

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)

MARTA SALANOVA VILLANUEVA
Becaria de Derecho Privado
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. RELATO FÁCTICO.— II. ASPECTOS SUSTANTIVOS: CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE LOS ABUELOS A MANTENER RELACIONES PERSONALES CON SUS NIETOS.— 1. Los abuelos como «otros parientes y allegados».— 2. La «justa causa» obstativa del derecho a relacionarse: A) Delimitación negativa. B) Posible contenido de la justa causa. C) El papel del interés del menor y de su voluntad.— 3. Contenido del derecho de visita de los abuelos.— 4. Pactos de las partes sobre las visitas.— 5. Esencial variabilidad del derecho de visita.— II. CUESTIONES PROCESALES SUSCITADAS EN EL CASO.

El tesón de una abuela —que no se conformó con la idea de verse privada de todo contacto con sus nietos— hizo posible que el 8 de julio de 1857 la sala civil de la *Cour de Cassation* francesa le reconociese el derecho a visitarlos pese a la oposición de los padres de éstos: se manifestaba así por primera vez la institución del derecho de visita, progresivamente consolidada merced a la sucesión de resoluciones judiciales —tanto en Francia como en otros países, incluido el nuestro—

(1) Ponente D. JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO. Puede consultarse en Ar. 2728, C.L. 310 y en la sección correspondiente de este mismo Anuario.

para acabar accediendo al ordenamiento jurídico positivo. Nuestro alto tribunal —que ya antes se había pronunciado sobre el derecho de visita de los progenitores en diversas ocasiones— ha tenido que esperar más de un siglo para resolver por primera vez como cuestión principal sobre el derecho de unos abuelos a mantener relaciones personales con su nieta, en la sentencia de 7 de abril de 1994, que tomaré como punto de partida para expresar una serie de consideraciones sobre tal figura.

Procede advertir de entrada que el derecho convencionalmente denominado de visita (2) no varía básicamente en su definición, finalidad, fundamento y caracteres (3) en virtud de quien sea cotitular del mismo junto al menor; otra cosa es que de acuerdo a la relación de parentesco que —junto a la esencial e insoslayable de afectividad— vincule a menor y visitante su finalidad se amplíe y su fundamento se vea reforzado.

En adelante se pretende ir dando cuenta de las principales cuestiones que la construcción teórica y la puesta en práctica del derecho de visita por parte de los abuelos plantea, al hilo de la sentencia.

I. RELATO FÁCTICO

Los hechos que sustentan el caso aparecen descritos —quizás con excesiva sumariedad— en el F.D. 1.º de la sentencia: la menor cuyo

(2) Salvo que otra cosa se advierta, utilizaré la expresión en el sentido amplio que convencionalmente se le viene atribuyendo entre nosotros, equivalente a «relaciones personales» y por tanto comprensivo de las visitas *strictu sensu*, comunicaciones telefónicas, epistolares, y similares así como estancias. *Cfr.*, *inter alia*, MARTÍNEZ SAPIÑA: «El régimen de visitas: criterios para su determinación en los diversos supuestos fácticos», en RIVERO HERNÁNDEZ *et al.*: *El derecho de visita. Teoría y praxis*. Eunsa 1982, p. 353.

(3) Recordemos brevemente que el derecho de visita puede definirse —en palabras de GARCÍA CANTERO («En torno al derecho de visita», en RIVERO HERNÁNDEZ, *et al.*, *op. cit.*, p. 247) como «derecho de naturaleza, o mejor, contenido puramente afectivo, que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin». 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 puridad de un derecho subjetivo (*cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, «El derecho de visita. Ensayo de una constitución unitaria.» en RIVERO *et al.*, *op. cit.*, p. 224 y ss.). 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 pueden decretarse— sería esa misma relación afectiva, con la que puede concurrir la existencia de eventuales lazos ya biológicos y jurídicos entre menor y beneficiario del derecho. (*Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.* p. 220 y ss). 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.

afecto está en el origen de las disputas entre D. José María A.M. —su padre— y los Sres. de S. —sus abuelos— es Judit. Ella y su padre, fallecida la madre, pasan a convivir con sus abuelos maternos. Transcurrido un tiempo no especificado, surgen desavenencias entre yerno y suegros, y aquél abandona el domicilio común llevándose la niña. A partir de ahí continúan de forma más o menos precaria las relaciones entre nieta y abuelos hasta que, a raíz del nuevo matrimonio del padre y la agudización de las tensiones entre los adultos que éste trajo consigo, son impedidas por aquél.

La base fáctica del caso puede sin duda calificarse de típica o común en lo que al derecho de visita de los ascendientes se refiere: la situación más propicia para que éstos se vean obligados a reclamar la protección judicial de su derecho es aquella en la que su hijo ha fallecido y el menor queda bajo la patria potestad exclusiva del yerno o nuera: no es extraño que entonces se manifiesten abiertamente conflictos y antipatías hasta ese momento solapados en consideración a la figura del cónyuge o hijo, y que faltando éste el viudo no vea ya razón para seguir en contacto con su familia política, sin parar mientes en las necesidades afectivas de sus propios hijos, unidos por un vínculo de innegable solidez a unos abuelos que hoy por hoy cada vez más —y pese a la tendencia a reducir el concepto de familia a la llamada «nuclear», esto es, padres e hijos— juegan un papel de indudable importancia en la educación y cuidados del menor, frecuentemente a ellos confiado por razones laborales o de otra índole.

La situación se hace más controvertida todavía en los supuestos en los que el padre encuentra una nueva pareja: ésta estará llamada a cubrir el vacío dejado por el progenitor fenecido al que, hasta cierto punto y sobre todo si el niño es de corta edad, se tratará de borrar de su memoria, tarea en la que el mantenimiento de contactos con la familia de aquél se mostrará altamente obstativo. De otra parte, de producirse la adopción del menor por parte del nuevo cónyuge, quedarían rotos los vínculos legales entre nietos y abuelos consanguíneos, que pasarían ocupar el *status* de meros allegados y frente a los cuales incluso podría alegarse por analogía la excepción al derecho de visita de los progenitores que el inciso primero del art. 160 hace en los casos de adopción.

Privados así de cualquier tipo de contacto con su nieta, los Sres. de S. interponen demanda de juicio de menor cuantía suplicando al Juzgado que dicte en su día sentencia *«declarando el derecho de los litigantes a comunicar y relacionarse con su nieta JUDIT A. S. en los siguientes términos: a) Puedan comunicar telefónicamente con la menor los lunes, miércoles y viernes, sin impedimento alguno en llamadas que no superen los diez minutos. b) Puedan tener consigo a la menor el primer domingo de cada mes desde las doce del mediodía hasta las ocho de la tarde. c) Puedan tener a la menor tres horas semanales de cinco a ocho de la tarde todos los jueves. d) Puedan tener a la menor en verano una semana consigo, respetando los periodos de vacaciones del*

padre de la niña» (A.H. 1.º); a lo que el padre se opuso solicitando la desestimación de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Baracaldo falló en sentencia de 29 de julio de 1988 lo siguiente: «*teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente en los hechos probados, y visto el convenio aportado de común acuerdo por las partes litigantes, así como el informe emitido por el Ministerio Fiscal, ha lugar la aprobación del convenio de fecha de 20 de mayo de 1988 en sus propios términos*» (A.H. 1.º). La existencia de este convenio así como su calificación y presuntos efectos procesales fundamentará gran parte de las reclamaciones posteriores del padre. Así, éste apelará ante la sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bilbao que, en sentencia de 17 de mayo de 1990 confirma íntegramente la dictada en Primera Instancia. Posteriormente recurrirá en casación, alegando hasta seis motivos (A.H.3.º) de abigarrada —y en algunos casos sorprendente— fundamentación legal, basándose preferentemente en aspectos procesales, en lo que el propio Tribunal Supremo califica con acierto de «*lucha procesal del recurrente contra una decisión razonada y razonable de la Audiencia respecto del régimen de relación familiar; olvidándose del derecho material que la regula (artículo 160.2 del Código Civil) y de que es favorable para el menor el trato con los abuelos*» (F.D. 4.º). En el fallo se confirma en todos sus pronunciamientos la sentencia de la Audiencia.

