente valioso y razonable de su opinión.

⁴⁸ Así se señala en la SAP de Almería de 31 de mayo de 2003 (JUR 2003\152845): «[...] prima sobre otros el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula a los Órganos Jurisdiccionales, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, como reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto».

⁴⁹ ZANON MASDEU, L.: *La guarda y custodia de los hijos*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 41.

ger⁵⁰. Y, específicamente, en la adopción de acuerdos o medidas judiciales en materia de relaciones personales entre abuelos y nietos, deberá presidir, de modo omnipresente, el interés de cada nieto concreto⁵¹.

Tal y como señaló la STS, sala 1.ª, de 13 de febrero de 2015⁵², el interés del menor en abstracto no es suficiente; al apelar al interés superior del menor, aludimos a «un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso».

Siendo ya indubitado que debe perseguirse siempre la protección del interés de cada nieto en concreto, para lograr tal finalidad, el juez cuenta con diferentes medios a su alcance⁵³:

⁵⁰ Tal y como indica GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, se requiere una valoración y una ponderación de las circunstancias concretas que, en cada caso, deberá realizar el juez, utilizando distintos criterios de integración que le permitan adoptar la decisión que mejor proteja el concreto interés de ese menor en particular.

En este mismo sentido, SANTANA PÁEZ, E., «El interés del menor: relaciones con abuelos, parientes y allegados». *Revista Derecho de Familia*, 1 de febrero de 2014 (digital), afirma que en materia de relaciones personales, es el beneficio de los menores el que debe valorarse en cada caso, no un beneficio genérico y difuso, sino que debe materializarse y determinarse a través de una valoración judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose, por ello, al juzgador, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor.

Y así lo sostiene también RAVETLLAT BALLESTER, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término». *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n.º 2 · 2012, pp. 92 y 93.

⁵¹ Como señala Díez PICAZO, L.: «El principio de protección integral de los hijos (“tout pour l’enfant”)». *La tutela de los derecho del menor* (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, coord. González Porras), Junta de Andalucía, Córdoba, 1984, p. 130, la preeminencia del interés del menor supone que en caso de colisión entre el derecho de este y el de otras personas prevalezca el del menor.

⁵² STS, sala 1.ª, de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015\681).

⁵³ Así lo señalan también la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de 2015, sobre modificación el sistema de protección a la infancia y la adolescencia, o autores como GARCÍA VARELA, R.: «Régimen de comunicación entre parientes y allegados». *Revista Jurídica Española La Ley*, 1997-3, p. 1884; o GARCÍA PASTOR, M.: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*. McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 245.

Por su parte, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., «Los límites del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos». *La Ley Derecho de Familia*, n.º 7, tercer

- la exploración personal (la audiencia) del nieto. El interés del menor exige haber oído al niño y conocer su estado, sus inquietudes y sus anhelos⁵⁴. Para ello es importante la exploración del menor, el respeto a su derecho a ser informado y escuchado, y a mi juicio, a hacerle partícipe en esa exploración, pero dejándole siempre claro que lo importante es conocer su opinión, sin que en ningún caso, la decisión final le corresponda tomarla a él, sino al juez⁵⁵;
- informes periciales de especialistas, fundamentalmente psiquiatras, psicólogos y pedagogos, aplicando a este supuesto la posibilidad prevista en el artículo 92 párr. 5.º CC⁵⁶;
- cualquiera de los medios de prueba previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

trimestre 2015 (digital) afirma que la adopción de un régimen más o menos amplio de visitas o relaciones es una decisión que corresponde al juez en atención a las circunstancias particulares de cada caso: la propia situación personal, afectiva, emocional y psicológica del menor; la situación de las personas con quienes se pretende establecer las relaciones; los informes de los profesionales implicados; los antecedentes existentes sobre las relaciones previas entre los interesados; las relaciones personales con los progenitores —que influirán, aunque la jurisprudencia haya señalado que no constituyen un elemento decisivo para su admisión o denegación—; la adecuación de las relaciones con las medidas relativas a la patria potestad y la custodia, en su caso; y, en fin, todos aquellos factores que puedan resultar determinantes para la resolución.

⁵⁴ Así lo ha indicado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo en el caso *Bronda contra Italia*, de 9 de junio de 1998 —en un supuesto en el que una menor dada en adopción a una familia, no quería seguir manteniendo contacto con sus abuelos biológicos— señala que «teniendo en cuenta que hay que procurar un equilibrio justo entre el interés de S. a permanecer estable y el de su familia natural a vivir con ella, el Tribunal concede una particular importancia al interés superior de la niña que, hoy con catorce años, ha manifestado siempre firmemente su voluntad de no dejar a la familia de acogida. En consecuencia, el interés de S. supera al de sus abuelos».

⁵⁵ Respecto de esta cuestión, es importante tener en cuenta que la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica el artículo 9 LOPJM y, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos: *SN contra Suecia*, de 2 de octubre de 2002; *Magnusson contra Suecia*, de 16 de diciembre de 2003 y *Bellerín contra España*, de 4 de noviembre de 2003), establece el derecho de audiencia de los menores con suficiente «*madurez*» (eliminando así el término «*juicio*»), afirmando que los menores con 12 años cumplidos gozan ya de aquella.

⁵⁶ Señala GARCÍA PASTOR, M.: «La situación jurídica...», *op. cit.*, p. 130, que los Juzgados de Familia disponen en la actualidad de equipos de especialistas adscritos a los mismos, habitualmente formados por psicólogos y asistentes sociales y será a ellos a los que corresponderá la realización de los dictámenes a que se refiere el artículo 92 párr. 5.º CC, salvo que exista recusación de las personas que lo forman.

Para concretar ese interés específico del menor, puede resultar de enorme utilidad aplicar los criterios contenidos en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia que, incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, define dicho interés desde un contenido triple⁵⁷. Afirmar que, por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

De acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, el órgano judicial tendrá en cuenta una serie de criterios generales, que deberá ponderar conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, así como los establecidos en la legislación específica aplicable. No obstante, los mencionados criterios legales no constituyen una lista cerrada, sino que el juez, en cada caso, podrá tomar en consideración todos aquellos otros que considere adecuados, atendiendo siempre a las circunstancias concretas del supuesto y, fundamentalmente, a la edad y madurez del menor, así como al irreversible efecto

⁵⁷ Respecto a la regulación que del interés del menor se hace en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y el Proyecto de Ley Ordinaria 121\000131, ambos de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, *vid.* DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Ley orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables, en base a su supremo interés». *Diario La Ley*, n.º 8590, secc. documento on line, de 24 de julio de 2015 (digital); GUINEA FERNÁNDEZ, D. F., «El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia». *La Ley, Derecho de Familia*, n.º 7, tercer trimestre de 2015 (digital); o MUÑOZ GARCÍA, C. «Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme». *Diario La Ley*, n.º 8342, Sección Tribuna, de 27 de junio de 2014 (digital).

que el transcurso del tiempo tiene en su desarrollo. Los criterios establecidos por la Ley son los siguientes:

- La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- El derecho del menor a ser oído y a participar en el proceso relativo a cuestiones que le afecten, de acuerdo con su edad, madurez, desarrollo y evolución personal. El juez valorará sus deseos, sentimientos y opiniones, pero no se encuentra vinculado por los mismos.
- La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, manteniendo sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor.
- La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, sexualidad o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.
- La especial vulnerabilidad del menor provocada por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada supuesto debe ser ponderado en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

Pues bien, partiendo de la necesidad de buscar la mejor defensa del interés del menor en cada supuesto concreto, a mi modo de ver, la falta de concreción legal de la extensión que deban tener las relaciones entre abuelos y nietos supone un gran acierto por parte del legislador, puesto que permitirá al órgano judicial que conozca del caso, atender a las circunstancias concretas de cada supuesto y al específico interés de ese menor. De este modo, habrá casos en los que el interés de ese menor —lo que sea más beneficioso para él— haga preciso que las relaciones tengan una extensión muy limitada (*v.gr.* solo produciéndose por vía telefónica, o alguna tarde a la semana o al mes), mientras que en otros casos, ese interés aconseje unas relaciones más extensas, que puedan incluir estancias durante temporadas del menor con sus abuelos⁵⁸.

El análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto que se le plantee, proporcionará al juez los elementos de juicio suficientes para tomar la decisión que mejor defienda los intereses de ese menor en

⁵⁸ Tal y como indica CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Abuelos, parientes y allegados». *Act. Civil*, n.º 19/20, Sección A Fondo, noviembre 2012, tomo 2 (digital), a la hora de fijar la extensión del régimen de relaciones personales de los menores con sus familiares se deben tener muy en cuenta las siguientes premisas:

- Cuál es el tiempo disponible del menor para llevar a cabo esas comunicaciones; sabiendo que hay que respetarles unos horarios de descanso, de estudio, asistencia al centro escolar, de ocio propio...
- Cuál es el horario disponible de cada progenitor. Para lo cual, es imprescindible que el juez tenga la máxima información veraz sobre sus horarios de trabajo, su disponibilidad, las condiciones de la vivienda o lugar donde va relacionarse con los menores, la relación con las nuevas parejas, lugar de residencia, etc., a fin de que la verdad formal se acerque lo máximo posible a la realidad material, y la decisión del juez sea más acertada.
- Cuál es la relación de cada progenitor con su respectiva familia extensa, pues en muchas ocasiones no es necesario judicializar estas cuestiones si el menor puede relacionarse abiertamente y con plena libertad con sus familiares y/o allegados en el tiempo que pasa conviviendo con cada progenitor.
- No se pueden equiparar los tiempos de estancias y convivencia de los menores con cada uno de sus progenitores, con el tiempo de visitas o estancias con los parientes o allegados.
- El día, la semana, los meses, el año, tienen una duración concreta y por tanto no se puede estirar como un chicle. El tiempo es limitado y por tanto esas comunicaciones se deben fijar teniendo presente esos condicionantes, y que las mismas no se fijan en función del derecho de los parientes o allegados a estar con el menor; sino en función del derecho del menor a estar con cada uno de ellos, el tiempo preciso; pues con ello se mejora y potencia su desarrollo personal e integral. Recordando que cuando hablamos de comunicaciones, estancias, visitas en relación a un menor, no es cuestión de cantidad sino de calidad.

concreto. El hecho de que el legislador haya utilizado este criterio de carácter abierto, tiene a mi modo de ver, como ya he indicado, la enorme ventaja de que el juez no se ve constreñido por criterios legales predeterminados de antemano, sino que puede analizar las circunstancias concurrentes de cada caso concreto. A mi juicio, y sin ánimo de exhaustividad, el juez debería en cada supuesto valorar, al menos, las siguientes circunstancias: el deseo del menor de relacionarse o no con sus abuelos; las relaciones previas del menor con los mismos; el tiempo del que dispone el niño para poder relacionarse con ellos; las actividades extraescolares que realiza; la existencia de un régimen de relaciones personales con uno de sus progenitores, o con ambos de forma alterna en los casos de custodia compartida, en los supuestos de crisis de pareja; el fallecimiento de alguno de los progenitores; la edad de los abuelos; el estado de salud físico y psíquico de los abuelos; los recursos económicos de estos; las condiciones de habitabilidad de su domicilio; los resultados de informes psicológicos realizados a los abuelos y al nieto; la distancia que exista entre el domicilio del nieto y el de los abuelos, etc. No obstante, no puedo obviar el hecho de que ello trae también aparejada la pérdida de seguridad jurídica, ya que al quedar la decisión al arbitrio de cada juzgador, podremos encontrarnos con casos similares en los que se hayan fijado regímenes de relaciones personales abuelos-nietos radicalmente diferentes⁵⁹.

Precisamente, esta es la cuestión más importante planteada en la STC de 8 de septiembre de 2014, mencionada al principio de este estudio. Recordemos que en este caso el Tribunal Constitucional considera que el establecimiento de un régimen de relaciones de dos menores con sus abuelos maternos —habiendo fallecido su madre— muy similar al que se otorgaría al progenitor no custodio, no ha sido suficientemente motivado por el órgano judicial de instancia, al basarse genéricamente en el interés del menor, pero sin concretar en qué consiste este en el supuesto enjuiciado.

Es cierto que los órganos judiciales de instancia no motivaron suficientemente la razón por la que otorgaron un régimen de visitas tan amplio a los abuelos, sino que simplemente se basaron de forma genérica en la afirmación de que dicho régimen era el que mejor protegía el interés del menor, sin concretar nada más y comparto así en este punto

⁵⁹ En el mismo sentido, *vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de...», *op. cit.*, pp. 28 y ss.; y VELA SÁNCHEZ, A. «El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo». *Diario La Ley* (digital), n.º 8162, 2013.

la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional. Tal y como he adelantado antes, a mi juicio, se deberían haber analizado detenidamente en la sentencia las circunstancias concretas de esos dos menores, como por ejemplo: el fallecimiento de su madre, las estrechas relaciones anteriores existentes con sus abuelos maternos —con los que incluso pernoctaban a menudo—, la edad de los niños, su deseo de seguir relacionándose con sus abuelos, los horarios de que disponen, etc.; e igualmente, las circunstancias de los propios abuelos: su edad, su estado de salud física y mental, su comportamiento con los menores, sus recursos económicos, las condiciones de su vivienda, etc., así como los informes psicológicos realizados a todos ellos, hasta llegar al convencimiento de que el régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado era el más beneficioso para los niños, el que mejor convenía a su desarrollo personal, plasmándolo así en la resolución judicial. Por ello, me parece acertada la concesión del recurso de amparo y entiendo que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del padre de los menores, que se ha visto afectado por una sentencia carente de la motivación necesaria —aspecto este que desarrollaré más detenidamente en el punto siguiente de este estudio—.

