

EL DERECHO DE RELACIÓN PERSONAL DE LOS ABUELOS CON
LOS NIETOS. REFLEXIONES AL HILO DE LA STS NÚM. 723/2013,
DE 14 DE NOVIEMBRE.

THE RIGHT OF PERSONAL RELATIONSHIP BETWEEN
GRANDPARENTS AND GRANDCHILDREN. A FEW COMMENTS
INSPIRED ON STS NO. 723/2013, OF NOVEMBER 14

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 195-212.

Fecha entrega: 08/03/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

· Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO DER2013-47577-R, “Impacto social de las crisis familiares”.

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de investigación F.P.U. en el Departamento de Derecho Civil de la
Universidad de Valencia. Secretario General del IDIBE
pedro.chaparro@uv.es

RESUMEN: El Tribunal Supremo considera que la pernocta del menor con sus abuelos no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente; habrá que atender, por tanto, a cada caso concreto para analizar la conveniencia de su concesión.

PALABRAS CLAVE: abuelos, nietos, menor, régimen de visitas, pernocta.

ABSTRACT: The Supreme Court considers that the overnight of the minor with his grandparents can not be granted always but neither can be prohibited indiscriminately. We must pay attention, therefore, to each case to analyze the appropriateness of the overnight.

KEY WORDS: grandparents, grandchildren, minor, visiting arrangements, overnight.

SUMARIO: I. DESGRANANDO EL SUPUESTO DE HECHO.- II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.- III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE ABUELOS Y NIETOS: LA LEY 42/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE.- IV. LA MODIFICACIÓN DEL ART. 160.II CC Y SUS CONSECUENCIAS.- 1. LA REFERENCIA EXPRESA A LOS ABUELOS EN EL ART. 160.II CC.- 2. LA NECESIDAD DE “JUSTA CAUSA” PARA IMPEDIR LA RELACIÓN DE LOS ABUELOS CON SUS NIETOS.- 3. CONCEPTO DE “JUSTA CAUSA”.- V. EL DERECHO DE RELACIÓN PERSONAL DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS.- 1. NATURALEZA Y CARACTERES DEL DERECHO.- 2. VIGENCIA DEL DERECHO.- 3. TITULARIDAD DEL DERECHO.- 4. CONTENIDO DEL DERECHO.

I. DESGRANANDO EL SUPUESTO DE HECHO.

La sentencia que sirve de hilo conductor de este estudio aborda la cuestión de la relación entre los abuelos y los nietos. En la demanda que presentan los abuelos se solicita un amplio régimen de visitas, justificado por la estrecha relación que los mismos tenían con los menores al haber vivido en un piso superior del negocio familiar. Concretamente, se puede distinguir entre un régimen ordinario de visitas y otro, por así decirlo, extraordinario, que vendría referido a los períodos vacacionales.

Respecto del régimen ordinario de visitas, es decir, aquel que se desarrollaría en períodos laborales de la madre del menor y escolares de éstos, los abuelos y los tíos paternos piden al Juzgado de Primera Instancia tener en su compañía a los menores dos tardes por semana, martes y jueves, durante dos horas (aproximadamente de las 18.00 horas hasta las 20.00 horas). Asimismo, se solicita tener a los menores fines de semana alternos (pares con la madre e impares con los abuelos y tíos), desde las 11.00 horas del sábado hasta las 20.00 horas del domingo.

En cuanto al régimen de visitas extraordinario, los abuelos distinguen según cuál sea el período vacacional. Así, en las vacaciones de Navidad, aquéllos solicitan tener consigo a los menores, en los años impares, cuatro días, desde el 23 al 26 de diciembre (ambos inclusive), y en los años pares, los días 30 al 1 (ambos inclusive), y siempre la tarde del día de Reyes. En las vacaciones de Semana Santa, en los años impares, se solicita tenerlos cuatro días, desde el Domingo de Ramos hasta el Miércoles Santo (ambos inclusive), y en los años pares, desde Jueves Santo hasta el Domingo de Resurrección (ambos inclusive). En fin, en las vacaciones de verano, se solicita tener a los menores la segunda semana del mes de julio y la segunda semana del mes de agosto en

los años impares, y la primera semana de cada mes, julio y agosto, de los años pares.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda presentada, acordando que los abuelos puedan estar en compañía de sus nietos una vez por semana, los miércoles de 18.00 a 20.00 horas. Asimismo, estableció que en los fines de semana los abuelos podrán tener consigo a los menores el segundo y el cuarto domingo de cada mes, desde las 12.00 a las 20.00 horas (salvo que el domingo que corresponda a los abuelos coincida con vacaciones de Navidad o Semana Santa, en cuyo caso las visitas se reducirán a dos horas por la tarde de 18.00 a 20.00 horas). En fin, el Juzgado de Primera Instancia determinó que los menores pasen con sus abuelos dos horas de la tarde del día de Reyes, de 18.00 a 20.00.