El comentario que sigue se centrará en las cuestiones sustantivas que en relación con la sentencia pueden suscitarse, aunque no siempre hayan sido expresamente abordadas en la misma. Finalmente se dará cuenta de la problemática procesal planteada.

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS: CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE LOS ABUELOS A MANTENER RELACIONES PERSONALES CON SUS NIETOS

En el motivo sexto del recurso —único relativo a cuestiones estrictamente sustantivas— don José María denunciaba al amparo del ordinal 5.º de la LEC aplicación indebida del art. 160 en relación con la infracción de los arts. 154, 156, 172, 1809, 1267, 1811, 1819 y concordantes del CC, así como del artículo 4 del mismo cuerpo legal. Aunque en el texto de la sentencia no encontramos referencia alguna a los razonamientos del recurrente, podemos colegir que arguyó la indebida aplicación del art. 160 en la medida que según él no se advirtió la existencia de una justa causa para impedir las relaciones entre Judit y sus abuelos, que eventualmente cifraría en la incompatibilidad de tales visitas con el contenido y ejercicio de su patria potestad sobre la niña (arts. 154 y 156) así como en la situación de desamparo a la que la menor estaría siendo expuesta al permitirse los contactos (art. 172). La referencia a los arts. 1809, 1811, 1819 —todos ellos en sede de transacción—

así como al art. 1267 —violencia e intimidación como vicios del consentimiento— parecen perseguir la nulidad de lo que él considera una transacción (4): el convenio presentado de común acuerdo al juez.

El tribunal no se extiende demasiado en la fundamentación del rechazo del motivo: comienza señalando que *«tan abigarrada mezcla de preceptos es causa de la desestimación del motivo (...) pues se incumplen los artículos 1709 y 1710 de la LEC, pero además es evidente que los abuelos tienen derecho a relacionarse con la nieta de cuya relación sólo por justa causa se le puede privar, y como en el caso de autos ninguna causa justa se ha acreditado no puede impedirse la relación, con cuya comunicación nada tienen que ver los preceptos de los arts. 1809, 1819, 1267 y 1811 del CC ni en nada quedan conculcados los demás preceptos citados. / Por todo ello no prospera la casación de la sentencia, aunque se mantenga incólume la posibilidad de modificar las relaciones si causas con suficiente entidad, más allá de las rencillas entre parientes, aconsejaran en beneficio del menor su alteración».*

En adelante se analizará la posición de los abuelos como candidatos a mantener relaciones personales con el menor, lo que pasa por el examen del art. 160 del CC; se tratará después de dar contenido a la «*justa causa*» merced a la cual la pretensión de los abuelos puede fenecer, debatiéndose en concreto la viabilidad de determinados motivos frecuentemente alegados con tal objeto y haciendo especial hincapié en el juego del interés del menor. Posteriormente, se abordarán la finalidad y contenido del derecho de visita de los abuelos así como las vías de fijación de su régimen, en concreto la figura del acuerdo o convenio entre los adultos. Por último se dará cuenta de la modificabilidad esencial de toda resolución que en tema de visita puede recaer.

1. Los abuelos como «otros parientes y allegados».

De acuerdo con el inciso segundo del art. 160 del Código Civil —precepto que tal y como afirma el Tribunal en su F.D. 4.º es el que regula la relación familiar discutida— *«no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados»*, continuando el inciso tercero que *«en caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.»*

(4) En todo caso no se entiende la referencia en concreto al art. 1811 —transacción del tutor— y al 1819 —rescisión de la transacción celebrada en ignorancia de la existencia de una sentencia firme resolviendo la controversia—, pues no había tutor alguno implicado, y de otra parte el acuerdo catalogado erróneamente de transacción fue en todo caso anterior a la sentencia de Primera Instancia. Tampoco queda claro el juego que se pretendió dar al art. 4, quizá se persiguió denunciar una aplicación análoga de la regulación y valor de los convenios de separación o divorcio amistoso, indebidamente equiparados al mencionado acuerdo.

El precepto está consagrando la viabilidad de las relaciones personales entre un menor y cualquier pariente o allegado suyo pese a la oposición del o los titulares de la patria potestad (5), quienes no pueden hacer valer su derecho a velar por el niño o a tenerlo en su compañía para controlar y monopolizar de un modo absoluto la vida de relación de éste. Ello armoniza perfectamente con uno de los principios inspiradores de la Ley de Reforma del Código Civil 11/1981 de 13 de mayo (6) como es el respeto de la personalidad del hijo, sujeto a quien —en palabras de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1979— «no puede impedirse una vida de relación, conforme a su edad, ni la visita de sus parientes, salvo si el juez decide lo contrario en algún caso y por especiales razones».

Así, la norma que nos ocupa, al ser estudiada en el contexto de las relaciones paterno-filiales, se ha presentado tanto como un límite a las potestades paternas (7), como como un derecho de los hijos (8) dentro de esa misma relación. De otra parte, el inciso tercero del precepto concede acción para reclamar en los casos de oposición paterna tanto al menor (9) como al pariente o allegado, a quienes se les está reconociendo a su vez un derecho a relacionarse con el niño de no apreciarse justa causa que descalifique su pretensión.

Es lugar común entre nuestra doctrina criticar la excesiva amplitud con la que el art. 160 define a los beneficiarios potenciales de tal

(5) O de la tutela en su caso: así ocurre en el litigio resuelto por el A.A.P. Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1989 (R.G.D. 1990, p. 1044).

(6) A la cual el inciso que nos ocupa debe su tenor. La Reforma de 11 de noviembre de 1987 únicamente cambió la numeración del artículo —hasta entonces 161—, eliminando asimismo la referencia que en su inciso primero se hacía a la adopción plena.

(7) Cfr. SANCHO REBULLIDA en LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, vol. 2.º, 3.ª ed., Bosch, 1989, p. 247; CASTÁN VÁZQUEZ: Comentario al art. 154 en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, 1993, p. 547; ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil*. T. IV, 6.ª ed., Bosch 1994, p. 291; o PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho de familia*, Universidad complutense, 1989, p.529. En un tono más negativo se pronuncia DE PRADA GONZÁLEZ «La patria potestad tras la reforma del CC», *A.A.M.N.*, 1982, p.389; para quien la norma —sobre todo al concederse acción judicial a los posibles interesados en relacionarse con el niño— «significa una intromisión más en la autonomía en el ejercicio de la patria potestad». Por su parte la Audiencia Provincial de Toledo desarrolla la idea en su sentencia de 3 de junio de 1994 (Colec. Vid. extracto *infra* p. 491).

(8) Cfr. SANCHO REBULLIDA en *op. cit.*, p. 250 y en «La patria potestad», en *VV.AA. El nuevo régimen de la familia*, II., Civitas 1981, p. 106.

(9) El reconocimiento de acción ejercitable por el propio menor —aspecto en el que la última reforma del CC operada por la L.O. 1/1996 de 15 de enero hace especial hincapié, modificando diversos preceptos en tal sentido— aun mereciendo juicio favorable, plantea no obstante dudas sobre su proyección práctica, dada la carencia de capacidad procesal por parte del menor.

derecho (10): se habla de parientes sin especificar el grado, y se introduce un concepto de contornos tan borrosos como es el de allegado, de modo que «*cualquier persona que se considere cercana al menor podrá invocar el derecho a relacionarse con él, pudiendo el Juez, en caso de oposición, resolver, atendidas las circunstancias*» (11). El tema no es abordado en la sentencia que nos ocupa: los demandantes en primera instancia de las visitas son los abuelos, parientes —junto a los hermanos— de mayor proximidad en grado tras los padres, por lo que, por muy restrictiva que fuese la interpretación que del art. 160.2 en este punto se pretendiese dar, necesariamente quedarían incluidos (12).