Ahora bien, sentada esta premisa, adentrándome en la cuestión relativa a la extensión que pueda otorgarse al régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos, entiendo que si las circunstancias del caso así lo aconsejan, y estudiado el caso concreto, el interés del menor no se viese perjudicado por el hecho de relacionarse con sus abuelos, nada impediría la fijación de un régimen de relaciones como el establecido en las sentencias objeto de este recurso. No conozco en profundidad las circunstancias concretas del caso enjuiciado, pero, teniendo en cuenta la edad de los menores y su deseo de seguir relacionándose con sus abuelos maternos, si resultase acreditado que antes del fallecimiento de la madre los niños tenían una estrecha relación con aquellos, que eran realmente los que se ocupaban de cuidarles cuando su madre estaba trabajando y pasaban con ellos gran parte del día, creo que fijar un régimen de relaciones amplio, como el que se estableció por los órganos judiciales de instancia, sería lo más adecuado para la mejor defensa de sus intereses⁶⁰.

⁶⁰ Otra cosa habría sido si la madre no hubiese fallecido y los padres gozaran de la custodia compartida de los menores, ya que, en estos casos, sí que entiendo que, salvo que las circunstancias del caso concreto aconsejen lo contrario, establecer un régimen excesivamente amplio de relaciones personales con los abuelos, podría perjudicar gravemente los intereses de los menores, ya que dadas las especiales características de la custodia compartida, que hace que se alternen entre los progenitores los periodos de ejercicio de la guarda y custodia, con los del régimen de relaciones perso-

A mi juicio no es acertada la afirmación realizada por el padre de los menores y por el Ministerio Fiscal, en el sentido de que un régimen de relaciones personales tan amplio como el fijado en este caso, implicaría una equiparación del derecho de los abuelos con los derechos derivados de la patria potestad de los progenitores. Nada más alejado de la realidad si tenemos en cuenta las características, la finalidad y el contenido que son predicables del derecho de los abuelos y los nietos a relacionarse y las diferencias entre ambas figuras —que expondré más adelante—.

La patria potestad incluye una serie de derechos y deberes de los padres, encaminados a la educación y al cuidado integral de sus hijos, mientras que el derecho a las relaciones personales entre nietos y abuelos, lo que persigue, en esencia, es simplemente favorecer el desarrollo personal y afectivo del menor, y en el ejercicio de este derecho los abuelos cuentan con un límite clarísimo, como es el hecho de que tienen vedada cualquier intromisión en aquellas cuestiones que sólo corresponden a los padres en el ejercicio de la patria potestad que la ley les otorga respecto de sus hijos menores de edad o incapacitados. De este modo, por mucho tiempo que los abuelos pasasen con sus nietos, no podrían inmiscuirse en su educación, en sus creencias, etc.⁶¹, ya que ello podría suponer precisamente una justa causa, tal y como ya he indicado, para privarles del derecho a las relaciones personales.

Además, no podemos obviar el hecho importante de que en este supuesto, la progenitora había fallecido, de modo que, si ya he indicado anteriormente que la relación con los abuelos se presume *iuris tantum* que es beneficiosa para los nietos, la relación concreta con los abuelos maternos en este caso cobra aún mayor importancia y entiendo que es todavía más beneficiosa que en otros supuestos, dado que representará una cierta forma de contacto del menor con su madre ya ausente, ya que los abuelos podrán suplir, no el papel jurídico de «madre», pero sí hacer que pervivan en el nieto todos los recuerdos y vivencias de su hija fallecida, por lo que la extensión que tenga el régimen de relaciones personales en este supuesto, debe de ser, en principio, mayor que en otros⁶².

nales con sus hijos cuando no están ejerciendo aquella, si a ello añadimos tener que pasar periodos de tiempo largos en vacaciones o fines de semana con los abuelos, podríamos estar sometiéndoles a un deambular permanente de una casa a otra (la de cada uno de los progenitores, más la de cada uno de los abuelos maternos y paternos), con la falta de estabilidad que ello podría conllevar en la vida del menor.

⁶¹ Así lo indica, *v.gr.*, la SAP de Málaga de 24 de noviembre de 2000 (JUR 2001\87241).

⁶² Precisamente indica GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. «El derecho de los nietos a mantener relaciones personales con sus abuelos (a propósito de la sentencia del Tribu-

2.b) *La necesidad de motivar el interés del menor en cada caso concreto para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva*

Acabo de defender el acierto del legislador al hacer del «interés del menor» un concepto jurídico abierto, que deberá determinarse por el juzgador de instancia en cada caso concreto, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes. Ahora bien, tal y como he indicado, ello no empece al hecho de que, para evitar arbitrariedades, inseguridad jurídica, así como para garantizar la posibilidad de un control posterior de la resolución en cuestión, las decisiones que se adopten en cada supuesto deban estar convenientemente motivadas y razonadas⁶³. Se trata, además, de una exigencia que dimana del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 CE. Así, nuestro Tribunal Constitucional⁶⁴ ha indicado que una de las manifestaciones de este principio viene constituida por la necesidad de que nuestros órganos judiciales motiven de forma suficiente sus resoluciones. La obligación de motivar las resoluciones judiciales no es solo un deber impuesto a los órganos judiciales por el artículo 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la misma es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad o de la falta de razonabilidad.

Esta necesidad de motivación de las decisiones judiciales adoptadas en interés del menor, es también puesta de manifiesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al indicar que la decisión fundada en el interés del menor debe incluir en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí

nal Supremo de 20 de octubre de 2011)». *Revista de Derecho de Familia* n.º 56/2012, p. 11, que el régimen más extenso de relaciones entre nietos y abuelos debería fijarse en los supuestos de fallecimiento de uno de los progenitores.

⁶³ STS, sala 2.ª, de 2 de junio de 2011(RJ 2011\5745).

⁶⁴ SSTC de 5 de junio de 2013 (RTC 2013\133), de 27 de febrero de 2006 (RTC 2006\59), de 26 de septiembre de 2005 (RTC 2005\230), de 11 de marzo de 2002 (RTC 2002\63), o de 29 de noviembre de 1999 (RTC 1999\214).

y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

El problema surge a la hora de determinar el alcance que ha de tener esta motivación; en otras palabras, si la misma ha de ser sumamente detallada. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado que no es necesaria una motivación hecha de modo pormenorizado, sino que habrá que atender a las características de cada resolución en concreto; no exige que el órgano judicial se extienda sobre todos y cada uno de los argumentos y razones en las que las partes fundan sus pretensiones, admitiéndose incluso las motivaciones realizadas de forma escueta, o que se remitan a la motivación efectuada en otra resolución anterior⁶⁵. Lo fundamental, en suma, es que la decisión judicial contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios que han fundamentado dicha decisión, la cual, además, debe de estar fundada en Derecho, habiendo realizado el juzgador una exégesis racional y no arbitraria del ordenamiento jurídico⁶⁶.

Pues bien, aplicando todo cuanto se acaba de exponer al supuesto concreto enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Constitucional a la que se ha hecho referencia en este estudio, lo cierto es que, como ya adelanté, los órganos judiciales de instancia, no cumplieron con las exigencias en cuanto a la motivación de sus resoluciones derivadas del principio de tutela judicial efectiva, ya que —independientemente de que, como ya he señalado, comparto la extensión del régimen de relaciones personales fijado en este caso— lo cierto es que simplemente se limitaron a mencionar que el régimen establecido era el mejor para los intereses de los menores, pero no precisaron concretamente cuál era ese interés, ni la razón por la que era lo más beneficioso para ellos.

