

El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos *

REGINA GAYA SICILIA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos: su reconocimiento legal.*—II. *Criterios jurisprudenciales.*—III. *Perspectivas de futuro.*

I. EL DERECHO DE LOS ABUELOS A RELACIONARSE CON SUS NIETOS: SU RECONOCIMIENTO LEGAL

1. Habitualmente los abuelos mantienen relaciones más o menos asiduas y prolongadas con sus nietos. Estas relaciones han recibido siempre una valoración positiva por entenderse que daban cobertura a necesidades afectivas de abuelos y nietos y por considerarse beneficiosas para el desarrollo y la educación de estos últimos. Hoy en día –pese a la tendencia a limitar el concepto de familia a la llamada «familia nuclear», es decir, sólo padres e hijos– los abuelos siguen jugando un importante papel, reforzado incluso tras el crecimiento de las familias monoparentales y por las necesidades laborales de los padres que, por esta razón u otras semejantes, confían sus hijos menores a la atención y cuidado de los abuelos. La particular vinculación existente entre abuelos y nietos ha sido también reconocida desde antiguo por el Derecho en ámbitos como los

* La versión en inglés de este trabajo (*The Right of Grandparents to Have a Relationship with Their Grandchildren: the Spanish Case*) fue presentada como comunicación en la International Society Family Law North American Regional Conference, *Defining the Family: Familial Rights and Obligations in the New Century*, que tuvo lugar en Queen's University, Kingston, Ontario (Canadá), los días 14 a 16 de junio de 2001.

alimentos, la tutela y la sucesión¹. Pero sólo desde fecha reciente se encuentra en el Derecho español la base normativa que permite a los abuelos seguir manteniendo relaciones con sus nietos pese a la oposición paterna o materna. El caso se plantea tanto en el supuesto de fallecimiento de uno de los progenitores como en el de separación o divorcio cuando el cónyuge superviviente o aquel que ejerce la patria potestad impide las relaciones de los menores con los padres del fallecido, de su consorte o ex consorte.

Para estos supuestos opera la previsión legal del artículo 160 del Código Civil que, en sus párrafos segundo y tercero, dice:

«No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.»

El precepto, como se ve, consagra la viabilidad de las relaciones personales entre un menor y un pariente o allegado suyo pese a la oposición arbitraria del o de los titulares de la patria potestad. Queda así de manifiesto que el legislador fue consciente de que la vida de un menor no tiene por qué circunscribirse a la esfera familiar más inmediata (padre o madre) considerando positivamente el enriquecimiento que supone —en términos generales— el contacto con otras personas².

2. Como precedentes remotos del artículo 160 CC se citan la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1935 y la del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939. En la primera, el Tribunal Supremo, a instancia de la abuela materna de unas menores, priva de la patria potestad al progenitor que le había prohibido visitar y comunicarse con sus nietas, lo que «constituye un abuso de autoridad dañoso para los sentimientos de la niña»³. La segunda de las sentencias estima que «ni el padre de la menor, ni los abuelos paternos, pueden oponerse a no mediar justo motivo que en el presente caso no existe, a que la menor sostenga trato y relaciones con los abuelos maternos, sin incurrir en un abuso en el ejercicio de la patria potestad, máxime teniendo en cuenta que la madre de dicha menor ha muerto y que es

¹ Artículos 143 y 144, 234.4.º, 931, 933 y 934, todos del Código Civil (en adelante, CC).

² SALANOVA VILLANUEVA, «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», en *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio (1996), pp. 948 y 950, nota 14. En el mismo sentido, RUBIO SAN ROMÁN, *Comentarios al Código Civil* (Coord. Rams Albesa y Moreno Flórez), t. II, vol 2.º, libro primero, títulos V a XII, ed. Bosch (Barcelona, 2000), p. 1498.

³ *Repertorio Jurídico Aranzadi* (en adelante Ar), 1935/1858.

lógico y natural el cariño que los abuelos maternos sienten por su nieta...»⁴.

El antecedente inmediato del vigente artículo 160 CC es la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio⁵. La norma suprimió el antiguo artículo 160 CC e introdujo en el artículo 161 CC el texto ya mencionado que carecía de precedente en nuestro Derecho. Razones como una nueva sensibilidad social en la materia, la debilitación progresiva del poder paterno y control sobre los hijos y el creciente protagonismo del menor así como el influjo del artículo 371.4 del *Code* francés (fruto de la reforma, entonces todavía reciente, de 1970)⁶ explican que desde los primeros trabajos preliminares se hicieran propuestas en la línea de reconocer un derecho de visita al menor sometido a la patria potestad a favor de los abuelos y/o parientes⁷. Por la consideración especial en que se tiene a los abuelos es interesante la ponencia inicial presentada al Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación en febrero de 1978 por uno de sus vocales, el profesor Castán Vázquez. El texto decía: «El padre y la madre no pueden impedir las relaciones personales entre su hijo y los abuelos de éste. Cuando los padres o alguno de ellos alegare que tales relaciones son gravemente perjudiciales para el menor, el Juez decidirá lo procedente a la vista de las circunstancias, pudiendo reglar o suprimir el derecho de visita o de correspondencia de los abuelos. También podrá el Juez, en atención a circunstancias que lo aconsejen, conceder tales derechos a otras personas.» Como el propio vocal ha explicado, al elaborar el primer borrador del Anteproyecto de Ley se adoptó su propuesta en lo esencial pero se «sustituyó la alusión a “los abuelos” por una alusión a “los parientes”, al entender que no solamente los abuelos, sino también otras personas de la familia pueden tener interés en relacionarse con el

⁴ Cito a través de RIVERO HERNANDEZ, *El derecho de visita*, ed. Bosch (Barcelona, 1997), p. 116. La resolución original, de difícil localización, aparece citada en la obra de VIVES LLAMAZARES, *El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*, Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores (Valencia, 1950), p. 77, de donde Rivero la toma.

⁵ BOE núm. 119, de fecha 19 de mayo de 1981.

⁶ Artículo 371.4: «Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal.—En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non». Por Ley núm. 93-22, de 8 de enero, el «tribunal» fue sustituido por el «juge aux affaires familiales».

⁷ RIVERO HERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 116-117.

menor, no como simple excepción posible, que es como se concedía en la ponencia»⁸.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁹, trasladó al artículo 160 del Código el contenido del 161, retocando su redacción (eliminó «de manera plena» en su párrafo primero) y dejando el precepto tal y como hoy se conoce¹⁰.

3. El artículo 160 CC se encuadra en el libro I (De las personas), título VII (De las relaciones paterno-filiales), capítulo primero (Disposiciones generales) del Código Civil. Esta ubicación no es intrascendente desde el punto de vista del análisis, pues al situarse el artículo 160 en el contexto de las relaciones paterno-filiales permite concebirlo como un límite legal a las potestades paternas¹¹. Conviene, por tanto, recordar en sus líneas generales el diseño de la patria potestad en el Código Civil español.