Tal especial vinculación parental —a la que el Código Civil atribuye efectos en otras sedes, como alimentos, tutela o sucesiones (13)—

(10) En tal sentido DE PRADA GONZÁLEZ en *op. cit.* p. 389; CASTÁN VÁZQUEZ en Comentario al art. 160 en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, 1993, p. 556 y en Comentario al art. 161 en *Comentarios de Edersa* (dir. ALBALADEJO, 2.ª ed., 1982) p. 177; o BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en Comentario al art. 161 en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tecnos 1984, p.1076. Por su parte SANCHO REBULLIDA («La patria potestad», *cit.*, p. 98) advierte de la inseguridad jurídica que la expresión genera, así como su falta de sentido unívoco, aunque considera que la eventual ambigüedad no es grave «*dada la facultad decisoria del juez, dentro de un amplio arbitrio*» (Elementos..., *cit.*, p. 247).

(11) CASTÁN VÁZQUEZ, Comentario al art. 160 en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, (1993), p. 556.

(12) De hecho en los primeros trabajos preparatorios de la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981, únicamente se consideraba a los abuelos como eventuales candidatos a tal derecho (*cf.* CASTÁN VÁZQUEZ, *op. ult. cit.*, p. 176); expresión que fue en un primer momento ampliada a los parientes en general, y posteriormente a los allegados, apareciendo ya en el Proyecto de 1979 el precepto en la redacción a la postre definitiva.

(13) En la fundamentación del derecho de visita de los abuelos se barajaron inicialmente tanto el abuso en el ejercicio de la patria potestad de los padres como «*una especie de correspondencia entre las obligaciones que competen a los abuelos, en defecto de los padres, respecto de su nieto, y el derecho y relaciones a que aspiran*» (RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 206).

Tal correspondencia ha sido retomada recientemente en la S.A.P. Barcelona (Secc. 11.ª) de 14 de mayo de 1992 (Colex), apoyada ahora en el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño. Explica la Audiencia que tal precepto insiste «*en el respeto de las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada, familia ampliada en la que, en primer lugar se hallan precisamente los abuelos del menor —paternos y maternos—, que en virtud de lo expuesto, ostentan respecto del menor una serie de facultades, en consonancia con las obligaciones que la ley les impone, tendentes todas ellas a lograr el íntegro y armonioso desarrollo de la personalidad del menor*». Aunque es gratificante saber que nuestros Tribunales tienen en cuenta la Convención a la hora de resolver, la referencia al art. 5 de cara a fundamentar el derecho de visita de los abuelos resulta bastante forzada: el precepto aspira a preservar la autonomía de los padres en lo que a la educación y orientación de los hijos se refiere frente a indebidas injerencias del Estado: el inciso «*o, en su caso, de los miembros de la familia extensa o de la comunidad*», no se hallaba en la redacción originalmente propuesta, y su inclusión *a posteriori* pretende dar cobertura a los modelos familiares de determinadas culturas africanas o asiáticas en las

se añade a la relación afectiva que está en la base de todo derecho de visita para configurar su fundamento. Ello explica que los abuelos ocupen una posición privilegiada frente a otros parientes y allegados: declarar con carácter general, como ocurre en la sentencia, que «*es favorable para el menor el trato con los abuelos*» (F.D. 4.º), no puede hacerse extensivo sin más a otros allegados, y quizá ni siquiera a otros parientes de grado más lejano. Con ello no se está criticando la amplitud con que el art.160.2 concibe la vida de relación del menor (14), únicamente se persigue poner de manifiesto que nunca podrá considerarse bajo los mismos parámetros la pretensión de unos abuelos que la de unos tíos o la de una niñera, y ello porque el Juez, al resolver, lo hará «*atendidas las circunstancias*», y evidentemente las mismas no son equiparables.

Así, se ha señalado (15) la importancia de la existencia de relaciones previas entre el menor y el aspirante a la visita de cara a su concesión. Aunque en el caso concreto de Judit, la consideración de tal

que la familia extensa (el «clan») juega un papel mucho más relevante que en Occidente, y de hecho se pensó en supeditar expresamente el juego de esta segunda referencia a lo dispuesto por la costumbre local. (Cfr. DETRICK (ed.): *The UN Convention on The Rights of the child. A guide to the travaux préparatoires*. Martinus Nijhoff Publishers 1992, pp. 157 y ss.).

Otros posibles fundamentos manejados por la doctrina francesa han girado en torno al deber de respeto de los hijos a los padres (carente de virtualidad en casos como el de Judit, en los que el titular de la patria potestad es yerno de los demandantes), la existencia de una especie de patria potestad atenuada de los abuelos sobre los nietos (que les legitimaría para «controlar» el ejercicio por parte de los padres de la patria potestad y en el caso de que el *modus vivendi* de éstos no fuese el más adecuado le brindaría al niño la posibilidad de conocer la indignidad de sus padres, evitándosele el crecer de acuerdo a parámetros socio-culturales equivocados) o incluso el interés de la sociedad en la unidad de la familia. (Vid. referencias en FULCHIRON: voz «Autorité Parentale» en *Encyclopédie Juridique Dalloz Civile*, T. II, 1991, § 70 o en GARÉ: *Les grands-parents dans le droit de famille*, C.N.R.S. 1989, p. 208 y ss.). No obstante en la actualidad, la fundamentación del derecho de visita de los abuelos tiende a cifrarse en la expuesta en el texto principal: el estrecho vínculo de parentesco que une a nieto y abuelos y en la afectividad inherente a éste.

(14) Muy al contrario me merece un juicio favorable, pues demuestra que nuestro legislador fue consciente de que la vida de un niño no tiene porqué circunscribirse a su esfera familiar y puede verse enriquecida merced al contacto con otras personas, y de hecho la realidad demuestra que en no pocas ocasiones en el desarrollo del menor pueden tener influencia decisiva personas a las que no le une relación jurídica o biológica alguna, siendo contrario a su interés apartarlo totalmente de ellas. En tal sentido la valoración que del precepto hace SANCHO REBULLIDA (vid. nota 10) me parece la más adecuada.

De otra parte, el que el art. 160 reconozca este derecho no significa que su régimen haya de ser el mismo que el que se concede a un padre, y lógicamente no puede serlo. Evidentemente sería excesivo que a una antigua niñera se le permitiese visitar semanalmente a un niño, tenerlo fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares, pero no cabe decir lo mismo de autorizar a interesarse telefónicamente por el niño cada mes y pasar dos o tres horas con él visitándolo cada dos o tres meses, y no se olvide que consentir ésto sería igualmente conceder un derecho de visita.

(15) GARCÍA CANTERO, *op. cit.* p. 248.

circunstancia favorecía las pretensiones de sus abuelos (a quienes el padre no dudó en recurrir tras el fallecimiento de su esposa), pudiera ser que relaciones tan intensas no hubiesen existido (16), y aun así se autorizasen las visitas de unos abuelos —lógicamente en un régimen más limitado— en atención a esa vinculación especial. Quizá pudiera decirse, aunque no con tanta contundencia como se hace respecto de los padres, que las relaciones personales de nietos y abuelos encuentran fundamento también en «la naturaleza de las cosas» (17).

El especial vínculo que une a abuelos y nietos ha justificado en Francia que sus relaciones con el menor sean consideradas con independencia de las de otros parientes y allegados y contempladas en términos más amplios y flexibles. Así, el art. 371.4 del *Code Civil*, —cuya redacción indudablemente ha influido en la de nuestro 160.2 (18)— reza «*el padre y la madre no pueden, salvo motivos graves, obstaculizar las relaciones del niño con sus abuelos. A falta de acuerdo entre las partes, las modalidades de esta relación son reguladas por el juez de familia*» continuando su segundo inciso «*en consideración a circunstancias excepcionales, el juez de familia puede conceder un derecho a mantener correspondencia o de visita a otras personas, parientes o no*» (19).

El precepto no hace sino positivizar una postura jurisprudencial consolidada: a los ascendientes se les venía reconociendo un derecho a comunicar con sus nietos en un sentido cada vez más amplio y sus visitas eran las únicas que la jurisprudencia antigua no consideraba un ataque a la patria potestad de los padres y las concedía siempre salvo que el guardador reluctante a tales relaciones demostrase que concurrían motivos graves que descalificasen su conveniencia. Ello era y es así porque se presume que el contacto con los abuelos es beneficioso y enriquecedor para el menor: dado el estrecho parentesco que les une la vinculación afectiva y las buenas intenciones de los abuelos para con el niño se sobreentienden, recurriéndose incluso a la fundamentación en el Derecho Natural (20).