Frente a tal resolución, los abuelos interpusieron recurso de apelación, que fue estimado de nuevo en parte, fijándose el siguiente régimen de visitas: 1º) estancia con los menores los miércoles de 18.00 a 20.00 horas, recogidos y entregados en el domicilio materno; 2º) estancia con los menores durante el último fin de semana de cada mes, desde las 20.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo, recogidos y entregados en el domicilio materno; 3º) estancia con los menores en cada año, desde las 12.00 a las 16.00 horas del día de Reyes, recogidos y entregados en el domicilio materno; y 4º) estancia con los menores una semana cada año, desde las 18.00 horas de un viernes hasta las 20.00 horas del siguiente, durante los meses de julio o agosto en modo que no interfiera o interrumpa el período vacacional de la madre, recogidos y entregados en el domicilio materno.

Como se observa, la sentencia de la Audiencia Provincial amplía ligeramente el régimen de visitas establecido por la sentencia de primera instancia. Ante esto, la madre de los menores decide combatir dicha resolución en sede casacional.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

En el recurso de casación, la madre de los menores alega una razón de interés casacional, cual es la pretendida contradicción entre distintas sentencias de Audiencias Provinciales en la interpretación del art. 160 CC.

Para la parte recurrente (la madre de los menores), el motivo de contradicción consiste en si la fijación de la pernocta del menor con sus abuelos y parientes siempre tiene que estar reconocida o en su caso atendiendo a la edad del menor no se debe conceder con carácter general.

Alega en este sentido que el régimen de visitas para unos menores que tienen tres años de edad es excesivamente amplio, pues no considera recomendable la pernocta en casa de los abuelos, al hilo de lo cual cita dos sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz.

El Tribunal Supremo, sin embargo, y previa cita de su doctrina en la materia, según la cual la pernocta de los menores con los abuelos deberá analizarse según las circunstancias de cada caso [STS 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577)], considera que “no es el primer caso en que se autoriza la pernocta de los menores con los abuelos, en períodos convenientemente ponderados, por lo que no estamos ante un tema novedoso”. Añade, además, que en sentencias anteriores “ya ha dado una respuesta suficientemente clara a la cuestión, no impidiendo la pernocta, pero tampoco generalizándola, pues habrá que estar a las circunstancias del caso”. Es decir, la pernocta no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente.

Por lo demás, el Tribunal Supremo transcribe algún pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, a fin de resaltar la importancia que en la actualidad debe otorgarse a la relación abuelos-nietos. Tal importancia justifica el régimen de visitas acordado por la Audiencia Provincial, que rechaza “el amplio régimen de estancia que pretendían los demandantes” y reduce “la pernocta a un fin de semana al mes y a una semana de vacaciones al año, solución moderada, que respeta el derecho de la madre, y el interés de los menores a mantener el contacto con la familia paterna, como factor estabilizador y emocionalmente enriquecedor, dado que los menores tenían tres años cuando se dicta la sentencia del juzgado, y hoy día cinco años”.

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE ABUELOS Y NIETOS: LA LEY 42/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE.

No cabe duda de la enorme importancia que tienen los abuelos en las relaciones familiares, especialmente en lo relativo al cuidado y a la educación de los nietos. En el abuelo encuentra el nieto a ese cómplice que le consiente y que le transmite valores por medio de la experiencia.

En la actualidad, el cambio de modelo social, impulsado por la progresiva incorporación de la mujer al trabajo, ha llevado a que los abuelos (al tiempo que otras instituciones como guarderías o escuelas) desempeñen un papel más importante aún en la educación de sus nietos, habida cuenta, por regla

general, su disponibilidad para hacerse cargo de los menores mientras sus padres trabajan¹.

Y es que el rol que los abuelos desempeñan en la actualidad dista mucho del de antaño, en que la propia figura del abuelo inspiraba, como se ha afirmado, un respeto “casi reverencial”².