La patria potestad es un poder general de tuición que la ley reconoce a los padres sobre los hijos menores no emancipados o incapacitados (arts. 111, 154 y 171 CC). Es una potestad o función en cuanto que los derechos o facultades que la integran se atribuyen a sus titulares no para que los ejerzan en su propio interés sino para que los actúen en interés y beneficio de los hijos sometidos a ella. La existencia de los derechos o facultades se justifica, así, por el ejercicio de la función. Los deberes y facultades que a los padres competen en la esfera personal del menor se relacionan en el artículo 154.2.º CC: «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». El deber de «velar» por los hijos —comprensivo realmente de todos los demás— supone «cuidar solícitamente»¹² de ellos, comprende tanto la vida física como la moral o afectiva del menor y reclama de sus titulares el control efectivo de la vida de relación de éste. Lo dicho supone la

⁸ CASTÁN VÁZQUEZ, «Comentario al art. 161 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo), t. III, vol. 2.º, Edersa (Madrid, 1982), p. 176.

⁹ BOE núm. 275, de fecha 17 de noviembre de 1987.

¹⁰ Artículo 160.1 CC: «El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial.» La modificación responde a la sustitución de la llamada adopción «plena» por la regulada en la nueva norma.

¹¹ Cfr. SANCHO REBULLIDA en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, vol. 2.º, ed. Bosch (Barcelona, 1989), p. 247; CASTÁN VÁZQUEZ, «Comentario al artículo 154», en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia* (Madrid, 1993), p. 547; SALANOVA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 948.

¹² *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, ed. 21.ª, t. II (Madrid, 1992).

posibilidad de prohibir o limitar cierto tipo de relaciones o las relaciones con determinadas personas. Ahora bien, esta facultad de control de la vida de relación del menor –inspirada siempre por el criterio de su interés– encuentra una doble limitación legal: por un lado, su ejercicio debe efectuarse en la medida de las necesidades del menor o, como dice el artículo 154 CC, «de acuerdo con su personalidad»; de otro, no podrá ejercitarse impeditivamente más que si concurre la «justa causa» del artículo 160.2, legitimadora de la prohibición que veta los contactos entre el menor y sus parientes o allegados¹³.

4. Por lo demás, la dicción negativa del artículo 160.2 CC no ha sido obstáculo al reconocimiento de la existencia de un derecho a las relaciones personales tanto para el hijo menor como para los parientes o allegados¹⁴. En referencia concreta a los abuelos ha dicho el profesor Rivero Hernández, uno de los mejores especialistas españoles en la materia: «[...] existe un derecho de visita autónomo y propio a favor de los abuelos, de que éstos son titulares formales, basado normativamente en las expresiones conocidas del artículo 160, párrafos 2.º y 3.º... ¿Qué otra cosa podría ser ese *quid* jurídico que no puede serle negado sin justa causa, que los abuelos (como otras personas) pueden reclamar jurídicamente en caso de oposición y sobre el que el juez decidirá según criterios que no difieren sustancialmente respecto de los que se manejan para homóloga pretensión de los padres (el interés del menor)?»¹⁵. Más aún, según nuestra mejor doctrina, se trata concretamente de un derecho de visita, que no varía en su definición, funcionalidad, fundamento y caracteres en virtud de quien sea cotitular del mismo junto al menor. En ajustada síntesis del parecer de nuestros autores destaca Salanova: «Recordemos brevemente que el derecho de visita puede definirse [...] como “derecho de naturaleza, o mejor, contenido

¹³ LETE DEL RÍO, «Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)», en *Poder Judicial*, 25 (1992), pp. 147-148.

¹⁴ LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 148; SANCHO REBULLIDA..., *op. cit.*, p. 250; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, col. Jurisprudencia práctica, ed. Tecnos (Madrid, 2000), p. 12. Cuestiona este planteamiento DE PRADA: «El Juez no parece en este precepto obligado a tener en cuenta exclusivamente el interés del hijo, sino también de los parientes y allegados, a los que da la impresión de reconocer un derecho de relación que resulta sorprendente». «La patria potestad tras la reforma del Código civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXV, Edersa (Madrid, 1982), p. 389. Recientemente, SERRANO ALONSO: «La norma es extraña, ya que es dudoso que realmente exista un derecho subjetivo familiar a relacionarse con los parientes, en cualquier caso no existe sanción alguna para el caso de que se impida al menor relacionarse con sus parientes». «Comentario al artículo 160», en *Comentario del Código Civil* (coord. Sierra Gil de la Cuesta), t. 2, arts. 90 al 332, ed. Bosch (Barcelona, 2000), p. 450.

¹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 118.

puramente afectivo, que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin”. Su naturaleza jurídica –desde la perspectiva del visitante– es de derecho-función o derecho de «finalidad altruista», en la medida que no se concede únicamente para satisfacer los intereses de su titular sino para favorecer los del menor visitado, respecto de quien sí se puede hablar en pureza de un derecho subjetivo [...]. Su finalidad estribaría en favorecer y estimular el desarrollo personal del menor merced al fomento de sus relaciones personales con personas dispuestas a demostrarle su cariño y afecto. En cuanto a su fundamento común –es decir, predicable de todos aquellos supuestos en los que las visitas puedan decretarse– sería esa misma relación afectiva, con la que pueden concurrir la existencia de eventuales lazos ya biológicos ya jurídicos entre menor y beneficiario del derecho [...]. En lo que a sus caracteres respecta, cabe apuntar su subordinación al interés del menor, su inclusión dentro del «orden público familiar» y consiguientes innegociabilidad, irrenunciabilidad absoluta e imprescriptibilidad; su innata relatividad y variabilidad en función de las circunstancias concretas del caso así como de la evolución de las mismas, y su carácter de derecho personalísimo y consecuentemente indelegable»¹⁶. Cuestión distinta es que de acuerdo con la relación de parentesco que –junto a la imprescindible de afectividad– una al menor con el visitante la finalidad del derecho se amplíe y su fundamento se refuerce¹⁷.

5. El artículo 160.2 y 3 CC presenta –en su indefinición y amplio tenor– algunas cuestiones de imprescindible consideración. Se refieren éstas a los sujetos y contenido del derecho que el precepto define, a la justa causa obstativa de las relaciones entre abuelos y nietos menores, a las circunstancias con arreglo a las que el Juez debe resolver y, finalmente, al modo de fijación del régimen de las relaciones entre abuelos y nietos.

6. La doctrina ha criticado la desmesurada amplitud con que –con excepción del hijo– el artículo 160.2 CC define a los titulares del derecho de visita. Se habla de «parientes», sin limitación del parentesco que puede invocarse a efectos de ejercitar el derecho de visita. Y la introducción del concepto de «allegado» amplía aún más el alcance del precepto, pues equivale a «cercano» o «próximo», lo que ha llevado a Bercovitz a entender que «en última

¹⁶ SALANOVA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 944, nota 3. Para una explicitación de estos caracteres, *vid.* CÁRCABA FÉRNANDEZ, *op. cit.*, p. 33.