(16) Por ejemplo abuelos residentes en otra localidad, o menor de muy corta edad.

(17) Así explicaba SAVATIER (Nota a la s. de la *Cour de Cassation* de 22 de marzo de 1961, D. 1961, Jur., p. 521) que «*al igual que el padre y la madre, los ascendientes, aunque en un menor grado, son considerados por la Cour de Cassation como titulares naturales de un atributo familiar, unido, más en general, a los atributos generales de sus personas*». Un ejemplo de la fundamentación jurisprudencial del derecho de visita en el Derecho Natural se halla en la sentencia de la sala primera civil de la *Cour de Cassation* de 8 de junio de 1963 (D. 1964, Somm. 2).

(18) Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, Comentario al art. 161 en Comentarios de EDER-SA (dir. ALBALADEJO), tomo 176.

(19) La norma es fruto de la *Loi du 4 juillet 1970 sur l'autorité parentale*.

(20) Vid. nota 17.

Los abuelos, en su calidad de ascendientes serían pues —en categorización propuesta por VINEY (21)— junto a padres y eventualmente otros ascendientes de mayor grado (bisabuelos) los únicos «beneficiarios de principio» de un derecho de visita con el menor, quedando los colaterales y los allegados en general reducidos a la categoría de «beneficiarios virtuales» de tal derecho, en la medida que lo excepcional en este caso será la disposición a su favor de un régimen de relaciones, y en consecuencia deberán ser ellos los que prueben fehacientemente la conveniencia para el niño de las mismas, que en ningún caso podrán extenderse más allá de la comunicación epistolar y de las visitas *strictu sensu*, quedando pues fuera las estancias.

Aunque la distinción francesa tiene un fundamento innegable y contribuye a poner de manifiesto la especial posición ocupada por los abuelos, no la considero imprescindible en la medida que, como ya he apuntado, la condición de abuelos sin duda será una de las circunstancias, —y de extraordinario peso—, a tomar en cuenta por el juzgador a la hora de apreciar la conveniencia de las visitas, determinar su extensión e incluso, como se pondrá de manifiesto más tarde, abordar desde una perspectiva u otra la predicada subordinación del derecho de visita al interés del menor. En la práctica, las consecuencias a las que se llegarán merced a la interpretación de nuestro art. 160 serán las mismas: se concederán las visitas a los abuelos incluyendo estancias salvo que una razón excepcional lo desaconseje, y sólo se reconocerá el derecho de los allegados de existir una motivación especial que lo justifique y raramente se les autorizarán pernóctas.

2. La «justa causa» obstativa del derecho a relacionarse.

Ya hemos visto como el Tribunal afirmaba que «*es evidente que los abuelos tienen derecho a relacionarse con la nieta de cuya relación sólo por justa causa se les puede privar, y como en el caso de autos ninguna causa justa se ha acreditado no puede impedirse la relación*» (F.D. 5.º), el problema surge a la hora de determinar qué debe entenderse por justa causa. Puede adelantarse que cuando las visitas no casan con el interés de menor existe justa causa para prohibirlas, pero antes de tratar sobre tan controvertida noción estudiaremos argumentos más concretos en virtud de los cuales podría defenderse la existencia de justa causa —o «razones especiales» en palabras de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1979— susceptible de frustrar el derecho de visita.

A) Delimitación negativa.

a) Apreciaciones subjetivas del guardador sobre lo nocivo de las visitas.— De entrada no son justa causa las meras conjeturas y elucubraciones del guardador del menor sobre la negativa influencia de las visitas. Como señala RIVERO (22), la perniciosidad de las visitas para

(21) «Du droit de visite», *R.T.D.C.* 1965, p. 234 y ss.

(22) *Op. cit.* p. 177.

el menor deberá ser actual y no meramente potencial, recayendo la prueba de la realidad de dicha causa sobre el sujeto que se opone a las relaciones (23), prueba que deberá ser lo suficientemente contundente y objetiva: la alegación sin apoyos fácticos de cuidados deficientes, trastornos psicológicos o incluso la mera invocación de una noción tan difusa y tan susceptible de ser interpretada en función de los deseos de los adultos como es la del interés del menor, hipotéticamente contrariado de autorizarse las relaciones, no es de recibo.

Así, la S.A.P. Valencia de 15 de junio de 1991 (R.G.D. 1991, p. 10917), resolviendo sobre el derecho de visita de una abuela, declara que «*no hay justa causa que impida la relación personal que la demandante invoca, pues no puede tenerse por tal ni la animadversión que entre las partes existe, ni meras conjeturas sobre malévolas influencias de la abuela sobre la menor con relación a la muerte de su padre (...) ni la supuesta despreocupación de la actora para con su nieta que, como única causa justa impeditiva del derecho de comunicación, se alega en el escrito de la demanda, pues la prueba practicada ha demostrado, como bien valora el Juzgador a quo, el interés que aquélla siempre ha tenido en ver a la menor, lo que le ha sido impedido por la madre*».

b) Las tensiones entre adultos.— Una de las directrices que se viene afirmando a la hora de abordar la cuestión del interés del menor es la necesidad de que éste crezca y se desarrolle «*en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*» (24); de acuerdo con ello, ¿hasta qué punto pueden considerarse las desaveniencias entre guardador y visitante motivo suficiente para denegar las visitas? El tribunal en la sentencia que comentamos deja patente su postura cuando, tras rechazar en su totalidad el recurso, hace referencia a la modificabilidad en el futuro de lo resuelto «*si causas de suficiente entidad, más allá de las rencillas entre parientes, aconsejaran en beneficio del menor su alteración*» (F.D. 4.º) (25). Una solución distinta sería —a reserva de matizaciones posteriores— absurda, en la medida que los tribunales sólo entrarán a conocer de la cuestión cuando las relaciones entre el guardador y el visitante hayan alcanzado un grado de deterioro tal que no quepa diálogo alguno entre ellos. Las partes suelen olvidar que —tal y

(23) Vid. S.T.S. de 21 de julio de 1993 (C.L. 771) sobre visita de una madre natural.

(24) Pár. quinto del Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño. Doctrinalmente, la necesidad de un ambiente pacífico para el adecuado desarrollo del menor fue tempranamente puesta de manifiesto por DONNIER «*L'interêt de l'enfant*», D. 1959, Chr. XXVI, p.182.

(25) Tal y como se aprecia en el extracto transcrito, la «animadversión entre las partes» también es rechazada en la S.A.P. Valencia de 15 de junio de 1991, caso en el que la misma tuvo incluso un efecto favorable para las pretensiones de la abuela paterna, pues fue argumentada por la Audiencia como razón que apoyaba lo inconveniente de que la madre estuviera presente mientras tenían lugar las visitas.

como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 1992 (Aranzadi Civil 1992, n.º 749)—, la intervención judicial en estos casos no persigue «*calmar tan encrespadas actitudes, sino determinar el interés superior y preferente del menor y su más adecuado desarrollo y formación*».

No obstante no cabe negar que la desestabilización del menor —al que se le estaría obligando a jugar el papel de «árbitro» entre sus mayores— es un argumento de peso. Así pues, sin descartar totalmente la viabilidad de la denegación o supresión de las visitas en tamaño testitura (26), la situación debería ser realmente extrema y el juzgador habrá de examinarla cuidadosamente, siendo un factor a tener en cuenta la moralidad —el sentido común si se quiere— del visitante, en la medida que cupiera esperar de él, a pesar de lo irreconciliable de su postura con la del guardador, que no transmitiera al menor la tensión y el odio que a aquél le enfrentan (27). Va de suyo que el grado de vinculación existente entre menor y visitante será un factor a tener muy en cuenta en estos casos: padres y abuelos estarán más inmunes al alegato de la «tensión perniciosa para el menor» que colaterales y otros allegados.

c) Incompatibilidad de las visitas con la patria potestad del padre.— Otro aspecto de la interpretación de la «justa causa» habilitante para obstaculizar las relaciones entre nieto y abuelos íntimamente

(26) Que de hecho ha sido aceptada por los tribunales en alguna ocasión: así en la S.T.S. de 21 de julio de 1993 (C.L. 771) resolviendo sobre visita de una madre natural. La misma es comentada por GARCÍA PASTOR en «El derecho de visita en circunstancias excepcionales», A.C., 1995, XXVII, p. 753 y ss. La autora examina la cuestión de la operatividad de las malas relaciones entre los padres como motivo de denegación de las visitas y pone de manifiesto lo aislado del criterio sostenido por la sentencia citada, censurándolo abiertamente.