2.c) La búsqueda del interés del menor en cada supuesto concreto por nuestros Tribunales

Como acabo de indicar, el régimen específico de relaciones con los abuelos corresponde fijarlo en cada caso al juzgador de instancia, aten-

⁶⁵ SSTC de 25 de marzo de 1996 (RTC 1996\46), o de 16 de diciembre de 1997 (RTC 1997\231).

⁶⁶ SSTC de 18 de marzo de 1997 (RTC 1997\58), de 4 de agosto de 1999 (RTC 1999\147), de 24 de julio de 2006 (RTC 2006\248), de 12 de marzo de 2007 (RTC 2007\50), de 7 de abril de 2014 (RTC 2014\48), o los ATC de 27 de octubre de 2008 (RTC 2008\134), o 15 de diciembre de 2014 (RTC 2014\298).

diendo a las circunstancias concretas de cada supuesto y velando siempre por la defensa del mejor interés del nieto, sin que pueda entenderse por ello que las decisiones adoptadas en cada caso por nuestro Tribunal Supremo, constituyen jurisprudencia⁶⁷.

No obstante, el Tribunal Supremo sí que ha ofrecido algunos criterios que deben tomar en consideración los juzgadores de instancia a la hora de determinar la extensión del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Así, en la STS, sala 1.ª, de 12 de mayo de 2011⁶⁸ —que si bien se refiere a las relaciones entre los menores y sus allegados, podemos entender extensible a los abuelos, dada la identidad de fundamento de ambas situaciones— el Tribunal afirma que el juez deberá tener en cuenta: la situación personal del menor y de la persona con la desea relacionarse; las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; la intensidad de las relaciones anteriores; la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia; y, en general, todas aquellas circunstancias que sean convenientes para el menor.

Haciendo uso del criterio aquí defendido, en lo que sí que coinciden nuestros Tribunales es en el hecho de que lo que debe buscarse es aquello que sea más conveniente para el menor en cada caso concreto. Así, la SAP de Huelva de 16 diciembre 2002, la SAP de Lleida de 28 de febrero de 2000, o la SAP de Toledo de 3 de junio de 1994⁶⁹, indican que a la hora de determinar el contenido, extensión y modalización de este derecho de relación habrán de tenerse en cuenta las circunstancias

⁶⁷ Así en el ATS de 3 de mayo de 2000 (RJ 2000\3573) se precisa que «en ningún caso los específicos regímenes de visitas a que se refieren las sentencias aludidas crean doctrina jurisprudencial alguna como pretende la parte recurrente, y ello porque dichos regímenes de visitas se refieren a supuestos de hecho concretos y no a cuestiones jurídicas».

En este sentido, indica MAGRO SERVET, V., «Viabilidad de las relaciones de los abuelos con sus nietos en las ejecuciones judiciales de los procesos de separación o divorcio». *Práctica de Tribunales, la Ley 1494/2013*, n.º 101, Sección Estudios, marzo-abril 2013 (digital), que la resolución del conflicto que a este respecto pueda surgir entre abuelos y progenitores debe responder, necesariamente, a un juicio de hecho, según las circunstancias de cada caso y por ello el Tribunal Supremo ha advertido contra la indebida invocación, como supuesta doctrina jurisprudencial, de las resoluciones del propio Tribunal que establecen unos regímenes de visitas similares o aproximados a los que se suelen reconocer a los progenitores no custodios.

⁶⁸ STS, sala 1.ª, de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011\3280).

⁶⁹ SAP de Huelva de 16 diciembre de 2002 (JUR 2003\64648), SAP de Lleida de 28 febrero de 2000 (AC 2000\767) y SAP de Toledo de 3 de junio de 1994 (AC 1994\1126).

concurrentes en cada caso, procurando evitar que al socaire de este derecho se afecten directamente los intereses tanto del propio menor, evitando deambulaciones innecesarias y cambios de domicilio coincidentes los fines de semana, así como los intereses de los titulares de la potestad, como ocurre en los supuestos en que los padres estén separados y por lo tanto sean titulares del oportuno derecho de visitas.

Así lo ha manifestado también nuestro Tribunal Supremo respecto a la cuestión relativa a la pernocta del nieto en casa de sus abuelos, en la STS, sala 1.ª, de 28 de junio de 2004⁷⁰ al señalar expresamente que si bien la expresión «*relaciones personales*» adolece de una evidente vaguedad y se presta el debate, sin embargo, permite una evidente flexibilidad al juez para emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las circunstancias del caso, y siempre claro está teniendo en cuenta el interés superior del menor, por lo que, en principio, no cabe reducir dicha expresión a un mero contacto durante un breve periodo de tiempo y nada impide que pueda comprender pernoctar en casa, o pasar una temporada con los abuelos, sin que ello implique que se esté perturbando el ejercicio de la patria potestad. Y añade la STS, sala 1.ª, de 14 de noviembre de 2013⁷¹, que si bien la pernocta no puede acordarse con carácter general en estos casos, tampoco puede impedirse indiscriminadamente y es aconsejable en el caso concreto en el que el padre de los niños había fallecido, habiendo tenido los menores una estrecha relación con los abuelos paternos antes del fallecimiento, por vivir en el piso superior del negocio familiar.

Un ejemplo de establecimiento de un amplio régimen de visitas a favor de los abuelos, es el contemplado por la STS, sala 1.ª, de 27 de julio de 2009⁷², que confirma un régimen de visitas decretado a favor de unos abuelos, en una situación en la que tras el fallecimiento de la madre de un niño de 4 años, las relaciones entre los abuelos y el padre son muy malas e incluso el niño se niega a ver a sus abuelos. Afirma el Tribunal Supremo que en esta materia rige un evidente criterio de flexibilidad para el juez, que debe ponderar las circunstancias de cada caso concreto. Pues bien, en este caso el régimen de visitas establecido es: domingos alternos, desde las 10 de la mañana hasta las 7 de la tarde; en Navidades y Semana Santa, dos días consecutivos (que en años alternos podrán ser Noche Buena o Noche Vieja); y en verano 7 días consecutivos, fijados por el padre.

⁷⁰ STS, sala 1.ª, de 28 de junio de 2004 (RJ 2004\4321).

⁷¹ STS, sala 1.ª, de 14 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7264).

⁷² STS, sala 1.ª, de 27 de julio de 2009 (RJ 2009\4577).

Sin embargo, manteniendo el criterio contrario, la SAP de Barcelona de 20 de octubre de 2003⁷³, afirma que nunca puede señalarse a los abuelos un régimen de visitas amplísimo, como si se tratase del correspondiente a uno de los padres del menor, pues, por mucho cariño que profesen a su nieto, no pueden actuar con tal condición y en lugar del progenitor fallecido, mientras siga existiendo el otro titular de la patria potestad y el niño conviva con el mismo con normalidad. Y en esta misma línea se pronuncian la SAP de Baleares de 19 de mayo de 2015 y las SSAP de A Coruña, de 9 de octubre de 2014 y de 10 de octubre de 2006⁷⁴, afirmando esta última que la relación con los abuelos, incluso aunque haya fallecido uno de los progenitores, se encuentra subordinada a la relación paterno-filial.