La importancia de los abuelos en las relaciones familiares, con todo, encuentra algún detractor en la doctrina. Así, ARIAS DÍAZ considera que la importancia de los abuelos está sobrevalorada (“Hay una especie de confianza ciega”, remarca), máxime en un momento como el actual, en el que los valores que pueden aportar seguramente disten bastante de los que transmiten la propia sociedad o los medios de comunicación³. En mi opinión, los valores y experiencia que pueden aportar los abuelos son insustituibles y totalmente necesarios, y, en ningún caso, incompatibles con los modelos o referentes que marquen las tendencias sociales⁴.

En fin, toda vez constituir los abuelos una influencia positiva (e incluso necesaria) en la educación de los nietos, tal relación puede quedar menoscabada en múltiples y variados casos: a) así, hoy en día son muy frecuentes los casos de crisis familiares, en los que la custodia de los menores se atribuye a uno solo de los cónyuges, quedando el otro sometido a un régimen de visitas: es evidente que, en estos casos, los padres del progenitor no custodio difícilmente podrán continuar la relación con sus nietos, especialmente en los casos de dejación de la relación con sus hijos por parte del progenitor no custodio; b) igualmente, tales relaciones pueden ser también impedidas u obstaculizadas en los casos en que, habiendo fallecido

¹ V. en este sentido MONTES RODRÍGUEZ, M^a. P.: “El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003”, *Rev. boliv. de derecho* (2014), núm. 18, p. 581, quien pone de manifiesto esta función asistencial de los abuelos, al tiempo que habla del fenómeno de la “abuela esclava”.

² V. a este respecto GRACIA IBÁÑEZ, J.: “El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica”, *REDUR* (2012), núm. 10, p. 107, quien acertadamente dice que los abuelos “se han bajado del pedestal”.

³ ARIAS DÍAZ, M^a. D.: “Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos”, *Diario La Ley* (2005), 7 febrero 2005, núm. 6184, p. 1.

⁴ De algún modo, este carácter complementario a la educación del menor, si se quiere, más tradicional, que pueden aportar los abuelos, ya se atisbó en la importante STS 11 junio 1996 (RJ 1996, 4756), que, en un supuesto en el que los abuelos reclamaban para sí un régimen de visitas a su nieto de 14 años, afirmó 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”.

uno de los padres, exista un conflicto personal entre los abuelos (padres del progenitor fallecido) y el progenitor vivo; o c) puede ocurrir también que uno de los progenitores del menor no tenga relación con sus propios padres, abuelos del menor, lo que impediría en consecuencia la relación abuelos-nietos.

Es en este contexto en el que surge la necesidad de implementar medios para que la relación entre abuelos y nietos pueda producirse y tener continuidad en los casos de crisis familiares. Desde un punto de vista normativo, el cambio se produjo, hace ya algún tiempo, con la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

Con la referida ley se buscó, como señala su Exposición de Motivos, prestar una mayor atención a las relaciones entre abuelos y nietos, dado que “Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia”, pudiendo quedar afectado dicho papel en los casos de situaciones de crisis matrimonial, de abandono de relaciones familiares no matrimoniales o de cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores. Y es que los abuelos “disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo”.

Los propósitos de la ley, desde luego, eran totalmente loables. Es momento ahora de verificar, más de una década después de la promulgación de la ley, si sus disposiciones han resultado realmente efectivas en orden a mantener y/o reforzar las relaciones entre abuelos y nietos, o si, por el contrario, su aportación ha sido más bien escasa, respondiendo su promulgación únicamente, como algún autor se ha cuestionado, a la necesidad de seducir, ante la proximidad en el tiempo de las elecciones generales de 2004, a un segmento de la población, cada vez mayor por el progresivo envejecimiento de ésta, como es el de la tercera edad⁵.

IV. LA MODIFICACIÓN DEL ART. 160.II CC Y SUS CONSECUENCIAS.

Una de las cuestiones que saltó a la palestra tras la aprobación de la Ley 42/2003 era si las modificaciones del Código Civil que ordenaba aportaban alguna novedad con respecto a la situación anterior en lo que al derecho de visita de los abuelos se refiere.

⁵ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004”, *CCJC* (2005), núm. 68, p. 755.

1. La referencia expresa a los abuelos en el art. 160.II CC.

Especialmente criticada ha sido la modificación del art. 160.II CC, al entenderse que la mención expresa a los abuelos que se efectúa en la nueva redacción del precepto es superflua, por cuanto la mera mención a “otros parientes y allegados” de la anterior redacción del precepto ya incluía de suyo a los abuelos⁶.