Por su parte, el A.A.P. Barcelona de 18 de febrero de 1991 (R.J.C. 1991, p. 270) —en un caso de visita de la abuela paterna consanguínea de una menor adoptada dentro de la familia de la madre— justifica la no práctica de la prueba pericial sobre la niña propuesta por la abuela porque no influiría en la resolución «*ya que la enseñanza que se ha adquirido con la práctica (relaciones anteriores de la niña con esa ascendiente en los días que se concretaban en la resolución del Tribunal Tutelar de Menores) vienen a demostrar que han sido la causa de graves enfrentamientos entre dos grupos familiares (...) lo que determinó en algunos casos la intervención de la policía y de otras instituciones públicas, situación conflictiva que en nada favorece la estabilidad emocional de la menor que debe permanecer ajena a estos problemas familiares y crecer en un ambiente de amor y comprensión integrada en el ámbito de la familia que la ha adoptado*».

(27) Tal fue la postura adoptada por la *Cour de Cassation* francesa en sentencia de 17 de mayo de 1972 (D 1972, Som. Jur. p. 162). En ella se reconoce derecho de visita al segundo marido de la abuela del menor, quien mantenía relaciones habituales con el menor «*hasta el día en el que las relaciones con los padres del niño fueron interrumpidas a consecuencia de una diferencia profesional respecto de la cual el niño debe permanecer extraño, y las cualidades morales del demandante permiten estimar que, al reencontrarse al niño, se guardará bien de mezclarlo en la desaveniencia actual*».

relacionado con el anterior es la eventual incompatibilidad de las mismas con el ejercicio o incluso el contenido de la patria potestad del padre. Así, en el motivo sexto la incorrecta aplicación del art. 160.2 se pone en relación con la infracción de los arts. 154 y 156 del CC. Aunque el Tribunal no hace ningún tipo de apreciación sobre la cuestión —se limita a declarar que los preceptos citados en nada han sido conculcados—, procede hacer alguna de observación.

El derecho de visita en sus albores se fundamentó en el abuso de la patria potestad por parte del progenitor que contumazmente y carente de justificación alguna impedía las relaciones del menor con sus abuelos. Así ocurría en la mencionada sentencia de la *Cour de Cassation* de 8 de julio de 1857 y nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 14 de octubre de 1935 (C.L. 104) —aun sin resolver directamente sobre visitas— declaró que *«el hecho probado de la prohibición (por parte del padre viudo) de comunicarse con su abuela, (...) dadas las circunstancias que en el caso concurrían, constituye un abuso de autoridad dañoso para los sentimientos de la niña»*.(6.º Cdo.)

El hecho de que tamaña fundamentación haya quedado ya superada y se reconozca al derecho de visita una sustantividad propia y naturaleza de derecho autónomo y no de mero límite a la patria potestad, no obsta para que, como se ha visto (28), la viabilidad de las relaciones personales del menor con otros sujetos pese a la oposición del titular de la patria potestad se erija como una limitación a las facultades que la misma concede.

La cuestión es abordada en la S.A.P. Toledo de 3 de junio de 1994 (Colex), en cuyo F.D. 1.º se comienza reflexionando sobre el carácter tuitivo de la patria potestad y se destaca que el haz de facultades que la institución concede se proyecta siempre en interés o beneficio de los hijos y que ha de ejercerse de acuerdo a la personalidad de estos, sin que *«sean atribuidas a los titulares para que las ejerzan en su propio interés»*. Se pasa después a examinar en concreto el derecho-deber de «velar por los hijos», predicando respecto al mismo que *«comprende tanto la vida física como la moral o afectiva del menor y supone, por tanto, para sus titulares el control efectivo de la vida de relación del mismo, con la consecuencia de poder actuar con arbitrio o discrecionalidad (no con arbitrariedad), prohibiendo o limitando ciertas relaciones en general o con determinadas personas en particular»*. Se indica a continuación que sobre esta facultad —que como todas las demás deberá ejercitarse con el interés del menor como parámetro— pesa una doble limitación legal, el respeto a la personalidad del hijo y la disposición contenida en el art. 160, manifestándose que en el mismo *«se reconoce claramente la existencia de un derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con el nieto y éste con ellos, al que los padres no podrán oponerse so pretexto de incompatibilidad con el ejercicio de sus propias facultades como*

(28) *Supra* apartado II. 1.

titulares de la patria potestad, sino solamente alegando y demostrando la existencia de motivos graves (justa causa), en cuyo caso habrá de decidir el Juez o Tribunal a petición del menor o del padre o allegado».

En cualquier caso, el derecho de visita de los abuelos no debe considerarse incompatible con el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres siempre y cuando aquéllos no se extralimiten en las facultades que el derecho de visita les confiere: sabido es que nos hallamos ante un «derecho de naturaleza, o mejor, contenido puramente afectivo, que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin» (29): la finalidad del mismo es pues abrir un cauce a la expresión del afecto que por el menor sienten aquéllos que con él desean relacionarse, y a la demostración de ese cariño deberá constreñirse: si el titular de la visita tratase de influir sobre la educación y formación del menor, las visitas entrarían en conflicto con el derecho que el art. 154 reconoce en exclusiva a los padres de educar a sus hijos y procurarles una formación integral de acuerdo a sus convicciones de todo tipo —morales, religiosas, ideológicas, etc.— (30) y sería motivo de una limitación e incluso —cierto es que en circunstancias de extraordinaria gravedad— suspensión del mismo, y ello una vez más porque sometiéndolo a tendencias contradictorias se estaría perjudicando al menor. En cualquier caso es innegable que fruto del contacto entre menor y abuelos aquél se verá influido por éstos —especialmente si se han previsto estancias—, y el hecho de que el niño acumule distintas percepciones y enfoques deberá considerarse en principio enriquecedor para él; no obstante la valoración cambiará de signo en aquellos supuestos en los que las referencias vivenciales que obtiene el menor de sus padres choquen directamente con las de los titulares de la patria potestad, máxime si hay descalificaciones directas al proceder

(29) GARCÍA CANTERO, *op. cit.* p. 247.

(30) Así, SAYAG («Les grands-parents dans le Droit de famille», *R.T.D.C.*, 1969, p.56) al tratar el derecho de visita de los abuelos, pone de manifiesto lo inviable de que el Derecho decida merced a disposiciones generales sobre este tipo de casos, a pesar de lo cual extrae dos proposiciones generales que el juez habrá siempre de retener: la condición de abuelo es título suficiente para limitar la patria potestad en lo concerniente al derecho de comunicarse con el niño, pero carece de virtualidad alguna en lo que al control de la educación del niño se refiere. Por su parte y desde la perspectiva estadounidense, LEVY («Rights and responsibilities for extended family members», *F.Q.L.R.*, vol. 27, N.º. 2; p. 202) señala como uno de los argumentos apuntados por los estudiosos de ese país para justificar y no temer la tendencia que en diversos Estados de la Unión se ha manifestado hacia dotar de *status* legal al derecho de visita de los abuelos el que, dado que la mayoría de los abuelos sólo aspirarán a tener al niño consigo en régimen de estancia, (el más susceptible a eventuales influencias) en ocasiones especiales y contadas (vacaciones, días especiales, etc.), en la mayoría de los casos no cabe temer que interfieran indebidamente en la autonomía de los padres respecto a la educación de su hijo.

o ideas de éstos de por medio cuando no apreciaciones peyorativas sobre su persona. Será entonces cuando la conveniencia de las relaciones habrá de replantearse, en la medida que someter al niño a tendencias ántagónicas crearía en él conflictos que en nada contribuirían a la atmósfera estable, pacífica y armónica en la que éste debe crecer: sería contrario a su interés.

d) Por último y como veremos más adelante (31), la mera expresión por parte del menor de su voluntad de no querer comunicar con los abuelos sin mayores justificaciones no constituye por sí sola causa justa para denegar el derecho.