En el mismo sentido restrictivo se pronuncia la SAP de Huesca de 20 de marzo de 2015⁷⁵ — respecto de un supuesto en el que se había establecido un régimen amplísimo de comunicaciones entre abuelos maternos y nietos, muy parecido al que se otorga al progenitor no custodio en los casos de crisis de pareja, tras el fallecimiento de la madre de los menores — al afirmar que:

El régimen planteado por los abuelos maternos es más propio del progenitor no custodio que sigue ostentando la autoridad familiar [...]. Desde luego, la relación personal con los abuelos maternos debe seguir manteniéndose en beneficio e interés de sus nietos, pero sin llegar a alcanzar un plan tan extenso de relaciones con los demandantes, cuyo cumplimiento supondría una invasión de las facultades propias de la autoridad familiar paterna [...]. Todo ello no significa que los niños no puedan permanecer más tiempo con los abuelos maternos (o con los paternos) que los que puedan ser concretados, ni que no puedan asistir a determinadas celebraciones con ellos, ni mucho menos que no puedan saludarlos cuando se crucen por la calle [...], sino que es el padre quien debe decidir lo más beneficioso para sus hijos en el ejercicio de la autoridad familiar, sin perjuicio de respetar en todo caso el contenido mínimo del régimen de visitas y comunicaciones aceptado.

⁷³ SAP de Barcelona de 20 de octubre de 2003 (JUR 2003\259644). Y en el mismo sentido se pronuncian la SAP de Huelva de 16 de diciembre de 2002 (JUR 2003\64648) — que afirma que las relaciones del nieto con los abuelos no pueden equipararse a las relaciones paterno filiales —, la SAP de Zaragoza de 28 de marzo de 2005 (JUR 2005\100142), la SAP de Alicante de 9 de abril de 2008 (AC 2008\1358), la SAP de Murcia de 9 de diciembre de 2008 (JUR 2009\212617).

⁷⁴ SAP de Baleares de 19 de mayo de 2015 (JUR 2015\149498) y SSAP de A Coruña de 9 de octubre de 2014 (JUR 2015\80165) y 10 de octubre de 2006 (JUR 2007\134273).

⁷⁵ SAP de Huesca de 20 de marzo de 2015 (JUR 2015\111418).

3. *Colisión con la patria potestad*

En el caso enjuiciado por la STC a la que se alude en este estudio, tanto el padre de los menores como el Ministerio Fiscal argumentan que un régimen de relaciones personales con los abuelos excesivamente amplio colisionaría con los derechos inherentes a la patria potestad. Por ello, finalizaré este estudio con el análisis de esta cuestión.

3.a) *Similitudes y diferencias entre el derecho de visita de los progenitores y el régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos*

Debemos partir de lo previsto en dos preceptos, los artículos 94 párr. 1.º y 160 párr. 1.º CC, que prescriben el derecho del progenitor no custodio a relacionarse con sus hijos.

Cuando los progenitores de un menor deciden poner fin a su convivencia —matrimonial o de hecho— la guarda y custodia de los hijos que tengan será atribuida a uno de ellos, o a ambos de modo compartido. Ahora bien, eso no implica que el otro progenitor no tenga derecho a relacionarse con sus descendientes, sino más bien al contrario, salvo que exista una causa que lo justifique, no solo tiene el derecho, sino también la obligación de relacionarse con su hijo. El derecho de visitas en su vertiente de estancia y comunicación del hijo menor con el progenitor no custodio (sea porque la guarda y custodia se ha atribuido solo a uno de ellos, o en los supuestos de custodia compartida, en los periodos en los que la ejerce el otro progenitor) constituye un instrumento esencial de relación, convivencia y transmisión e intercambio de afectos entre el hijo y el padre o la madre con el que no conviva habitualmente. Así, su finalidad no es otra que cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos, en aras a un desarrollo armónico y equilibrado de los mismos, ponderando su integración familiar y social⁷⁶. No representa un propio y verdadero derecho, sino un complejo derecho-deber cuyo ejercicio ha de procurar el desarrollo integral de la personalidad del menor, así como su estabilidad emocional y afectiva, por lo que la satisfacción de los deseos del progenitor de relacionarse con su hijo pueden verse restringidos o suspendidos cuando concurren causas objetivas que así lo aconsejen, en interés del menor, valoradas judicialmente con el apoyo de especialistas en la materia.

⁷⁶ SAP de Córdoba de 13 de marzo de 2002 (JUR 2002\118983).

Pues bien, si el progenitor no custodio tiene derecho (y obligación) a relacionarse con sus hijos, lo que debemos cuestionarnos ahora es si tal derecho es igual al que hemos reconocido a los abuelos y a los nietos. Y la respuesta solo puede ser negativa, debido a que, aunque existen ciertas semejanzas, las diferencias que se aprecian entre ambos derechos en diversos aspectos son aún mayores, tal y como se expone a continuación:

1. En cuanto a su naturaleza jurídica y fundamento: El derecho de los padres a relacionarse personalmente con sus hijos tiene naturaleza de derecho-deber o derecho-función, si bien:
 - Para la mayoría de los autores, deriva de la patria potestad y de la obligación de tener a los hijos en su compañía, que se convierte también en derecho de visita si no viven juntos; se trataría de una manifestación de la patria potestad, un cauce para que el progenitor que no convive con su hijo, pueda continuar con el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, merced a una desmembración del derecho de guarda y custodia y el derecho de visita, para lograr que el progenitor no titular de aquella siga pudiendo ejercer el derecho-deber de vigilar y educar a los hijos con los que no convive en los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, o ruptura de una pareja de hecho⁷⁷.
 - Sin embargo, frente a esta tesis, yo entiendo que se trata de un derecho autónomo⁷⁸, si bien estrechamente relacionado con

⁷⁷ Por ejemplo, VERDERA IZQUIERDO, B.: «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados». *Diario La Ley* (www.laley.net), año XXIII, n.º 5669, 4 de diciembre de 2002 (doctrina), p. 8; o LETE DEL RÍO, J. M.: «Derecho de visita...», *op. cit.*, p. 149.

Siguiendo esta tesis, GARCÍA PASTOR, M.: «El derecho de visita en circunstancias excepcionales. (SSTS de 22 de mayo y 21 de julio de 1993)». *Act. Civ.*, 1995-4, pp. 762 a 765, afirma que el verdadero fundamento del derecho de visita de los padres está en el artículo 154 CC que reconoce la patria potestad a aquellos y como parte de la misma su derecho-deber a tener al hijo en su compañía; se trata así de un sustituto de la convivencia entre el progenitor y el hijo cuando esta es imposible, manteniendo o estableciendo a través de las visitas una fuerte relación afectiva y la participación de cada uno en la vida del otro. Es, en suma, un instrumento necesario para mantener una verdadera relación paterno-filial entre el hijo y el progenitor con el que no convive.

Y esta es también la tesis adoptada en muchos casos por nuestros Tribunales, como por ejemplo la SAP de Burgos de 10 de abril de 2000 (JUR 2000\141670), o el AAP de Segovia de 7 de abril de 1994 (AC 1994\615).