Cierto es que, como bien se ha apuntado, el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos podía entenderse comprendido en la genérica mención que el art. 160.II CC, en su redacción anterior a la Ley 42/2003, realizaba a “otros parientes y allegados”⁷.

Pero no es menos cierta otra realidad, y es que, habiendo comprendido el legislador la necesidad de la relación abuelo-nieto, y habiéndose decidido a regularla, lo lógico es empezar la casa por los cimientos e incluir, de forma expresa, a los abuelos en el art. 160.II CC, lo que, además, dota a dicha relación de singular importancia respecto a las relaciones con otros “parientes y allegados”⁸. Con todo, debe advertir el lector que, de no haber mediado dicha referencia expresa que singulariza la posición de los abuelos, probablemente la Ley 42/2003 habría sido criticada por referirse únicamente a los abuelos y no a otros parientes o allegados, siendo que todos ostentaban un peso similar en la redacción anterior del art. 160.II CC.

2. La necesidad de “justa causa” para impedir la relación de los abuelos con sus nietos.

A la vista de lo anterior, la Ley 42/2003 presume que la relación entre el menor y sus abuelos es beneficiosa para aquél. De todas formas, es una presunción *iuris tantum*, pues los padres pueden probar que tal relación resulta

⁶ V. a este respecto, por todos, CARBALLO FIDALGO, M.: “Las relaciones personales entre abuelos y nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. ‘Derecho de visita’ y atribución de la guarda del menor”, *Dereito* (2005), Vol. 14, nº 2, p. 131.

⁷ De hecho, algún autor, como HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil”, *Actualidad Civil* (2002), núm. 2/2002, p. 34, ya entendía que dentro de los parientes había que tener en cuenta, en primer lugar y antes que nada, a los abuelos.

⁸ V. en similar sentido NAVARRO CASTRO, M.: “El régimen de visitas de los abuelos y otros parientes y allegados tras la Ley 42/2003 de 21 de noviembre”, en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), vol. II. Murcia (2004): Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 3467-3468.

o puede resultar perjudicial para el menor (es decir, que existe “justa causa” para impedir la relación abuelo-nieto), algo que, como se intuye, no resultará fácil de acreditar por los padres, ni de valorar por el juez, por lo que deberá recurrir frecuentemente a informes de expertos que analicen si la relación con los abuelos afecta o influye de forma negativa en el desarrollo de la personalidad del menor. En muchos casos, es inevitable trasladar al menor el conflicto que ha llevado a los abuelos a solicitar de forma autónoma al juez la relación con sus nietos, conflicto que puede tener su causa en la relación con su propio hijo (padre del menor), o en la relación con el progenitor custodio.

Es por ello que la jurisprudencia tiene declarado que el interés protegido es, exclusivamente, el de los menores, y no el de otros sujetos que puedan verse afectados por aquella relación, como, por ejemplo, los padres de los menores. Así, entre otras, las SSTs 7 abril 1994 (RJ 1994, 2728), 11 junio 1996 (RJ 1996, 4756), 23 noviembre 1999 (RJ 1999, 8278), 20 septiembre 2002 (RJ 2002, 8462), 28 junio 2004 (RJ 2004, 4321), 11 noviembre 2005 (RJ 2005, 9476), 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577), 20 octubre 2011 (RJ 2011, 6843), o 24 mayo 2013 (RJ 2013, 3393), han venido a afirmar que la causa no puede centrarse en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud de sus padres, sino que debe atender a si dichas relaciones resultan beneficiosas o perjudiciales para los propios menores.

En cualquier caso, del análisis de las referidas sentencias se constata una conclusión: en la generalidad de los supuestos se concede el derecho a los abuelos de relacionarse con sus nietos, por considerarse beneficioso para el desarrollo de la personalidad del menor.

3. Concepto de “justa causa”.

Planteado el problema en estos términos, y partiendo de la base de que la concesión del régimen de visitas tendrá lugar en la práctica totalidad de los casos, la siguiente pregunta que debe realizarse es: ¿qué entidad debe tener el eventual perjuicio que la relación con sus abuelos pueda causar en el menor para revocar el régimen de visitas concedido? O lo que es lo mismo, ¿cuándo concurre la “justa causa” a la que se refiere el art. 160.II CC para impedir las relaciones entre abuelos y nietos?