¹⁷ SALANOVA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 944.

instancia, implica la protección de relaciones con cualquier persona»¹⁸. La realidad es que, desde la perspectiva de los abuelos, esa amplitud resulta beneficiosa pues son —exceptuando a los padres— los primeros parientes en línea recta del menor. Según el artículo 108 CC hay que incluir tanto a los abuelos legítimos como a los que derivan su parentesco con el menor de una relación extramatrimonial¹⁹. También a los abuelos que lo son tras una adopción²⁰. El término «allegados» permite, además, dar cobertura a una situación que, si bien excepcional, puede plantearse: ¿qué ocurrirá con los abuelos de un nieto dado en adopción por sus padres? De acuerdo con el artículo 178.1 CC —y salvando los casos previstos en el número 2 del mismo artículo— la adopción extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior. Teóricamente, los abuelos del menor, consanguíneos suyos, podrían ejercitar su derecho de visita no como parientes sino como «allegados»²¹. Aun sin ser mencionados expresamente, la posición de los abuelos aventaja —con mucho— a la de los otros «parientes» y, desde luego, el Juez que resuelva su demanda, al tener que decidir «atendiendo a las circunstancias», no podrá dejar de ponderar la proximidad del parentesco. Como regla general, esta proximidad permitirá presuponer la existencia de afecto, reconociéndose así el derecho a las relaciones con el menor sin necesidad de prueba complementaria alguna. La excepción será entonces privar a los abuelos de su derecho sobre la base de las pruebas aportadas por el progenitor que, alegando una «justa causa», se opone al ejercicio de éste.

7. ¿Cuál es el contenido del derecho de visita de los abuelos? Nuevamente el artículo 160.2 CC se manifiesta con amplitud, pues habla de «relaciones personales». Es acertada la interpretación de Lete cuando señala que seguramente el legislador usó esta fórmula para evitar *a priori* una interpretación restrictiva, en tanto que la palabra «visita», que significa «ir a ver a uno a su casa (domicilio

¹⁸ BERCOVITZ, «Comentario al artículo 161», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (coord. Amorós Guardiola), v. II, ed. Tecnos (Madrid, 1984), p. 1076. Más equilibrada la posición de SANCHO REBULLIDA: «En cualquier caso, no es grave la posible ambigüedad, dada la facultad decisoria del juez, dentro de un amplio arbitrio.» SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 247.

¹⁹ Padres matrimoniales de padre/madre extramatrimonial del menor, o padres extramatrimoniales de progenitor matrimonial del niño. RIVERO HERNANDEZ, *op. cit.*, p. 117.

²⁰ Abuelos adoptantes de progenitor por naturaleza, o padres por naturaleza del adoptante del menor. *Ibidem*.

²¹ Tiene razón María Cárcaba cuando señala que para apreciar tal derecho sería necesario que el niño hubiera tenido antes de ser adoptado estrecho contacto con los abuelos, sin contar con que el hecho de la adopción puede jugar como «justa causa» para que el Juez impida las relaciones demandadas. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 14.

del titular o titulares de la guarda del menor) por cortesía, afecto o amistad», evoca el contenido mínimo del derecho a relacionarse²². En la doctrina es opinión común que las «relaciones personales» del artículo 160.2 CC comprenden los mismos contenidos que el artículo 94 CC señala para los padres en supuestos de separación, nulidad o divorcio²³. Incluirán, por tanto, visitas *stricto sensu*, comunicación o correspondencia (por cualquiera de las vías posibles: telefónica, epistolar u otras similares) y la estancia o alojamiento del menor, incluyendo la pernocta. Aunque formalmente y desde el punto de vista de las facultades que lo integran, el contenido del derecho de visita de los abuelos es equiparable al de los padres; en el caso concreto, la extensión y la periodicidad del derecho de visita de aquéllos se verán reducidas. La razón es doble: la intensa vinculación del hijo menor con los padres (más necesitado de éstos que de sus abuelos) y el deber del progenitor con derecho de visita y titular de la patria potestad de ejercitar ésta precisamente con ocasión de sus contactos con el menor. Tampoco puede descartarse que el juez suprima para los abuelos alguna de las facultades señaladas si así lo demanda el interés del menor al que, en última instancia, se supeditan tanto el derecho de visita de todos como las modalidades y extensión de su ejercicio.

8. Sólo la concurrencia de una «justa causa» podrá enervar la pretensión de los abuelos de relacionarse con su nieto menor (art. 160.2 CC). Es evidente que, sin confundirse con el «interés del menor», la «justa causa» se relaciona con éste²⁴. Pero ¿cómo delimitarla?²⁵.

En términos generales, se considera que concurre una «justa causa» allí donde la relación del menor con los abuelos perjudique al niño porque se ponga en peligro su salud, seguridad, moralidad o educación²⁶. Rivero ha equiparado los «motivos graves» que justifican la suspensión del derecho de visita de los padres en caso de separación, nulidad y divorcio (art. 94 CC) a la «justa causa» del artículo 160.2. Esos motivos graves deberán ser además «serios, legítimos y actuales, más que potenciales» y el juez tendrá que valorarlos «con toda la ponderación y rigor que la trascendencia de

²² LETE DEL RÍO, *op. cit.*, 149.

²³ Artículo 94 CC: «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos en la resolución judicial.»

²⁴ BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 1076.

²⁵ *Vid.* la crítica de SERRANO ALONSO, *op. cit.*, p. 450.

²⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 20; RUBIO SAN ROMÁN, *op. cit.*, p. 1499.

sus consecuencias aconseja»²⁷. La elaboración por parte de la doctrina de un elenco de motivos potencialmente esgrimibles por quienes se oponen al derecho de visita de los abuelos, pero por debajo del nivel de consistencia exigido a la «justa causa», puede iluminar la cuestión²⁸. No son pues «justa causa» a los efectos del artículo 160.2 CC:

- La sola opinión del guardador respecto de la influencia negativa sobre el menor de las visitas de los abuelos.
- Las desavenencias entre guardador y abuelos –presupuestas en el hecho mismo del litigio– que sólo en el caso extremo de que llegaran a desestabilizar al menor serían relevantes.
- La supuesta incompatibilidad de la patria potestad del progenitor con el derecho de visita de los abuelos, que *a priori* son perfectamente conciliables. Únicamente en el caso de que los abuelos pretendieran deliberadamente influir sobre la educación o formación del menor con planteamientos contradictorios a los del progenitor o descalificaciones personales de éste, su derecho de visita entraría en conflicto con los que el artículo 154 CC reconoce única y exclusivamente a los padres²⁹.
- La voluntad del menor contraria –sin otra justificación– a la relación con sus abuelos. No siempre los deseos del menor coinciden con su interés. Y tampoco debe descartarse la influencia que sobre éste pueda haber ejercido el progenitor reacio al contacto con los abuelos. Desde luego, en esta cuestión es determinante la edad del menor, pues no puede valorarse del mismo modo la negativa de un niño de siete años que la de un adolescente de quince³⁰.