⁷⁸ En el mismo sentido, *vid.* ECHARTE FELIU, A. M.: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*. Comares, Granada, 2000, p. 114; PONS GONZÁLEZ, M. y DEL

otras obligaciones derivadas de las relaciones paterno-filiales (no de la patria potestad), como son la de velar por los hijos y procurarles una formación integral. Este derecho-deber de los padres de mantener relaciones personales con los hijos con los que no convive, sea por haber sido privados de la patria potestad, o por encontrarse inmersos en un proceso de crisis de pareja, es concebido como un medio o instrumento para cumplir otras obligaciones (las de velar y educar, en sentido amplio, a los hijos), además de un fin en sí mismo, en cuanto contribuye al desarrollo psíquico-afectivo y de la personalidad del hijo.

Afirman, con gran acierto, los seguidores de esta segunda teoría que suscribo, que si no se tratara de un derecho independiente de la patria potestad no se explicaría la razón por la que los progenitores pueden ser privados de aquella y, sin embargo, continuar gozando del derecho de visita de sus hijos (como acontece *v.gr.* en la STS, sala 1.ª, de 30 de abril de 1991)⁷⁹; o el motivo por el cual puede suspenderse, limitarse o modificarse el derecho de visita, sin que la patria potestad se altere a su vez⁸⁰.

ARCO TORRES, M. A.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico. (Teoría, praxis judicial y formularios)*. Comares, Granada, 2002, p. 319; o RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «El derecho de ...», *op. cit.*, pp. 390 y 391.

Siguiendo, en parte, esta tesis, ROCA TRÍAS, E.: «Comentario al artículo 94 del Código Civil». *Comentarios del Código Civil*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, T-I, p. 394, afirma que el derecho de los progenitores vendría a constituir un aspecto más concreto de un derecho general de comunicación entre parientes. Para esta autora el «derecho de visita» se basa en el parentesco y se desglosa en un derecho amplio reconocido a los parientes en el artículo 160 párr. 2.º CC y uno más limitado a ciertas situaciones de crisis matrimonial, previsto en los artículos 94 y 161 párr. 1.º CC.

También en este sentido la STS, sala 1.ª, de 19 de octubre de 2000 (RJ 1992\8083) indica que: «[...] tal derecho de visitas —el del progenitor no custodio con su descendiente— constituye continuación o reanudación de la relación paterno filial, “evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos”». Y parece adoptar igualmente esta tesis la SAP Huesca de 13 de junio de 1992 (AC 1992\877) al señalar que el derecho del progenitor no custodio a relacionarse con sus hijos se fundamenta en la relación jurídico-familiar preexistente entre ellos.

⁷⁹ STS, sala 1.ª, de 30 de abril de 1991 (RJ 1991\3108).

⁸⁰ En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «El derecho de visitas en la reciente praxis judicial». *AC*, 1994, vol.1, pp. 146, 149 y 150, sostiene que estamos ante dos situaciones cualitativamente distintas, por la mayor intimidad e intensidad que caracteriza a las relaciones paterno-filiales respecto a cualesquiera otras parentales o asimiladas. Cuando se trata de los progenitores, es independiente de la atribución del ejerci-

Centrándonos ya en el derecho de los abuelos y los nietos a relacionarse, este, a diferencia del de los padres no puede, por definición, tener su origen ni en la patria potestad, ni en las relaciones paterno filiales, puesto que estas solo corresponden a los progenitores⁸¹; y, además, ese derecho no se convierte también en deber hasta que se adopte un acuerdo o se dicte una decisión judicial que así lo imponga. El fundamento de este derecho, tal y como he expuesto anteriormente, no es otro que el interés del nieto; el hecho de que relacionarse con sus ascendientes de segundo grado le va a beneficiar en su desarrollo afectivo, personal, psicológico e intelectual.

Sea como fuere, esta diferente naturaleza entre ambos derechos —el de los progenitores y el de los abuelos— ha originado, además, que los Tribunales consideren improcedentes las reclamaciones de los abuelos pretendiendo conservar respecto de su nieto el mismo régimen de visitas que tenía su hijo premuerto —progenitor de aquel—. En este sentido la STS, sala 1.ª, de 11 junio 1996⁸², señala que:

[...] el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto, fallecido el padre, no puede equipararse o igualarse a la condición que mantenía el menor con su padre, pues el establecimiento de un régimen de visitas en favor de un progenitor, tras una separación, nulidad o divorcio, no solo descansa en el cariño mutuo y la necesidad afectiva o la

cio de la patria potestad; es también independiente de su titularidad: que uno de los progenitores haya sido privado de la patria potestad no quiere decir que haya perdido simultáneamente el derecho a relacionarse con sus hijos; dicho de otra forma, la privación en beneficio del hijo, de la patria potestad no entraña también, en beneficio del hijo, la pérdida del derecho de visita. En todo caso, la misma causa que ha motivado la privación de la patria potestad, puede justificar la supresión o suspensión de este derecho, pero tras haber sido objeto la cuestión de una consideración autónoma, y de un juicio acerca de la conveniencia o no para el hijo del mantenimiento de esas relaciones.

E idéntico criterio se adopta en la STS, sala 1.ª, de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992\8083).

⁸¹ No puedo compartir así la opinión de RUIZ DE LA CUESTA, R.: «Praxis judicial sobre los sujetos y el contenido de la facultad y régimen de visitas». *El derecho de visita. Teoría y praxis*, AAVV, EUNSA, Pamplona, 1982, p. 267, al afirmar que el fundamento del derecho de visita es, siempre, la supervivencia residual del derecho de patria potestad en aquel que en lo demás ha sido privado de él, lo cual deja sin explicar el fundamento del derecho a las relaciones personales —entre ellas, a las visitas— que ostentan abuelos y nietos.

⁸² STS, sala 1.ª, de 11 junio de 1996 (RJ 1996\4756). Y en el mismo sentido se pronuncia, *v.gr.* la SAP de Zaragoza de 28 de marzo de 2005 (JUR 2005\100142).

conveniencia educacional para un niño que se está formando y psíquicamente puede precisar de la vivencia que supone el saber que una persona concreta es su padre, aun cuando el matrimonio haya quebrado su convivencia, sino que también encuentra su apoyo en algo tan importante como es el ejercicio de la patria potestad.

2. En lo referente a sus caracteres:

- Según cierta jurisprudencia menor, el derecho-deber de los progenitores es de orden público, mientras que no acontece lo mismo con el derecho de los abuelos y los nietos⁸³.
- Se trata de dos derechos independientes, no siendo el de los abuelos subsidiario del de los progenitores. Así, aunque no se reconozca el derecho de visita o comunicación al progenitor no custodio, sí que puede otorgársele a los abuelos, y a la inversa; y, por supuesto, puede concedérsele a ambos.

En contra de esta opinión se pronuncia la SAP de Sevilla de 24 de julio de 2003⁸⁴ al afirmar que la comunicación normal entre nieta y abuela paterna, viene a ser complementaria del régimen de visitas e intercomunicación paterno-filial y que opera con carácter parcialmente subsidiario del mismo, ya que el régimen establecido a favor de la abuela solo entrará en juego cuando el padre, por motivos laborales, no pueda ejercer el derecho-deber de permanecer en compañía de su hija.

3. En cuanto a su extensión. Al derivar el derecho del progenitor no custodio de las relaciones paterno-filiales, su extensión va a ser, en principio, mucho mayor que la que se les conceda a los abuelos y a los nietos⁸⁵.