Y es que, determinar con exactitud con carácter previo al inicio del régimen de visitas si la concesión de éste va a ser perjudicial para el menor, resulta muy complicado. Los casos de denegación son, por lo general, supuestos extremos y difícilmente imaginables, que casan mal con la propia solicitud del régimen de visitas, como por ejemplo que se pruebe que, en el pasado, los

abuelos hayan negado alimentos, abandonado o incluso agredido al menor con el que quieren ahora relacionarse. También, que los propios abuelos tengan hábitos que puedan afectar directa o indirectamente al desarrollo del menor, como sería el caso de que fueran drogodependientes o tuvieran problemas con el alcohol. Más razonable sería, sin embargo, la denegación por el padecimiento de una enfermedad infecciosa que pudiera ser contagiada al menor, aunque, de todos modos, es difícil imaginar que unos abuelos que estiman a su nieto (o al menos eso debe deducirse de la solicitud de tener contacto con él) estén dispuestos a exponerlo a tan grave riesgo.

Se ha de tratar, desde luego, de un perjuicio grave, que pueda poner en peligro el libre desarrollo de la personalidad del menor⁹ (como, por ejemplo, tratar de enfrentar al menor con el progenitor custodio), y no de perjuicios que, toda vez incomodar al menor, no sean de una entidad suficiente¹⁰. Además, el perjuicio ha de ser actual, y no meramente potencial; es decir, se

⁹ Esto es lo que sucede en la STS núm. 90/2015, de 20 de febrero (RJ 2015, 583), en la que se denegó el régimen de visitas solicitado por los abuelos paternos, como consecuencia de encontrarse el padre de los menores procesado penalmente por un presunto abuso sexual respecto de ellos. Toda vez reconocer el Supremo que el riesgo que supone el contacto de los menores con sus abuelos paternos (consistente en la evocación del padre a través de aquéllos) podría haberse evitado con “un estudio de la personalidad de los abuelos y su entorno y con una previa preparación profesional”, entiende que, no habiendo tenido lugar tal estudio y posterior informe, la valoración debe ceñirse a los informes de los profesionales que desaconsejaban tal contacto, por el alto nivel de implicación de los abuelos con su hijo en el proceso penal en el que apoyan a su hijo (padre de los menores); dejando, eso sí, abierta la puerta a una futura modificación de la medida, si las circunstancias así lo permitiesen.

De la misma forma, en la reciente STS núm. 167/2015, de 18 de marzo (RJ 2015, 1152), se denegó a la abuela la relación con su nieta de 7 años porque dicha relación, a la vista de la prueba practicada, resultaba perjudicial para la estabilidad emocional de la menor. Junto a ello, el Supremo también tuvo en cuenta otros datos para confirmar la sentencia de apelación. Por una parte, la relación de la abuela con la menor durante sus primeros años de vida fue prácticamente inexistente, y ello por causa únicamente imputable a la primera, quien voluntariamente así lo decidió; por otra parte, la abuela presentaba escasa disposición a mantener la relación con su nieta de una forma independiente al conflicto que existía con sus padres.

¹⁰ V. sobre esta cuestión CORVO LÓPEZ, F.-M^a: “A propósito de la nueva regulación de las relaciones de los niños con sus abuelos en Francia y en España”, en ALONSO PÉREZ, M., MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a, REGUERO CELADA, J. (coords.): *Protección jurídica de los mayores*. Madrid (2004): La Ley, p. 371; DÍAZ ALABART, S.: “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados”, *Rev. Derecho Privado* (2003), año n^o 87, mes 3, p. 367; o 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)”, *Anuario de Derecho Civil* (1996), Vol. 49, núm. 2, en especial pp. 952-958.

ha de tratar de perjuicios reales, sin poder denegarse la concesión de un régimen de visitas sobre la base de un perjuicio posible o probable¹¹.

De lo anterior se desprende que, en principio, el juez concederá dicho régimen de visitas, aun con la sospecha de que los abuelos puedan ejercer una influencia negativa en el menor, haciendo crecer en él una animadversión hacia el progenitor custodio. Peligro que, en cualquier caso, va de suyo en todas las solicitudes de régimen de visitas a los nietos, pues, si la situación familiar se desarrollara con normalidad, no habría sido necesario acudir a la vía judicial para solicitar dicha relación.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que si el régimen de visitas que se acuerde incluye la pernocta (lo que sucede cuando se concede a los abuelos la compañía del menor un fin de semana al mes o en períodos vacacionales), existe una serie de incomodidades inherentes a la concesión de las visitas, como la necesidad de ir de un lado para otro con la maleta o, incluso, si los domicilios de los abuelos y del progenitor custodio no están próximos, el distanciamiento del menor de su círculo de amigos, precisamente en aquellos períodos en que más tiempo puede coincidir con ellos, como es el fin de semana. Esta circunstancia propicia que en ocasiones el menor pueda llegar a aburrirse con sus abuelos, lo que se agravaría en el caso de no estar dotado el domicilio de éstos de nuevas tecnologías que pudieran, al menos, “distraerle” (piénsese, así, en consolas de videojuegos u ordenadores con acceso a Internet, algo no habitual en personas de la tercera edad como suelen ser los abuelos actuales, de edad relativamente avanzada; problema que puede suplirse, no obstante, si el menor dispone de aparatos portátiles).