B) *Posible contenido de la justa causa.*

Uno de los preceptos que en el recurso se citan como infringidos en relación con el art. 160.2 es el 172, sede de la definición legal de desamparo: en consecuencia podemos colegir que el padre hizo valer que a la niña se la ponía en tal tesitura al permitirse las relaciones con sus abuelos (32). Desde luego una de las posibles interpretaciones de la «justa causa» del art. 160.2 es su reconducción a la situación «*que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*» (33). Está claro que sumergir al niño merced a las visitas en una situación susceptible de ser calificada de desamparo será motivo suficiente para negarlas, pero no parece necesario llegar a un estado tan extremo: resulta desproporcionado exigir lo mismo para privar de un derecho de visita a un abuelo —o cualquier otro pariente o allegado— que para suspender la patria potestad a unos padres y separarlos de sus hijos: evidentemente la «justa causa» del art. 160.2 no parece ser tan rigurosa en sus exigencias, y bastará con comprometer la estabilidad emocional y adecuado desarrollo del niño —su interés en último término— en menor medida.

(31) P. 498 y s.

(32) En el F.D. 4.º hallamos unas referencias no muy explícitas a la tramitación por la Diputación Foral de expedientes incoados por el padre denunciando hipotéticos malos tratos a la menor por parte de sus abuelos.

(33) En Francia, COLOMBET («Commentaire de la *Loi du 4-6-1970 sur l'autorité parentale*», D. 1971, Chr. I, p. 9), propugnando una interpretación restrictiva de los «motivos graves» a los que hace referencia el art.371.4, los reconduce a las causas que justifican la adopción de «una medida de asistencia educativa» por parte de las autoridades sobre el menor. El paralelo más próximo de su postura en nuestro ordenamiento sería referir la interpretación de «justa causa» a la situación que motiva la adopción de una medida en situación de riesgo del menor (art. 17 de la L.O. 1/1996) o una declaración de desamparo.

Nada obstaría a aplicar por analogía las causas de suspensión del derecho de visita de los progenitores (34) que para los casos de separación, nulidad y divorcio prevé el art. 94 del CC. De las dos que el precepto cita —presencia de motivos graves que así lo aconsejasen o incumplimiento grave y reiterado de los deberes de la resolución judicial—, sólo nos sería de utilidad la primera, con la que tampoco avanzamos excesivamente en la concreción de la «justa causa», pues el mismo problema interpretativo se nos plantea respecto a lo que debe considerarse «motivos graves» (35).

RIVERO HERNÁNDEZ (36) —tratando conjuntamente la causa justa del art. 160 y los motivos graves del 94— señala que éstos deberán ser no sólo graves, sino además «*serios, legítimos y actuales, más que potenciales*», debiendo el juez valorarlos «*con toda la ponderación y rigor que la trascendencia de sus consecuencias aconseja*». Por su parte el Tribunal Supremo tiene declarado que el derecho de visita del progenitor sólo cede «*en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del niño*» (37), criterio que muy bien podría ser retenido como punto de referencia teniendo en cuenta que en buena lógica la apreciación del grado que tal peligro debe alcanzar será más estricta respecto a los abuelos que respecto a los padres y que en cualquier caso habrá de estarse siempre a lo que el interés de ese menor en concreto demande: lo que para un niño puede ser muy traumático puede no serlo tanto para otro, siendo necesario para el primero la suspensión total de las visitas y bastando para el segundo el establecimiento de un régimen limitado.

C) *El papel del interés del menor y su voluntad.*

Al revisar los posibles contenidos de la justa causa, hemos visto cómo en muchos casos el que un determinado hecho objetivo (malas

(34) La aplicación analógica de las causas de denegación o suspensión de las visitas de los padres a las de otras personas está expresamente reconocida en el art. 274 a. del Código Civil suizo. En cualquier caso, es lógico esperar que la rigidez de los tribunales a la hora de aquilatar la gravedad de las causas aducidas varíe según el tipo de relación que una al menor con el aspirante a las visitas: puede que lo que constituya motivo bastante para negar las relaciones con los abuelos no alcance entidad suficiente de tratarse de un padre, o que lo que se alegue como justa causa sea efectivo frente a un allegado o colateral pero insuficiente respecto a un ascendiente.

(35) La remisión contenida en el Código civil suizo se revela de mayor utilidad, en tanto cuanto su artículo 274, junto a una cláusula general, enumera hasta tres supuestos en los que el progenitor verá sus relaciones con el menor frustradas: «*si las relaciones personales comprometen el desarrollo del niño, si el padre o la madre que las mantienen violan sus obligaciones, si no se han preocupado seriamente del niño o si existen otros motivos justos el derecho a mantener estas relaciones les puede ser negado o reiterado*»

(36) «El derecho de visita. Ensayo de una construcción unitaria» en RIVERO HERNÁNDEZ, *et al. op.cit.*, p. 177 y s.

(37) S.T.S. de 19 de octubre de 1992 (A. 8083).

relaciones entre los adultos, sometimiento del menor a directrices opuestas a las de los guardadores, eventuales perjuicios psicológicos) revista o no la gravedad necesaria para dar al traste con las relaciones dependerá de un parámetro subjetivo como es el del interés o beneficio del menor, que también condicionará la extensión del régimen de visitas, su ejercicio y su eventual modificación; y todo ello sin necesidad de que el Código lo indique expresamente (38), porque sin duda y aun antes de que entrase en vigor la Convención de los Derechos del Niño (39) en nuestro país, nos hallamos ante un principio general del Derecho (40) que baña todos aquellos sectores del ordenamiento que afecten de un modo u otro a los menores.

Considero que el problema del parámetro del interés o beneficio del menor radica no tanto en su definición abstracta —supondría optar por aquella medida o decisión que más favorezca el desarrollo armónico y equilibrado del menor como futuro adulto—, sino en su concreción práctica en cada caso y en los posibles criterios a seguir para lograr la misma (41). En último término, no cabe negar que la percepción subjetiva que del interés del niño se haya formado el juzgador —sin duda condicionada por sus vivencias personales— será la que prevalecerá (42): la decisión final habrá de ser forzosamente discrecional, pero jamás arbitraria.

(38) A diferencia del art. 274 a. del Código Civil suizo: «*En circunstancias excepcionales el derecho a mantener relaciones personales puede también concederse a otras personas, en particular a miembros de la familia, a condición de que sea en el interés del menor*».

(39) Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y vigente en nuestro país desde el 5 de enero de 1991). El interés del menor se considera uno de los principios inspiradores de la misma, y en concreto su art. 3 ordena que «*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será siempre el interés superior del niño*».

(40) Cfr. respecto a Francia el temprano artículo de DONNIER precitado, p. 179.

(41) Una referencia a los distintos criterios teóricos de determinación propuestos por la doctrina, factores considerados a retener, órdenes de prioridad establecidos, críticas a la noción etc. puede hallarse en Salanova Villanueva «El derecho del menor a no ser separado de sus padres», *Derecho privado y Constitución*, 1995, n.º 7, pp. 285 y ss.

(42) Aunque, como apunta Díez PICAZO (*Familia y Derecho*. Civitas, 1984, p. 176), las creencias de los órganos jurisdiccionales no sean decisivas a la hora de determinar lo que el interés del menor realmente exige, son *de facto* las que se imponen.

Asumida tal realidad, será de extraordinaria importancia ilustrar al juzgador al máximo sobre las circunstancias del caso: se entiende así lo preceptivo de la participación del Ministerio Fiscal en defensa de los intereses del menor, lo imprescindible de la exploración del menor tanto directamente por el juez como por personal especializado, lo oportuno de que los adultos implicados argumenten sobre las bases en las que apoyan sus pretensiones, etc.

En la misma sin duda influirá la perspectiva desde la que se aborde la relación existente entre el derecho de visita y el interés del menor, y personalmente creo que ésta no será la misma según se trate de progenitores y en menor medida abuelos, o de otros colaterales o meros allegados. La cuestión a plantearse sería, ¿es necesario que las relaciones personales beneficien objetivamente al menor, o basta simplemente que no le sean perjudiciales?