⁸³ En este sentido, la SAP Barcelona de 22 de mayo de 2001 (JUR 2001\245239) señala que el régimen de visitas en favor de los abuelos, a diferencia del derecho-deber de visitas de los progenitores con sus hijos, no es de orden público.

En contra, considerando el derecho de visita en general como una cuestión «de orden público familiar», SALANOVA VILLANUEVA, M.: «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994(1)». *ADC*, T-XLIX, fasc. II, abril-junio 1996, p. 966.

⁸⁴ SAP de Sevilla de 24 de julio de 2003 (JUR 2003\220138).

⁸⁵ Así, VERDERA IZQUIERDO, B.: «Anotaciones sobre el...», *op. cit.*, p. 8, afirma que el contenido del derecho de visita en relación con los padres, abuelos, y otros allegados, es el mismo: visitas periódicas, comunicaciones o relaciones entre dichos abuelos y los menores. También es similar, a su juicio, la finalidad de ambas relaciones, cual es, estrechar lazos afectivos entre dichos sujetos. Sin embargo su extensión no es

En esta línea de pensamiento, la SAP de Toledo de 3 de junio de 1994 y la SAP de Lleida de 28 de febrero de 2000 señalan que «su amplitud y contenido en modo alguno resulta equiparable al denominado derecho de visitas que se reconoce a los progenitores, pues este además de ser inherente a la potestad «cumple a la necesidad vivencial y afectiva más importante en el orden natural, como medio de velar por los hijos y ejercer el debido control y vigilancia sobre la guarda y custodia del mismo». A la hora de determinar el contenido, extensión y modalidad de este derecho de relación habrá de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, procurando evitar que al socaire de este derecho se afecten directamente los intereses tanto del propio menor, evitando deambulaciones innecesarias y cambios de domicilio coincidentes los fines de semana, así como los intereses de los titulares de la potestad, como ocurre en los supuestos en que los padres se hallaren separados y por lo tanto sean titulares del oportuno derecho de visitas»⁸⁶.

4. Respecto a sus titulares, el derecho ostentado por el progenitor no custodio es de exclusiva titularidad de los padres del menor o incapacitado⁸⁷; el derecho reconocido a los abuelos no solo puede ser otorgado a estos, sino también, por difícil que sea la hipótesis, a los bisabuelos, tatarabuelos, etc.

la misma; no se puede otorgar a los abuelos el mismo régimen de visitas que se le otorgaría a uno de los progenitores debido, entre otras cosas, a que estos ejercen la patria potestad. Y en el mismo sentido, LETE DEL RÍO, J. M.: «Derecho de visita...», *op. cit.*, p. 149, indica que el derecho de visita que ostentan los abuelos no tendrá siempre la misma amplitud de contenido, y mucho menos podrá pretenderse que la modalidad sea semejante o igual que si el titular del derecho es uno de los progenitores que, aunque separado del otro cónyuge, mantiene no solo la titularidad, sino también el ejercicio de la patria potestad, 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 para velar por el hijo y ejercer el debido control y vigilancia sobre la guarda y custodia del mismo.

⁸⁶ SAP de Toledo de 3 de junio de 1994 (AC 1994\1126) y SAP de Lleida de 28 de febrero de 2000 (AC 2000\767). Y en el mismo sentido se pronuncian la SAP de Barcelona de 25 de septiembre de 2003 (JUR 2003\261132); la SAP de Las Palmas de 20 de diciembre de 2002 (JUR 2003\237959); la SAP de Madrid de 4 de noviembre de 2002 (JUR 2003\30189); el AAP de Segovia de 7 de abril de 1994 (AC 1994\615); o el AAP de Madrid de 7 de mayo de 1992 (AC 1992\749).

⁸⁷ SAP de Toledo de 3 de junio de 1994 (AC 1994\1126); SAP de Las Palmas de 14 de mayo de 1999 (AC 1999\5473); SAP de Castellón de 1 de octubre de 2003 (JUR 2003\264372).

5. En ciertos casos, también existirán diferencias por el procedimiento utilizado para solicitar ambos derechos. Cuando el derecho de los abuelos y los nietos se incluya en el convenio regulador de la crisis matrimonial (art. 90 párr. 1.º B) CC), o se adopte como medida provisional (art. 103.1.ª CC), o el juez decida decretarlo en la Sentencia que pone fin a la crisis matrimonial (art. 94 CC), el procedimiento obviamente será el mismo que el que reconozca el derecho de progenitor no custodio a comunicarse y visitar a su hijo tras esa ruptura matrimonial. Sin embargo, cuando los abuelos o los nietos soliciten el derecho a relacionarse *ex artículo 160 CC*, el procedimiento ya no podrá ser el seguido en las crisis de pareja.
6. En cuanto a la forma de exigir el cumplimiento del derecho, señala el AAP de Madrid de 6 de julio de 2001⁸⁸ que respecto al derecho a las relaciones con el progenitor no custodio, las visitas han de promoverse, e incluso a veces forzarse, siempre que ello no entrañe una situación de riesgo para el menor, mientras que con respecto a las relaciones con los abuelos la postura debe ser más sosegada, adquiriendo la actitud del menor una valoración más prevalente para la determinación de la extensión y frecuencia de las visitas.

3.b) *Las relaciones personales entre abuelos y nietos como límite al ejercicio de la patria potestad*

A mi modo de ver, el derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos supone un límite —que no una injerencia— al ejercicio de la patria-potestad por parte de los progenitores del nieto, en aras a la mejor defensa del interés del menor⁸⁹. Apoya esta afirmación el hecho de que el artículo 160 párr. 2.º CC, que proclama el derecho que analizamos, se encuentra ubicado en el Título VII del Libro I del Código, dedicado a la regulación de las relaciones paterno-filiales.

Dando un paso más, De Prada⁹⁰ considera el derecho de relación entre los hijos y sus parientes y allegados como una intromisión en la

⁸⁸ AAP de Madrid de 6 de julio de 2001 (JUR 2001\307666).

⁸⁹ En este sentido se pronuncian autores como: GAYA SICILIA, R.: «El derecho de...», *op. cit.*, p. 94, o ARIAS DÍAZ, M. D., «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos». *Diario La Ley*, 205/2005, n.º 6184, Sección Doctrina, 7 febrero 2005 (digital).

⁹⁰ DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª: «La patria potestad tras la reforma del Código Civil». *AAMN*, T-XXV, 1982, p. 389.

autonomía en el ejercicio de la patria potestad. No comparto la opinión de este autor. En primer lugar, porque el derecho de relación reconocido a los abuelos —o a otros parientes o allegados—, sea cual sea la extensión que se le otorgue, no autoriza a estos sujetos para inmiscuirse en las funciones propias de la patria potestad, a saber, educación, formación, etc. Pero, sobre todo y en segundo lugar, porque no podemos omitir el hecho de que en la configuración actual de la patria potestad, esta no es concebida ya como un derecho absoluto, sino que encuentra ciertas limitaciones, entre las cuales está la protección del interés del menor, que obliga a los padres a actuar siempre en interés de los hijos y, como ya se ha indicado, *a priori*, a estos les beneficia enormemente la relación con sus abuelos, con independencia de que, si al analizar las circunstancias de un caso concreto ello no es así, se restrinjan, suspendan o eliminen dichas relaciones.