En estos casos, el simple testimonio desfavorable del menor, basado en criterios de puro egoísmo o capricho, no podría, en mi opinión, considerarse como justa causa impositiva de la relación con sus abuelos.

V. EL DERECHO DE RELACIÓN PERSONAL DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS.

Se han escrito ríos de tinta sobre el carácter del derecho de relación de los abuelos con los nietos, existiendo diversas teorías al respecto, que, no obstante, no reflejan un desacuerdo sustancial sobre la naturaleza del derecho, sino más bien pequeños matices que tratan de configurar una

¹¹ V. en este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria”, en VILADRICH BATALLER, P.-J. (dir.): *El derecho de visita. Teoría y praxis*. Pamplona (1982): EUNSA, p. 177.

interpretación propia de cada autor para distinguirse del resto, algo muy dado en la doctrina.

1. Naturaleza y caracteres del derecho.

Como notas generales, cabe decir que se trata de un derecho de carácter marcadamente personal (y, por tanto, extrapatrimonial), que está incluido en el ámbito del derecho de familia¹². En consecuencia, se trata de un derecho *intuitu personae*, que se concede por el juez precisamente por la relación familiar que une al abuelo y al nieto. Ello explica, como se ha señalado, que se trate de un derecho inalienable, pues al estar tan vinculado a la persona de visitante y visitado dejaría de tener justificación transmitiéndose a otro, aunque fuera un representante suyo u otro pariente; por la misma razón, también debe reputarse de indelegable¹³.

Otro aspecto de tal derecho que ha suscitado dudas en la doctrina es si la resolución judicial que acuerda el régimen de visitas es constitutiva de tal derecho o meramente declarativa. A mi juicio, en el ámbito de las relaciones interpersonales no se puede decir que existan derechos: dos personas se ven porque recíprocamente se aportan cosas y entienden que tal relación es beneficiosa para ambos. En el otro lado de la moneda, una relación (del tipo que sea) puede quebrar en el momento en que sus miembros consideran que ha dejado de ser beneficiosa.

Por tanto, en un entorno de desarrollo ordinario de una familia, en el que abuelos y nietos mantienen una relación (más o menos estrecha), no se puede entender que exista entre ellos un derecho a relacionarse cuya efectividad pueda reclamarse. La relación se produce de forma espontánea, por vínculos emocionales y afectivos.

Sin embargo, cuando existe un elemento perturbador del desarrollo ordinario de la familia (como puede ser la muerte de un progenitor), puede suceder que dicha relación se obstaculice o impida por el otro progenitor, ante lo cual los abuelos reclamarán judicialmente el régimen de visitas. En estos casos, el juez deberá valorar la conveniencia o no para los intereses del menor de mantener esa relación, constituyendo, en su caso, el derecho de los abuelos a

¹² V. así, por ejemplo, BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre”, *Anuario de Derechos Humanos* (2005), núm. 6, p. 55; o DÍAZ ALABART, S.: “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados”, cit., p. 354.

¹³ GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*. Madrid (2004): Thomson-Civitas, p. 134.

relacionarse con los nietos. Es decir, la resolución judicial que establezca el derecho de visitas es constitutiva de dicho derecho¹⁴. Será a partir de dicho momento cuando los abuelos puedan reclamar la efectividad de la relación con sus nietos.

En fin, también hay autores que entienden que el art. 160.II CC sólo debe aplicarse cuando surja un conflicto entre abuelos y padres del menor que perjudique a éste, de modo que, más que de un derecho, habría que hablar de una pauta de solución al conflicto de intereses generado¹⁵.

2. Vigencia del derecho.

El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, como se ha dicho, nace mediante resolución judicial. Cabe plantearse ahora cuándo se extingue dicho derecho.