La primera alternativa partiría de una total subordinación de las visitas al beneficio del menor, erigiéndose éste en fundamento de las mismas (43): sólo se concederían si objetivamente se demuestra que el menor va a obtener algún tipo de beneficio de las mismas, que su educación, su formación y desarrollo se verían favorecidos. Tal postura parte de una concepción peyorativa del instituto de la visita considerada *a priori* como negativa y perturbadora, que sólo en razón de condicionantes excepcionales procede conceder: el menor debería estar vinculado al solicitante del régimen de visitas al punto tal que una ruptura de sus relaciones con aquél le irrogase un grave perjuicio. El argumento pudiera ser aceptable en el caso de colaterales y demás allegados, pero resulta claramente excesivo cuando de progenitores se trata, apreciación que cabe hacer extensiva a los abuelos. Y ello porque respecto de los ascendientes el parentesco directo que les une permite presumir que las relaciones personales con ellos van a beneficiar al menor, y ello les concede un «título» (44) en razón del cual pueden aspirar legítimamente a las visitas, y quien lo ponga en tela de juicio habrá de dar cumplida prueba de ello.

Así pues, en el caso de ascendientes la relación a establecer entre interés del menor y relaciones personales es diferente: se parte del reconocimiento a los eventuales visitantes de un interés legítimo a comunicar con el menor, interés que deberá de tratar de compatibilizarse con el bienestar del menor y sólo de revelarse inviable tal composición prevalecerá el interés de éste último frustrándose las pretensiones de los primeros (45).

(43) Es indudable que el derecho de visita viene en gran parte determinado por el interés del menor, a pesar de lo cual doctrinalmente se ha descartado su consideración como fundamento único del mismo. *Vid.* entre nosotros RIVERO HERNÁNDEZ (*op. cit.* p. 220, donde considera que tamaña fundamentación es por sí sola incompleta o insuficiente).

(44) *Cfr.* VINEY, *op. cit.*, pp. 234 y ss.

(45) En esta composición o «compatibilización» de intereses, ¿deben también considerarse los de el guardador del menor? Quizá BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*op. cit.*, p. 1076) al hacer referencia a la ponderación del interés del menor con los «llamados intereses familiares» lo esté sugiriendo. La cuestión no carece de interés, sobre todo en los casos de binubía como el que nos ocupa, en los que los contactos del niño con la familia del progenitor fallecido pueden molestar al padrastro o madrastra, e interferir negativamente en la relación de pareja. Personalmente considero que los intereses, o mejor, las circunstancias del guardador y su entorno deberán tenerse en cuenta a la hora de articular el régimen de visitas en lo que a horarios, períodos de vacaciones y extremos similares se refiere, pero no deben influir a la hora de juzgar la conveniencia o no de la existencia de la relación en sí. Ahora bien, no cabe negar que los intereses y posturas de los adultos con los que convive van a afectar al menor, y, en forma de tensiones desestabilizadoras para el niño, tales intereses acabarán siendo relevantes.

Ya no se requiere que el niño reciba algún tipo de provecho de las visitas, basta que no se vea dañado por ellas (46).

Y en el caso de los padres, incluso podría ser que las visitas causasen algún tipo de desestabilización en el menor y aún así ser legítimo concederlas, lógicamente en régimen limitado e incluso estableciendo algún tipo de medida que en principio debe descartarse en la articulación de las visitas como sería la presencia de otro adulto durante las mismas. No se olvide que el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dice expresamente que la consideración del interés del niño será una de las que deberá ser atendida, pero no la única, y que tiene carácter primordial, pero no fundamental: de hecho la expresión fue buscada intencionalmente por el grupo redactor, consciente de que en determinados supuestos podían concurrir intereses y consideraciones que prevaleciesen sobre el beneficio del menor (47).

Desde mi punto de vista ahí radicaría una de las fundamentales diferencias entre la posición de los abuelos y la de los padres: a aquéllos les basta con que sus contactos no perjudiquen al menor, pero de demostrarse la existencia de efectos nocivos para el niño, su interés no tiene peso suficiente para desplazar aun parcialmente al de menor; mientras que en el caso de los padres, siempre y cuando las alteraciones padecidas por el menor no fueran traumáticas en exceso, deberían consentirse las visitas, con las cautelas arriba apuntadas. Así, en último término en función de la proximidad de parentesco variarían el juego del interés del menor.

La cuestión del interés del menor y su determinación nos conduce irremisiblemente al peso que en la determinación del mismo pueden tener sus deseos y voluntad. Ya de entrada el art. 154 en su inciso tercero dispone que «*si los hijos tuviesen suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten*». Así de entrada el titular de la patria potestad, al tomar postura sobre si debe o no combatir la solicitud de las visitas, debería tener en cuenta lo que el menor siente respecto a ello (48). No obstante la audiencia del menor no queda constreñida al ámbito familiar: en el proceso en el que se resuelva sobre la conveniencia o no de las relaciones el menor deberá ser explorado de cara a determinar los posibles efectos que sobre él una decisión afirmativa o negativa pudiera tener.

La audiencia a los hijos está expresamente reconocida en el art. 92 en lo que a los procesos de separación, nulidad o divorcio se refiere, disposición perfectamente trasladable a aquéllos en los que se discute

(46) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 123.

(47) Cfr. DETRICK, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

(48) Cfr. SANCHO REBULLIDA, «La patria potestad», *cit.*, p. 106.

únicamente sobre la visita de otros parientes y allegados; siendo en cualquier caso la audiencia preceptiva atendiendo al art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (49), cuyo paralelo en nuestro ordenamiento interno se localiza en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo inciso primero expresa que *«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»*, y no cabe duda de que el caso que nos ocupa es uno de los que afectan directamente a dichas esferas de la existencia del menor.

Desgraciadamente no consta si en el caso que desemboca en la sentencia objeto de comentario se procedió a la audiencia de la niña: en el A.H. 1.º se dice que se practicaron aquellas pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, pero no se especifica si entre ellas figuraba la exploración de Judit, de la que de hecho desconocemos aun de modo aproximado un dato de tanta relevancia como puede ser en estos casos la edad (50), pues la misma será uno de los factores —aunque no constituya un parámetro seguro— a retener de cara a valorar los pareceres vertidos por el menor (51).

Tal valoración se revela de extraordinaria complejidad, de una parte porque lo que el menor realmente desea no tiene porqué ser lo más adecuado para él, y precisamente por su condición de ser humano que todavía no ha alcanzado un pleno desarrollo intelectual y emocional necesita ser protegido frente a inclinaciones que podrían revelarse perniciosas para él. De otra parte, el niño es especialmente permeable a las influencias de aquéllos de los que depende, y en no pocas ocasiones

(49) *«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, 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 o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»*

(50) Ni siquiera de modo aproximado, pues nada se dice ni de la fecha del matrimonio de los padres, ni de la del fallecimiento de la madre, ni sobre la extensión del período durante el cual convivió con los abuelos.

(51) Ello no supone condicionar la necesidad de la audiencia a que el menor haya alcanzado una determinada edad que haga pensar que dispone ya de juicio suficiente para opinar razonablemente: el niño deberá ser escuchado siempre salvo que careciese de la destreza lingüística necesaria para expresarse o por cualquier otro motivo se hallase imposibilitado para ello. De hecho el art. 9 de la L.O. 1/1996 no supedita la audiencia a poseer determinada edad o a haber alcanzado especial grado de madurez, y la referencia que en el art. 12 de la Convención se hace a las mismas opera a la hora de tomar en cuenta, de respetar en mayor o menor medida las opiniones del niño.

lo que manifieste no será lo que él quiere o desea, sino aquéllo que el adulto con el que convive le ha enseñado que tiene que decir (52). Es innegable que las dudas sobre la libre formación de la voluntad del menor existirán siempre, y así RIVERO HERNÁNDEZ (53) advierte que la simple negativa del menor, huérfana de razones o motivos medianamente suficientes, no puede ser aceptada sin más.