La carga de la prueba de la existencia de «justa causa» para impedir el ejercicio del derecho de visita de los abuelos recae sobre quien la haga valer, es decir, sobre los progenitores que vetan la relación entre aquéllos y el menor. Circunstancia que ha permitido deducir tanto la existencia de una presunción *iuris tantum* de que

²⁷ RIVERO HÉRNANDEZ, «El derecho de visita. Ensayo de una construcción unitaria», en RIVERO HÉRNANDEZ *et al.*, *El derecho de visita. Teoría y praxis*, Eunsa (Pamplona, 1982), pp. 177 y ss.

²⁸ Sigo aquí a SALANOVA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 952 y CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 22.

²⁹ Artículo 154 CC, párrafo segundo: «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes.»

³⁰ Sobre el peso que en la valoración del interés del menor pueda tener la voluntad de éste, *vid.* RIVERO HÉRNANDEZ, *El interés del menor*, ed. Dykinson (Madrid, 2000), p. 137.

corresponde al interés del menor mantener relaciones con sus abuelos³¹, como la confirmación de la existencia de un auténtico derecho a favor de éstos³².

9. El juez resolverá –termina el art. 160.3 CC– «atendidas las circunstancias». ¿Qué circunstancias deberá tener en cuenta el órgano judicial para establecer un concreto régimen de visitas a favor de los abuelos? Sobre todo el interés del menor. Será éste el que determine tanto la exclusión del derecho como su extensión (siempre menor que el derecho de visita del progenitor), modalidades (visita en sentido estricto, comunicación, convivencia o solo alguna o algunas de estas facultades) e incluso la modificación del régimen inicialmente previsto. Hay que prestar atención además a la posible variación de las circunstancias objetivas consideradas para fijar el régimen de visitas de los abuelos: pueden haber cambiado los lugares de residencia de abuelos o nietos, los horarios escolares de los menores o laborales de los adultos, etc. Por todo lo dicho, el derecho de visita de los abuelos es esencialmente relativo y variable. Y se entiende bien por tanto que –como ha resaltado la doctrina en relación con las decisiones judiciales que afectan a un menor– las sentencias en materia de derecho de visita no produzcan el efecto de cosa juzgada. Así, cualquier alteración de las condiciones que justificaron un determinado régimen de visitas a favor de los abuelos autorizará a conocer de nuevo el caso.

10. Queda, finalmente, por tratar el modo de fijación del régimen de las relaciones entre abuelos y nietos menores. Se ha planteado aquí, en consonancia con el artículo 160.3 CC, la posibilidad del proceso judicial. Por aplicación de la disposición adicional décima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la vía adecuada para reclamar los abuelos la efectividad de su derecho será el procedimiento de jurisdicción voluntaria, aunque siempre quede a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria; en el caso, a través del juicio verbal³³. Pero nada se opone a que los titulares de la patria potestad lleguen a un acuerdo con los abuelos que, en situación de crisis matrimonial, puede recogerse en

³¹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 26.

³² «Como puede constatare, la carga de la prueba incumbe a los demandados (a los padres que se oponen), lo que constituye confirmación de la existencia de un verdadero derecho subjetivo a favor de los parientes o allegados a relacionarse con el menor.» LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 148.

³³ La disposición derogatoria única 1.1.ª de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, declara la vigencia del libro III de la vieja Ley de 1881, en tanto no entre en vigor la nueva Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (actualmente en fase de elaboración), y señala que las referencias al proceso contencioso procedente contenidas en el libro III se entenderán hechas al juicio verbal (libro II, título III, arts. 437 a 447 de la Ley actual).

el convenio regulador³⁴. La condición de validez de esos pactos será únicamente el respeto del «orden público familiar», dentro del que se incluye el derecho de visita. Recuérdese su innegociabilidad, indisponibilidad y la imposibilidad, por tanto, de transigir sobre él. Así, mientras el objeto del pacto quede limitado a la modalización de las relaciones personales entre abuelos y nietos menores nada se le podrá oponer. De todos modos, esos pactos quedarán supeditados a la decisión judicial en el caso de que, por el desacuerdo o incumplimiento de alguna de las partes, el asunto llegara a los Tribunales: el juez podrá entonces alterar lo acordado en función del interés del menor³⁵.

II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

1. No son muchos los litigios que sobre esta cuestión han llegado al Tribunal Supremo. El número de resoluciones no alcanza la decena. Sin embargo, son suficientes para delimitar las pautas de interpretación del artículo 160.2 y 3 CC. En Auto de 3 de mayo de 2000³⁶ recoge el Tribunal Supremo una buena síntesis de su doctrina. El Fundamento Jurídico³⁷ 3.º dice: « [...] *la sentencia recurrida es plenamente conforme con la doctrina de esta Sala en materia del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos (así, SSTs 7-4-1994, 11-6-1996, 17-9-1996 y 11-6-1998), que mantiene que este tipo de relaciones, que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores [...]. En cuanto a la alegación de que no debería obligarse a cumplir el derecho de los abuelos a relacionarse con el menor sino que debería ser éste quien decidiese ejercitarlo, debe mantenerse con la STS 17-9-1996, que el interés superior del menor, como principio inspirador de todo lo relacionado con él, vincula al Juzgador, a todos los Poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de*

³⁴ Vid. el apartado III de este trabajo.

³⁵ Sobre esta cuestión, vid. SALANOVA VILLANUEVA, *op. cit.*, pp. 966-970.

³⁶ Ar. 2000/3573.

³⁷ En adelante. FJ.

manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, aplicable retroactivamente por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España (así, Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990 [...] principios que en definitiva son los que constituyen la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre el artículo 160.2 CC [...]).»

2. Más allá de esta elocuente síntesis, el Tribunal Supremo ha reafirmado en sus sentencias³⁸ algunos aspectos ya precisados por la doctrina. Así, el Alto Tribunal –que ha insistido en calificar como derecho y, más precisamente, como derecho de visita, la figura recogida por el artículo 160.2 CC al referirse a las relaciones personales entre el hijo y los parientes y allegados³⁹– declara la perfecta compatibilidad entre la relación de patria potestad y el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos⁴⁰, determina que el contenido del derecho de visita de los abuelos no puede ser equiparable al de los progenitores⁴¹, subraya que la «justa causa» impeditiva de las relaciones entre los abuelos y el menor debe tener consistencia superior a las «rencillas personales» pues éstas, por sí solas, son irrelevantes a los efectos del precepto⁴², ordena que sea

³⁸ En adelante, STS.