En línea de principio, hay que señalar que dicho derecho se puede revocar por el juez cuando falte de forma sobrevenida alguno de los presupuestos que debían concurrir para su concesión: a) el primero y más evidente, cuando la relación se revele como perjudicial para los intereses del menor, y así se haga constar por cualquier interesado (menor incluido); b) cuando el menor, teniendo capacidad natural (al menos 12 años), pida el cese de la relación; o c) cuando los abuelos decidan no continuar la relación, a pesar del interés del menor en seguir en contacto con ellos¹⁶.

Desde luego, los dos primeros supuestos no ofrecen ningún género de dudas. Si el contacto con los abuelos es perjudicial para el menor, o éste no lo desea, teniendo cierto grado de madurez (en cuyo caso se ha de presumir que dicho contacto le resulta perjudicial), es evidente que aquél debe cesar.

Más problemas puede plantear el tercer supuesto, en el que podría ocurrir que se perjudicaran los intereses del menor, cuando éste tuviera interés manifiesto en continuar la relación. Igual que no se puede obligar al menor a tener contacto con sus abuelos cuando tiene suficiente juicio para ponderar que ese contacto no le beneficia, tampoco puede obligarse a los abuelos a

¹⁴ V. en sentido similar ARIAS DÍAZ, M^a. D.: “Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos”, cit.

¹⁵ DE TORRES PEREA, J. M.: “El art. 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos”, *La Ley* (2001), núm. 5296, p. 1; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil”, cit., p. 26.

¹⁶ ARIAS DÍAZ, M^a. D.: “Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos”, cit.

tener contacto con su nieto¹⁷. En cualquier caso, es un supuesto más que improbable, pues es difícilmente imaginable que, habiendo sido ellos los promotores de la relación, posteriormente decidan no continuarla.

3. Titularidad del derecho.

La cuestión de la titularidad del derecho ha sido ampliamente debatida en la doctrina, existiendo, fundamentalmente, dos posiciones básicas: entender que es un derecho que corresponde exclusivamente a los abuelos, y, por tanto, únicamente ejercitable por ellos; o considerar que tal derecho tiene como beneficiarios tanto a los abuelos como a los nietos, en cuyo caso ambas partes estarían legitimadas para instar judicialmente la concesión del régimen de visitas.

Ciertamente, la primera de las posturas, esto es, considerar que es un derecho que corresponde exclusivamente a los abuelos, salva el escollo que podría plantearse de ser el menor quien solicitara la relación con sus abuelos, pues se daría en tal caso la paradoja de que los padres, titulares de la patria potestad y, en consecuencia, representantes legales del menor, estarían obligados a solicitar a los abuelos la relación con sus hijos, cuando precisamente son ellos quienes no la desean y la están impidiendo *de facto*.

Pero tal postura choca, principalmente, con el tenor literal del art. 160.III CC, según el cual, en su primer inciso, “En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias”. De lo que se deduce que tal derecho corresponde tanto a los abuelos como a los nietos, y, por tanto, la solicitud del régimen de visitas puede provenir tanto de los primeros (que será lo habitual), como de los segundos (si poseen la madurez suficiente para ello; cfr. arts. 162.II.1º y 2º), habiéndolo entendido así la mayoría de la doctrina¹⁸.

¹⁷ Sobre esta cuestión profundiza VALLÉS AMORES, M^a. L.: “A propósito de la reforma del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos”, *Actualidad Civil* (2005), núm. 15/2005, p. 1819.

¹⁸ V., entre otros, BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre”, cit., p. 63; CARBAJO GONZÁLEZ, J.: “El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (2000), núm. 4, p. 1505; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*. Madrid (2000): Tecnos, p. 15; COLÁS ESCANDÓN, A. M^a.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*. Cizur Menor (2005): Thomson-Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Civil, p. 68; GONZÁLEZ PILLADO, E.: “El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre”, *Actualidad Civil* (2005), núm. 4/2005, p. 405; o LETE DEL RÍO, J. M.: “Derecho de visita de los

Téngase en cuenta, en cualquier caso, la escasa operatividad práctica del supuesto de que sea el menor quien promueva *ab initio* las relaciones con sus abuelos. Más frecuente será en la práctica, sin embargo, la solicitud por parte del menor de aumentar o disminuir la frecuencia de las visitas, a partir, igualmente, del momento en que haya cumplido una determinada edad por la que se le deba presumir una madurez suficiente¹⁹.