Y en un caso como el enjuiciado por la STC 138/2014, otorgar un régimen de relaciones personales amplio entre los niños huérfanos de madre y sus abuelos maternos, con los cuales tienen una muy buena relación, aunque ciertamente limitaría el ejercicio de la patria potestad por el padre, dicha limitación se encontraría perfectamente justificada, de acuerdo con los criterios que ya se han indicado, y se haría en aras a la mejor defensa del mejor interés de los menores. Además, reitero, se trataría de una limitación a la patria potestad y no hay razón para que supusiese, como también he afirmado ya, ninguna injerencia en aquella.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.: «La situación jurídica 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». *Act. Civ.*, n.º 2, enero, 1997.
- ARIAS DÍAZ, M. D.: «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos». *Diario La Ley*, 205/2005, n.º 6184, Sección Doctrina, 7 febrero 2005 (digital).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 161 del Código Civil». *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. Tecnos, Madrid, 1984.
- CAMPO IZQUIERDO, A. L.: «Abuelos, parientes y allegados». *Act. Civ.*, n.º 19/20, Sección A Fondo, noviembre 2012, tomo 2 (digital).
- CAMPS MIRABET, N.: «El principio del interés superior del niño y el protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados», *Los derechos del niño*.

- Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los derechos del niño* (AA.VV.). Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.
- CARBAJO GONZÁLEZ, J.: «El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil». *Revista Jurídica Española La Ley*, 2000-4.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*. Tecnos, Madrid, 2000.
- COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *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, Navarra, 2005.
- «Nuevos daños indemnizables: las relaciones de familia». *Derecho de Daños*. SEPIN, Madrid, 2011.
- «Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales». *Revista Aranzadi Civil*. 2011, octubre, n.º 6.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: «Ley orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables, en base a su supremo interés». *Diario La Ley*, n.º 8590, secc. documento on line, de 24 de julio de 2015 (digital).
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª: «La patria potestad tras la reforma del Código Civil». *AAMN*, T-XXV, 1982.
- DÍAZ ALABART, S.: «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados». *RDP*, mayo-junio 2003.
- DÍEZ PICAZO, L.: «El principio de protección integral de los hijos (“tout pour l’enfant”)». *La tutela de los derechos del menor* (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, coord. González Porrás). Junta de Andalucía, Córdoba, 1984.
- ECHARTE FELIU, A. M.: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*. Comares, Granada, 2000.
- FERRER RIBA, J.: «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña». *Revista Derecho Privado y Constitución*, n.º 7, septiembre-diciembre, 1995.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003». Cívitas, Madrid, 2004.
- GARCÍA GIL, F.J.: «La protección de los hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial». *Revista Jurídica Española La Ley*, 1989-3.
- GARCÍA PASTOR, M.: «El derecho de visita en circunstancias excepcionales. (SSTS, sala 1.ª, de 22 de mayo y 21 de julio de 1993)». *Act. Civ.*, 1995-4.
- *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- GARCÍA VARELA, R.: «Régimen de comunicación entre parientes y allegados». *Revista Jurídica Española La Ley*, 1997-3.

- GAYA SICILIA, R.: «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos». *ADC*, T-LV, fascículo I, enero-marzo, 2002.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «El derecho de los nietos a mantener relaciones personales con sus abuelos (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011)». *Revista de Derecho de Familia* n.º 56/2012.
- *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GUINEA FERNÁNDEZ, D. F.: «El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia». *La Ley, Derecho de Familia*, n.º 7, tercer trimestre de 2015 (digital).
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: «Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del Derecho Civil». *Act. Civ.*, 2002-1.
- LETE ACHIRICA, J.: «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de los cónyuges separados o divorciados. (Comentario a la STS 29 de marzo de 2001)». *Act. Civ.*, 2001-3.
- LETE DEL RÍO, J.M.: «Derecho de visita de los abuelos. (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)». *Poder Judicial*, n.º 25, marzo 1992.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: «La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero». *Act. Civ.*, 1999-4.
- MAGRO SERVET, V.: «Viabilidad de las relaciones de los abuelos con sus nietos en las ejecuciones judiciales de los procesos de separación o divorcio». *Práctica de Tribunales, La Ley* 1494/2013, n.º 101, Sección Estudios, marzo-abril 2013 (digital).
- MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 94». *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz). Aranzadi, Navarra, 2001.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «El derecho de visitas en la reciente praxis judicial». *AC*, 1994, vol. 1.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A.: «Los límites del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos». *La Ley Derecho de Familia*, n.º 7, tercer trimestre 2015 (digital).
- MUÑOZ GARCÍA, C.: «Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme». *Diario La Ley*, n.º 8342, Sección Tribuna, de 27 de junio de 2014 (digital).
- PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M. A.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico. (Teoría, praxis judicial y formularios)*. Comares, Granada, 2002.
- RAVELLAT BALLESTER, I.: «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término». *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n.º 2, 2012.

- RIVERA ÁLVAREZ, J. M.: «El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad: artículo 160.2.º y 3.º párrafos del Código Civil». *RDP*, septiembre, 2000.
- «Reconocimiento judicial del derecho de visita de los abuelos a sus nietos y ejercicio de la patria potestad. Acceso casacional del problema de la extensión del régimen. La Disposición Transitoria 10.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 23 de noviembre de 1999». *RDP*, enero, 2001.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria». *El derecho de visita. Teoría y praxis*. AAVV, EUNSA, Pamplona, 1982.
- *El derecho de visita*. Bosch, Barcelona, 1997.
- *El interés del menor*. Dykinson, Madrid, 2000.
- «La protección del Derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión constitucional». *RDPYC*, n.º 20, enero-diciembre 2006.
- ROCA TRÍAS, E.: «Comentario al artículo 94 del Código Civil». *Comentarios del Código Civil*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, T-I.
- RUIZ DE LA CUESTA, R.: «Praxis judicial sobre los sujetos y el contenido de la facultad y régimen de visitas». *El derecho de visita. Teoría y praxis*. AAVV, EUNSA, Pamplona, 1982.
- SALANOVA VILLANUEVA, M.: «Aproximación al derecho de visita». *Act. Civ.*, 1995-2.
- «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994(1)». *ADC*, T-XLIX, fasc. II, abril-junio 1996.
- «Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *AC*, 2003.
- SANTANA PÁEZ, E.: «El interés del menor: relaciones con abuelos, parientes y allegados». *Revista Derecho de Familia*, 1 de febrero de 2014 (digital).
- TORRES PEREA, J. M.: «El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos». *Diario La Ley (www.laley.net)*, año XXI, n.º 5296, 26 de abril de 2001 (doctrina).
- VELA SÁNCHEZ, A.: «El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo». *Diario La Ley* (digital), n.º 8162, 2013.
- VERDERA IZQUIERDO, B.: «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados». *Diario La Ley (www.laley.net)*, año XXIII, n.º 5669, 4 de diciembre de 2002 (doctrina).
- ZANON MASDEU, L.: *La guarda y custodia de los hijos*. Bosch, Barcelona, 1996.