³⁹ STS 7-4-1994, FJ 4.º (Ar. 1994/2728); STS 11-6-1996, FJ 3.º (Ar. 1996/4756); STS 17-9-1996, FJ 2.º (Ar. 1996/6722).

⁴⁰ STS 11-6-1996, FJ 6.º (Ar. 1996/4756); STS 11-6-1998, FJ 2.º (Ar. 1998/4681); STS 23-11-1999, FJ 1.º (Ar. 1999/8278).

⁴¹ «[...] el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto, fallecido el padre, no puede equipararse o igualarse a la condición que mantenía el menor con su padre, pues el establecimiento de un régimen de visitas a favor de un progenitor, tras una separación, nulidad o divorcio, no sólo descansa en el cariño mutuo y la necesidad afectiva o convivencia 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 la convivencia, sino que también encuentra su apoyo en algo tan importante como es el ejercicio de la patria potestad.» STS 11-6-1996, FJ 4.º (Ar. 1996/477).

⁴² STS 7-4-1994, FJ 6.º (Ar. 1994/2728).

oído el menor⁴³ y, finalmente, atento a la modificación de las circunstancias sucedida a lo largo de la tramitación del proceso, llega –sólo por ese motivo y en aras del interés del menor– a dar lugar a la casación de la sentencia recurrida⁴⁴.

Son también de señalar las alusiones al régimen de visitas pactado entre progenitores y abuelos⁴⁵, delimitándose en STS de 7 de abril de 1994⁴⁶, el valor y el alcance de estos acuerdos en caso de que –pese a ellos– se llegara a entablar contienda judicial: «[...] porque el hecho de que el juez tenga en cuenta para decidir el acuerdo entre las partes es solución razonable que asume el órgano judicial como propia y la reviste de la autoridad de la sentencia» (FJ 2.º). Y, más adelante: «[...] no puede producir la casación que dentro de la menor cuantía se haya admitido como fórmula informativa de la voluntad de las partes respecto de la relación familiar abuelos-nietos el acuerdo de aquéllos con el padre al modo del convenio regulador de los procesos matrimoniales, ya que han servido como ilustración al Juzgado y a la Sala de la Audiencia, que lo aceptan como solución propia y jurisdiccional» (FJ 3.º). Como se verá, este criterio adelanta de algún modo la propuesta de modificación del CC respecto al régimen de la relación abuelos-nietos⁴⁷.

Por último, el Tribunal Supremo llega a recomendar al juzgador de primera instancia que –responsable de la ejecución de la sentencia– vele por que la relación entre abuelos y nietos «se produzca de modo cumplido y satisfactorio» y a tal efecto le sugiere que recurra a «cuantas instituciones (autonómicas y estatales) crea convenientes» así como a «los asesoramientos que precise»⁴⁸.

3. Interesa también presentar algunas sentencias procedentes de Audiencias Provinciales⁴⁹ en la medida en que integran la panorámica jurisprudencial que pretende ofrecerse. Las aquí reseñadas o suponen una desviación de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, o completan de algún modo las pautas hermenéuticas del Alto Tribunal, o bien contemplan cuestiones de hecho que, por serlo, no tienen acceso a la casación.

Sólo una resolución de las consultadas cuestiona la existencia de un derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos menores. El Auto de 7 de abril de 1994 de la Audiencia Provincial de Segovia

⁴³ STS 11-6-1996, FJ 6.º (Ar. 1996/4756).

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ STS 23-11-1999, FJ 2.º (Ar. 1999/8278).

⁴⁶ Ar. 1994/2728.

⁴⁷ *Vid.* apartado III.

⁴⁸ STS 17-9-1996, FJ 2.º (Ar. 1996/6722).

⁴⁹ En adelante. SAP.

via dice: «*De ahí que el artículo 160.2.º establezca no tanto una positiva atribución de derechos como una negativa prohibición de lo que pudiera considerarse un abusivo ejercicio de facultades de la patria potestad por parte de quien es titular de la misma, pues no otra cosa representa el impedir sin justa causa la relación personal del hijo con parientes y allegados*»⁵⁰.

Hay sentencias que, además de al «interés del menor» –justificación última de la relación entre el menor y sus abuelos– apelan al «*principio de buena fe y tolerancia*» que debe regular la relación entre los abuelos y los padres del menor⁵¹.

De la gran mayoría de las resoluciones analizadas se desprende además que se han recabado dictámenes de especialistas (psicólogos, educadores, servicios sociales del Ayuntamiento en que los menores residen, etc.)⁵² y que se ha dado audiencia al menor⁵³.

4. Pero si verdaderamente interesan las resoluciones de las Audiencias Provinciales es porque permiten conocer el criterio de los órganos judiciales a la hora de valorar que sea la «justa causa» del artículo 160.2 CC, cuestión de hecho que –como ya se ha dicho– no puede acceder a la casación. Así, la SAP Segovia de 23 de mayo de 1996 al rechazar como «justa causa» para impedir las relaciones del menor con sus abuelos maternos la «*conducta irregular o perniciosa de los familiares que interesan el reconocimiento de tal derecho*» enumera en su FJ 1.º otras circunstancias que pueden justificar la cesación o negación del régimen de visitas pretendido. Estas circunstancias pueden tener su origen «*[...] bien el alto grado de conflictividad existente entre los progenitores y los parientes que interesan relacionarse con los menores si el mismo puede llegar a afectar negativamente en (sic) las criaturas, bien en el propio estado psicológico de los niños que determine un riesgo de desestabilización importante o una perturbación anímica que pueda incidir en el desenvolvimiento de su vida afectiva y en el normal desarrollo de su personalidad*»⁵⁴. Situación, esta segunda, que la Audiencia aprecia en el caso. La SAP de Lleida de 28 de febrero de 2000 descarta en su FJ 4.º que las «*tensas relaciones familiares*» constituyan «justa causa» para suspender el derecho de relación de que venimos tratando y ello porque «*toda la doctrina*

⁵⁰ Auto AP Segovia 7-4-1994, FJ 1.º (Ar. 1994/615).

⁵¹ SAP Toledo 3-6-1994, FJ 1.º, *in fine* (Base de Datos Jurisprudencia El Derecho 1994/7522).

⁵² SAP Segovia 23-5-1996, FJ 1.º (BDJ El Derecho 1996/4721) y SAP Lleida (Sección 1.ª) 28-2-2000, FJ 4.º (Ar. 2000/767).

⁵³ SAP Segovia 23-5-1996, FJ 1.º (BDJ El Derecho 1996/4721) y SAP Lleida (Sección 1.ª) 28-2-2000, FJ 5.º (Ar. 2000/767).