4. Contenido del derecho.

Nótese que en el presente estudio se han usado indistintamente, para referirse al derecho aquí analizado, los términos “visita” y “relación personal de los abuelos con los nietos”. Nótese también la dificultad terminológica de emplear un término distinto al de “visita” cuando se habla del régimen que solicitan los abuelos (esto es, suena mejor decir que solicitan un régimen de visitas que un régimen de relación personal con sus nietos), lo que ha justificado el empleo ocasional de dicho término.

Pero lo cierto es que dichos términos no pueden considerarse, ni mucho menos, sinónimos. El término visita, en su más estricta acepción (otra cosa sería interpretado en sentido amplio), otorgaría a los abuelos, como bien ha puesto de manifiesto COLÁS ESCANDÓN, “simplemente la posibilidad de visitar a su nieto en el domicilio de éstos, 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”²⁰. Sin embargo, el art. 160.II CC habla (y ya lo hacía también antes de la reforma de 2003), de “relaciones personales”, con lo que, como afirma la misma autora, “el abanico de posibilidades que se abre para los abuelos es mucho más amplio”²¹.

abuelos (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991”, *Poder Judicial* (1992), núm. 25, p. 148.

¹⁹ Sobre esta cuestión, apunta RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1996”, *CCJC* (1997), núm. 43, p. 84, que de “Las indicaciones que hace el TS al juez de la ejecución denotan la idea, presente en otras sentencias, de que a partir de una edad los hijos aún menores son dueños de decidir sobre sus relaciones con otras personas, tales como padres o parientes”.

²⁰ COLÁS ESCANDÓN, A. M^a.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, cit., p. 40.

²¹ V. también, sobre la mayor idoneidad del término “derecho de relación”, SAN ROMÁN MORENO, J. R.: “Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visita en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar”, en VILADRICH BATALLER, P.-J. (dir.): *El derecho de visita. Teoría y praxis*. Pamplona (1982): EUNSA, p. 282.

Así pues, parece mucho más correcto hablar de “derecho a la relación personal con el menor”, que de “derecho de visita”. De este modo, aquel derecho incluiría las mismas facultades de las que habla el art. 94 CC para los progenitores no custodios (“visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”), debiéndose tener en cuenta que la extensión y periodicidad del derecho no será la misma, así como tampoco la relación abuelo-nieto es tan intensa como la de padre-hijo²².

Haciendo un análisis más exhaustivo de las facultades de las que habla el art. 94 CC, se deduce que el mismo incluye diversos modos de relación con los nietos: a) así, la primera modalidad sería la de visita por unas horas predeterminadas, ya sea en el propio domicilio del menor o en el de los abuelos (también podría ser en un lugar distinto, generalmente un Punto de Encuentro Familiar); b) además de visitar al menor, los abuelos pueden también comunicarse con ellos, a través de la vía que sea (epistolar, telefónica, correo electrónico), si bien la habitual vía de comunicación será la telefónica, por motivos obvios (rapidez, comunicación instantánea, facilidad de uso para ambas partes de la relación); y c) además de visitarlos y de comunicarse con ellos, cuando la autoridad judicial así lo entienda (generalmente, cuando la edad del menor no aconseje lo contrario), los abuelos podrán tener a los menores “en su compañía”, lo que implica la estancia del menor en el domicilio de aquéllos por un período de días mayor o menor, incluyéndose de esta forma la pernocta, tal y como viene declarando el Tribunal Supremo [v. a este respecto las SSTs 28 junio 2004 (RJ 2004, 4321), 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577), y la aquí analizada, STS 14 noviembre 2013 (RJ 2013, 7264)].

En cualquier caso, la pernocta vendrá condicionada muy especialmente por dos elementos: a) el primero de ellos es que el menor haya alcanzado una edad suficiente que haga innecesario que sea atendido durante la noche; y b) el segundo elemento que suele ponderar el juez es la distancia entre los domicilios del progenitor guardador y de los abuelos, pues de mediar una distancia grande una gran parte del tiempo de visita se podría consumir en desplazamientos, lo que haría necesaria la pernocta a fin de disfrutar más tiempo del menor.

En el supuesto resuelto por la sentencia aquí comentada, el Supremo ratifica

²² V. a este respecto GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, cit., pp. 139-140; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil”, cit., p. 37; o 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)”, cit., p. 965.

el régimen de visitas concedido por la Audiencia (que incluía la pernocta en el domicilio de los abuelos un fin de semana al mes y una semana de vacaciones al año), sentando, como doctrina general sobre la cuestión, que la pernocta no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente; habrá que atender, por tanto, a cada caso concreto para analizar la conveniencia de su concesión.