⁵⁴ SAP Segovia 23-5-1996, FJ 1.º (BDJ El Derecho 1996/4721).

jurisprudencial sobre esta cuestión parte de una interpretación restrictiva del motivo de oposición». Razón por la que «no es posible llegar a afirmar que las difíciles y tensas relaciones entre abuela y madre —que son, respectivamente, madre e hija— puedan ser motivo suficiente para anular aquel derecho»⁵⁵. En la misma línea, la SAP Barcelona de 14 de septiembre de 2000 rechaza que «una situación de tirantez entre ambas familias y la constatación de dos discusiones entre la hermana y la madre de la demandada, con ocasión precisamente del intento de los abuelos de visitar a los nietos» justifique la privación del derecho de éstos a las relaciones personales con sus nietos menores⁵⁶.

5. En general, las Audiencias Provinciales muestran gran moderación y un estilo conciliador, exhortando a las partes en conflicto a la responsabilidad⁵⁷, a que resuelvan sus desavenencias por la vía del acuerdo⁵⁸ y recomendando, allí donde es posible, el recurso a la mediación⁵⁹.

6. Finalmente, una apreciación respecto de las sentencias de las Audiencias Provinciales de Lleida y Barcelona consideradas. Por razón de la vecindad civil de los litigantes, ambas resoluciones aplican Derecho civil catalán, concretamente el artículo 135.2 del Código de Familia de Cataluña⁶⁰ que, sobrepasando el planteamiento del Código Civil, reconoce no sólo el derecho de los abuelos —a los que menciona expresamente— a relacionarse con sus nietos sino que obliga a los padres a facilitar esta relación. El precepto dice textualmente:

«El padre y la madre deben facilitar la relación del hijo o hija con los parientes, especialmente con el abuelo y la abuela, y demás personas y sólo la pueden impedir cuando exista justa causa.»

⁵⁵ Ar. 2000/767.

⁵⁶ SAP Barcelona 14-9-2000 (Sección 12.ª), FJ 2.º (Ar. 2000/1736).

⁵⁷ «[...] y llamando incluso la atención de los padres y de los abuelos para que mediten en relación con sus posibles responsabilidades [...]» SAP Segovia 23-5-1996, FJ 1.º (BDJ El Derecho 1996/4721). «[...] debiendo todos deponer su encono para que tengan lugar en un clima de distensión y normalidad (se refiere el Auto a los “contactos breves y periódicos” que decreta).» Auto SAP Asturias (Sección 4.ª) 19-1-1998, FJ 4.º (Ar. 1998/2969).

⁵⁸ «Aunque lo ideal hubiera sido que las partes tendiesen a aproximarse por la vía del diálogo.» SAP Toledo 3-6-1994, FJ 1.º (BJ El Derecho 1994/7522).

⁵⁹ «En cualquier caso, este régimen debe entenderse igualmente aplicable sin perjuicio de los acuerdos particulares que en su caso puedan alcanzar los ahora litigantes, ya sea por sí mismos o mediante la intervención o mediación de los servicios psicosociales en caso de solicitarse su actuación, pues resulta indudable que el mejor modo de cumplirlos pasa por la voluntariedad manifestada en convenios que alcancen directamente los interesados, pues de este modo se evitan las innecesarias tensiones que puedan repercutir en el menor.» SAP Lleida (Sección 1.ª) 28-2-2000, FJ 5.º (Ar. 2000/767).

⁶⁰ Ley 9/1998, de 15 de julio (Parlamento de Cataluña), del Código de Familia. BOE núm. 198, de fecha 19 de agosto de 1998.

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO

1. Esta exposición quedaría incompleta si no abordase una reciente iniciativa parlamentaria que tiende a precisar y reforzar la posición de los abuelos frente a sus nietos. Me refiero a la moción presentada por el Grupo Popular en el Senado que, tras una enmienda transaccional y con el apoyo de todos los grupos de la Cámara, fue aprobada el 30 de mayo de 2000. Su texto definitivo dice así:

«El Senado insta al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, que los hijos mantengan las relaciones personales, singularmente y de forma especial con sus abuelos.

Asimismo, el Senado insta al Gobierno a que en el ámbito de la anterior reforma aborde el tratamiento más adecuado de las relaciones con los hijos, en caso de ruptura familiar, con los demás parientes y allegados»⁶¹.

2. La moción tiene su origen en una Proposición no de Ley, presentada en la VI Legislatura por el Grupo Popular para su debate en el Pleno del Congreso⁶². La Proposición fue debatida el 14 de diciembre de 1999, aprobándose por 294 votos a favor y 13 abstenciones⁶³. El final de la legislatura, debido a la convocatoria de elecciones generales, supuso la caducidad de la iniciativa. La Diputada proponente, María José Mora Devis, Senadora por Valencia en la VII Legislatura, abogada y buena conocedora del problema a través de su experiencia profesional, volvió a presentar bajo la forma de moción la Proposición no de Ley anteriormente caducada para su debate en el Pleno del Senado. Su texto inicial decía:

«El Senado insta al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, la posibilidad de que los hijos continúen su comunicación y relación de afectividad con sus abuelos, recabando al efecto el dictamen de especialistas»⁶⁴.

⁶¹ *BOCG (Boletín Oficial de las Cortes Generales)*, serie I, núm. 21, de fecha 5 de junio de 2000. Para el debate y aprobación, *vid. DS (Diario de Sesiones)*, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, pp. 134 y ss. Agradezco a la Senadora del Grupo Popular doña María José Mora Devis (autora de la moción y Diputada en la VI Legislatura) su amabilidad al proporcionarme una valiosa información sobre lo ocurrido en el Congreso y el Senado.

⁶² *BOCG*, serie D, núm. 516, de fecha 7 de diciembre de 1999.

⁶³ *DSCD (Diario de Sesiones Congreso de los Diputados)*, Pleno y Diputación Permanente, núm. 280, de fecha 14 de diciembre 1999, p. 15091.

⁶⁴ *BOCD (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados)*, serie I, núm. 19, de fecha 29 de mayo de 2000.

3. ¿En qué fundamentos se apoya la moción? En primer lugar, en el artículo 39 de la Constitución española en cuanto establece el mandato para los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En este contexto, los hijos menores se contemplan como objeto de una especial protección y muy particularmente en caso de ruptura matrimonial dada su vulnerabilidad. Los poderes públicos deben, en estos casos, velar por la protección del menor asegurándole «la preservación de un ámbito adecuado de educación y desarrollo». En consecuencia, «uno de los factores que debe ser objeto de atención prioritaria es la estabilidad afectiva del menor, dentro de un espacio de socialización adecuado». En ese espacio de socialización –se dice– no sólo se contemplan las relaciones paterno-filiales, que no agotan el ámbito familiar, pues como señala el artículo 160 CC también existen otras relaciones con parientes y allegados que, «en interés del menor, pueden y deben ser objeto de regulación en los casos de ruptura matrimonial».

En segundo término, la moción se justifica aduciendo la *insatisfactoria regulación de esas otras relaciones– con parientes y allegados* –por dos razones diversas y complementarias: de una parte, debe prestarse más atención a la relación de los nietos con los abuelos «sin que quepa incluirlos dentro del ámbito genérico de los allegados y demás parientes de acuerdo con la importancia sociológica que la consideración de los abuelos guarda en relación con sus descendientes, y de los elementos positivos de estabilidad que pueden aportar éstos a la educación del menor, por encima y más allá de la situación de ruptura de la pareja»; de otra, «la autoridad moral de los mayores puede contrarrestar las situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores proporcionando los referentes necesarios y seguros al menor en su propio entorno, pudiendo servir, en consecuencia, para neutralizar aquellos sentimientos negativos, entorpecedores del normal desenvolvimiento de la afectividad del menor».

La fundamentación concluye con una afirmación rotunda: «no es adecuado ni procedente el régimen legal previsto para la preservación de las relaciones entre los abuelos y los nietos en caso de ruptura familiar, y... el legislador debiera prever un sistema singular, más explícito y reforzado, que supere la posición meramente adhesiva y secundaria que la actual regulación depara a este caso». Se destaca también que no pretende la iniciativa limitar la discrecionalidad del órgano jurisdiccional al valorar cada caso desde la perspectiva del menor, antes bien, «se trata de poner de relieve un punto de atención necesario en el establecimiento de medidas adecuadas

al interés de aquél, evitando que por la pasividad procesal de algunas partes, el desinterés de los progenitores, o la propia inercia de los poderes públicos puedan lesionarse elementos positivos de socialización y educación del menor en el ámbito familiar».

4. El Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés presentó una enmienda proponiendo la supresión de la referencia al dictamen de especialistas y extendiendo su alcance, más allá de los abuelos –a los que se mencionaba explícitamente– a «otros parientes y allegados»⁶⁵. Con el propósito de alcanzar un consenso previo al debate, el Grupo Popular promovió las conversaciones necesarias para llegar a una enmienda transaccional, que se presentó –suscrita por todos los grupos parlamentarios con representación en el Senado– en los términos en que después fue aprobada⁶⁶.

5. El debate de la moción en el Pleno del Senado ofrece aspectos de gran interés con cuatro intervenciones –hubo algunas más– destacables por su contenido. Por el Grupo Popular intervino la Senadora Mora Devis señalando que no se trataba tanto de reformar el artículo 160 CC como de proporcionar seguridad a los menores y de evitar la judicialización de la relación de afectividad que une a los nietos con los abuelos. Se trata –dijo– «de que los poderes públicos, en cumplimiento del artículo 39.2 de la Constitución⁶⁷, realmente aseguren a los niños su derecho de relación de afectividad con sus abuelos, pero –¡ojo!– desde el mismo instante de la declaración de separación matrimonial; ése es el instante de crisis: ahí precisamente es donde debemos estar y ahí está el fundamento de esta moción»⁶⁸. El Senador Molas i Batllori, del Grupo Parlamentario de la Entesa Catalana de Progrés, manifestó su posi-

⁶⁵ Enmienda del GPECP: «El Senado insta al Gobierno a que en plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule de forma singular, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, que los hijos mantengan las relaciones personales con sus abuelos, además de con otros parientes y allegados.» *BOCG*, serie I, núm. 21, de fecha 5 de junio de 2000.

⁶⁶ Propuesta de modificación presentada por los Grupos Parlamentarios Popular en el Senado, Socialista, de Senadores Socialistas Vascos, Catalán en el Senado de Convergencia i Unio, Entesa Catalana de Progrés, de Senadores de Coalición Canaria y Mixto: «El Senado insta al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, que los hijos mantengan las relaciones personales, singularmente y de forma especial con sus abuelos. Asimismo, el Senado insta al Gobierno a que en el ámbito de la anterior reforma aborde el tratamiento más adecuado de las relaciones de los hijos, en caso de ruptura familiar, con los demás parientes y allegados.» *BOCG*, serie I, núm. 21, de fecha 5 de junio de 2000.

⁶⁷ El artículo 39.2 de la Constitución española dice: «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.»

⁶⁸ *DS*, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, p. 136.

ción favorable a la moción –una vez acogida la enmienda de su grupo– y señaló la necesidad de que se reconociera jurídicamente, con el tratamiento especial que se proponía, la aportación de los abuelos a la familia en términos de solidaridad, mantenimiento y equilibrio⁶⁹. La Senadora Etxegoyen Gaztelumendi del Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos puso de relieve la relativa importancia de la moción en cuanto que lo esencial sería su instrumentación técnica y normativa: «me da la sensación de que a nosotros y a nuestros compañeros en el Congreso de los Diputados nos va a tocar trabajar una vez que tengamos el texto del anteproyecto o el proyecto de ley a este respecto»⁷⁰. Particularmente acertada fue la intervención del Senador Capdevila i Bas del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió, quien precisó que no debía hablarse tanto del derecho de los abuelos a relacionarse con el menor como del «derecho del menor a relacionarse con los abuelos». Debería garantizarse además de manera expresa la audiencia del menor (exigida por el art. 9 de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero) y recabar el dictamen de especialistas (reclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo). Por último, señaló la pertinencia del artículo 160 CC, para terminar fijando el sentido y alcance de la moción que se debatía: «el regular este tema dentro del campo de la crisis y ruptura de pareja y establecer con mayor concreción estas medidas tiene por objeto que el juez pueda adoptarlas con las demás, al inicio de cualquier procedimiento, para que puedan ejercitarse precisamente en el mismo momento que aquéllas y, sobre todo, que no ocurra lo que ha dicho la Senadora Mora: que se entable un procedimiento declarativo que se resuelva transcurridos varios años, normalmente tras siete u ocho años de pleitear»⁷¹.

Finalizado el debate, el Vicepresidente de la Cámara dio lectura a la propuesta de modificación firmada por los portavoces de los Grupos Parlamentarios que sustituía a la moción original y preguntó si podía entenderse aprobada por asentimiento. Hubo asentimiento y la moción quedó aprobada⁷².

6. Aunque es pronto para establecer conclusiones, la moción parece seguir la tendencia que se instaura en el ordenamiento español con la reforma en 1990 del artículo 93 CC⁷³. Al precepto se le

⁶⁹ DS, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, pp. 136-137.

⁷⁰ DS, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, p. 139.

⁷¹ DS, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, p. 140.

⁷² DS, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, p. 142; *BOCG*, serie I, núm. 21, de fecha 5 de junio de 2000.

⁷³ Realizada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. El artículo 93 CC dice:

añadió un segundo párrafo que abrió la posibilidad de ventilar en el proceso matrimonial de los progenitores la reclamación de alimentos de los hijos mayores de edad o emancipados carentes de ingresos propios, evitando así nuevos litigios y enfrentamientos familiares⁷⁴.

A la espera de conocer el Proyecto de Ley de reforma del Código Civil –todavía en fase de elaboración por el Ministerio de Justicia– y sin adelantar soluciones concretas que la moción no ha querido precisar, parece sin embargo que según su tenor:

- Se mantendrá el artículo 160 CC, definitorio del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, que jugará sobre todo en caso de fallecimiento de uno de los progenitores del menor. No puede descartarse alguna modificación en su texto para coordinar su dicción con la reforma propuesta.
- Dado que, con el propósito de evitar litigios, será necesario determinar en el proceso de separación o divorcio de los progenitores el régimen de las relaciones entre abuelos y nietos menores de edad, sufrirán modificación los artículos 90 y 103 CC. El artículo 90 CC regula el contenido mínimo del convenio regulador, que es preceptivo para la tramitación de demandas de separación o divorcio solicitados por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. De lo que se trata es de incluir en ese contenido inexcusable el régimen de las relaciones entre los nietos menores y los abuelos. El artículo 103 CC enumera las medidas que, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio y a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, el juez deberá adoptar. De acuerdo con la finalidad de la reforma será preciso introducir una nueva medida dirigida a establecer –si procede– y regular el régimen de la relación entre abuelos y nietos.

«El juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.»

⁷⁴ Para una visión de conjunto de la reforma, *vid.* GAYA SICILIA, «Crisis matrimoniales y alimentos de los hijos mayores de edad», en *Familie und Recht*, Festgabe der Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder, Universitätsverlag (Freiburg Schweiz, 1995), pp. 273-288. Con mayor profundidad y perspectiva de tiempo, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad (Estudio del art. 93.2 del Código Civil)* (Valencia, 1999). Pero recordemos el cúmulo de problemas, procesales sobre todo, a que la reforma dio lugar. Uno de ellos, el de la legitimación activa para reclamar los alimentos, ha sido recientemente resuelto por la STS 24-4-2000 (Ar. 2000/3378). Esperemos que la reforma en trámite se haga con más rigor.

- Por imperativo del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁵, del artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁷⁶, en concordancia con los artículos 92 CC y 770.4 y 777.5 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y teniendo en cuenta una praxis jurisprudencial consolidada, convendrá que la proyectada reforma contemple expresamente la audiencia del menor en el proceso matrimonial en que se decida sobre la relación de éste con sus abuelos.
- La salvaguarda del interés superior del menor (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño)⁷⁷ así como el criterio del «beneficio de los hijos» (art. 154 CC) aconsejan la expresa mención del dictamen de especialistas –tal y como hace el art. 92 CC– con el que se deberá contar para determinar si es conveniente y en qué medida los abuelos se relacionen con el menor. Con ello no se haría más que normativizar una práctica ya instaurada en este tipo de procesos: no se olvide que, según lo que manifiestan las sentencias consideradas, el recurso a médicos, psicólogos, educadores y trabajadores sociales es algo habitual.
- Se imponen también cambios desde el punto de vista procesal. Tras la reforma procederá acudir al proceso especial de

⁷⁵ Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, *BOE* núm. 131, de fecha 31 de diciembre de 1990): «1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»

⁷⁶ Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: «1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercer este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.»

⁷⁷ «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.»

los artículos 769 a 777 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, modificándose además la posición de los abuelos, que de actores pasarán a ser terceros a los que habrá que llevar al proceso.

7. Finalmente, no pueden obviarse las consecuencias de esta reforma desde la perspectiva del Derecho comunitario europeo. La Senadora Mora Devis, en su intervención en el Pleno del Senado, ya había manifestado –con cita del número 34 del apartado VI de los Acuerdos adoptados en el Consejo Europeo de Tampere (15-16 de octubre de 1999)⁷⁸– que la reforma que proponía, además de ser pionera en Europa, supondría que «el derecho de visitas de los niños con sus abuelos tendrá cumplimiento efectivo e instantáneo en todos los países de Europa»⁷⁹. Los acontecimientos posteriores han venido a darle la razón pues, en efecto, el pasado 1 de marzo de este año de 2001 entraba en vigor el Reglamento (CE) número 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁸⁰. El Reglamento –conocido como «Reglamento Bruselas II»– es consecuencia de la comunitarización del Derecho internacional privado que se está produciendo tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y, en particular, como resultado de los artículos 61 *c*) y 65 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁸¹. El Reglamento es obligatorio para los países comunitarios –con la única excepción de Dinamarca– y no ha requerido acto

⁷⁸ Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la Presidencia: VI. Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. 34. «En materia civil, el Consejo Europeo pide a la Comisión que formule una propuesta para reducir aún más las medidas intermedias que siguen exigiéndose para el reconocimiento y ejecución de una resolución o sentencia en el Estado requerido. El primer paso ha de consistir en suprimir dichos procedimientos intermedios para los expedientes relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía y para determinadas sentencias en el ámbito de los litigios familiares (por ejemplo, demandas de pensión alimenticia y derechos de visita). De ese modo, dichas resoluciones se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución. Ello podía ir acompañado del establecimiento de normas mínimas sobre aspectos concretos del Derecho procesal civil.» Documento accesible en <http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/index.htm>.

⁷⁹ *DS*, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, p. 136.

⁸⁰ *DOCE*, L, 160, de 30 de junio de 2000.

⁸¹ *DOCE*, C, 340 de 10-11-1997. Artículo 61: «A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará: *c*) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65.» Artículo 65: «Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: *a*) mejorar y simplificar: ... el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales...»

alguno de incorporación al ordenamiento interno. Como señala en su Considerando (4) : «La disparidad entre determinadas normas nacionales en cuanto a competencia y reconocimiento hace más difícil la libre circulación de las personas así como el buen funcionamiento del mercado interior. Se justifica, por consiguiente, adoptar disposiciones mediante las que se unifiquen las normas de conflicto de jurisdicciones en las materias matrimoniales y de responsabilidad parental, simplificándose los trámites con el fin de un reconocimiento rápido y automático de las resoluciones judiciales y de su ejecución». Estas disposiciones son las contenidas en el capítulo III del Reglamento («Reconocimiento y ejecución»).

Pero lo que aquí interesa es que el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos se verá afectado por la vigencia del Reglamento Bruselas II. Si, finalmente, la modificación del Código Civil propuesta se lleva a cabo, las sentencias españolas que pongan fin al proceso de separación o divorcio de los padres de un menor incluirán de modo necesario el régimen de la relación entre nietos y abuelos y en cuanto resoluciones judiciales en materia matrimonial serán reconocidas y ejecutivas en los países comunitarios en los términos del capítulo III del Reglamento Bruselas II⁸². Por donde resultará que el «sistema singular, más explícito y reforzado»⁸³ que se pedía al legislador para la relación abuelos-nietos quedará también robustecido en su dimensión territorial.

⁸² Sobre estas cuestiones, *vid.* ILLÁN FERNÁNDEZ, *Los procesos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La Ley 1/2000, de 7 de enero y el Reglamento Bruselas 1347/2000/CE, de 29 de mayo de 2000* (Pamplona, 2000), pp. 77-104.

⁸³ *BOCG*, serie I, núm. 19, de fecha 29 de mayo de 2000.