Queda claro pues, que audiencia del menor no significa respeto fiel a lo expresado por él durante la misma, y de hecho no faltan decisiones en las que se ha concedido un régimen de visitas a favor de abuelos a pesar de la oposición manifestada en juicio por el menor interesado, aunque la misma haya motivado la previsión de un régimen de visitas más modesto.

En el caso resuelto por la S.A.P. Barcelona (Secc. 1.ª) de 14 de mayo de 1992 (Colex), el juez de Primera Instancia había desestimado íntegramente la demanda de los abuelos basándose únicamente en su exploración judicial del menor. Frente a ello la Audiencia establece un mínimo régimen de visitas explicando que la *«justa causa debe ser racionalmente apreciada por el juzgador, en base, naturalmente, entre otras consideraciones, a la exploración práctica del menor, pero no exclusivamente a ella, sobre todo cuando, por su corta edad, no da un motivo convincente para justificar su negativa, limitándose a sollozar, lo cual puede obedecer tanto a motivos suficientemente razonables como a prejuicios inculcados por el progenitor con el que el menor convive bajo su exclusiva patria potestad»*. En similar sentido se pronuncia el A.A.P. Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1989 (R.G.D. 1990. p. 1044).

En todo caso, no debe perderse de vista que la negativa del menor cobrará mayor relevancia cuanto más lejano sea el parentesco que al visitante le vincula —pudiendo incluso ser decisiva en el caso de meros allegados— o menor sea la intensidad de la relación afectiva que con éste mantenía.

En otro orden de cosas, conforme el niño crezca, su voluntad irá ganando fuerza hasta el punto de que no cabrá imponerle ni denegarle relaciones con sus parientes o allegados: así lo exigirá el respeto a su personalidad cada vez más autosuficiente, su derecho a la intimidad y a su propia vida privada. La idea ha sido plasmada en la ya mencionada S.A.P. Toledo de 3 de junio de 1994 (Colex), que interpreta el inciso del art. 154 relativo al ejercicio de la patria potestad de acuerdo a la personalidad del hijo en el sentido de que *«el progresivo*

(52) En el A.A.P. Madrid de 7 de mayo de 1992 (Aranzadi Civil 1992, 749), al considerarse *«la influencia, advertencia, predisposición o consejo»* que el padre pudiese haberle inculcado a su hijo antes de ser sometido a audiencia en juicio sobre derecho de visitas de sus abuelos, dice la Audiencia que *«éste es el riesgo inevitable de un medio probatorio tan vulnerable como el elegido; sin embargo, faltando otro de similar eficacia, la solución es someter su resultado a los ponderados principios de la sana crítica, bajo cuyos auspicios el Tribunal ha de analizar esta prueba»*.

(53) *Op. cit.*, pp. 119 y ss.

crecimiento del menor exige, conforme a los criterios constitucionales de la dignidad de la persona y de sus derechos y libertades fundamentales, el reconocimiento al menor de un ámbito de libertad progresivamente creciente en el que será él, y no los padres, quienes tendrán facultad de decidir sus propias creencias, relaciones personales, etc.; es decir, a partir de una determinada edad sólo podrán existir relaciones personales con determinados parientes y allegados si el propio hijo lo consiente». Tal consideración ha de conectarse con el «principio de las capacidades evolutivas del menor», inspirador junto al de la primacía del interés del menor de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual el ámbito de actuación de la autonomía del menor se va ensanchando a medida que madura.

3. Contenido del derecho de visita de los abuelos.

El art. 160 habla de relaciones personales, que podrán comprender cualquiera de los tres contenidos de que habla el art. 94 en lo que al derecho de los padres en supuestos de separación, nulidad o divorcio se refiere: visita *«strictu sensu»* —gozar de la compañía del menor durante algunas horas, excluyendo la pernocta—, la comunicación o correspondencia (por vía epistolar, telefónica o por medios similares) y la estancia o alojamiento del menor, que supone que el niño pase algunos días con el visitador incluyéndose ahora las pernoctas.

Así la precitada S.A.P. Toledo de 3 de junio de 1994 explica cómo *«la palabra “relación” (...) comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que debe entenderse incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en el domicilio del titular o titulares del derecho de visita. Precisamente, en este sentido amplio y desde una perspectiva meramente formal, el derecho de visita de los parientes o allegados se identifica con el del progenitor, que en caso de separación, nulidad o divorcio, no tiene consigo los hijos menores o incapacitados, y al que se refiere el art. 94 del CC como «derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía» (54).*

(54) En este sentido no alcanzo a comprender porqué el A.A.P. Madrid de 7 de mayo de 1992 apoya las diferencias de régimen que deben existir entre las visitas de un progenitor y de un abuelo en el tenor literal de los artículos 94 y 160, al decir que *«es necesario advertir cómo la propia ley emplea expresiones diferentes a ambas situaciones: relaciones personales y derecho de visitas, y, evidentemente su contenido y efectos ha de diferir sustancialmente, sobre todo por la influencia trascendental que en las primeras debe tener el ejercicio de la patria potestad»*. Si bien es cierto que el segundo argumento es totalmente válido como a continuación veremos, la referencia al tenor literal de los preceptos no me merece el mismo juicio, sobre todo teniendo en cuenta que precisamente el término relaciones personales es más amplio que el tomado como referencia por el tribunal, «visitas».

Si las modalidades que en abstracto —a reserva de que el juez decida excluir alguna de ellas por considerarlo acorde al interés del menor— puede revestir la visita de los abuelos son idénticas a las de la visita de los progenitores, no cabe predicar lo mismo respecto a la extensión y periodicidad que cabe dar a las mismas. Es obvio que la vinculación existente entre padres e hijos no es equiparable a la que une a abuelos y nietos, siendo además el derecho de visita en el caso de progenitores titulares de la patria potestad vehículo para que el padre que no convive con el menor siga ejercitando los derechos y deberes que aquélla comprende (55).

Así pues, la extensión del derecho de visita será lógicamente más modesta que la que habitualmente tiende a recibir el de los progenitores, tomando en cuenta en todo caso las circunstancias especiales que en cada supuesto concurren y poniéndose todo ello en relación con las demandas del interés del menor. En lo que al caso de Judit se refiere, sabemos que estuvo conviviendo con sus abuelos, personas a las que recurrió su padre tras el fallecimiento de su cónyuge para atender a la menor: tal circunstancia favorece la fijación de un régimen generoso, y en este sentido el demandado en su día por los abuelos —comprensivo por cierto de las tres modalidades que las relaciones personales pueden revestir— parece adecuado: comunicaciones telefónicas tres veces por semana que no superen los diez minutos; tener consigo ocho horas a la menor un domingo al mes y tres horas semanales cada jueves, y albergar a la menor durante una semana en verano, respetando los períodos vacacionales del padre (56).

(55) Así dice la mencionada S.A.P. Toledo que no puede pretenderse que la modalización del derecho de visita de los abuelos «sea semejante o igual que si el titular del derecho de visita es uno de los progenitores que, aunque separado del otro cónyuge, mantiene no sólo la titularidad sino también el ejercicio de la patria potestad, pues en esta situación el derecho de visita responde a la necesidad vivencial y afectiva más importante del orden natural, y además dimana del propio ejercicio de la patria potestad como medio de velar por el hijo y ejercer el debido control y vigilancia sobre la guardia y custodia del mismo». Por su parte, la S.A.P. Valencia de 20 de junio de 1991 (R.G.D. 1991, p. 8283) —en un caso en el que los abuelos paternos reclaman derecho de visitar a su nieto bajo la custodia de la madre del mismo, hallándose el padre en paradero desconocido— reduce el régimen fijado en Primera Instancia a favor de los abuelos pues «en ningún caso puede ser ésta vía de sustitución de la relación con el padre, ni cauce para tratar así de compensar la falta de contacto con el mismo (...), dado que estamos ante ámbitos diferentes y se ha de evitar precisamente toda confusión al respecto desde la perspectiva del menor.»

(56) Compárese con el régimen de visitas bastante más extenso que normalmente se suele prever a favor de los padres, señalado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ en «El derecho de visita en la reciente praxis judicial», *Revista Aranzadi Civil*, n.º 7, 1994, pp. 21 y s.

De otra parte quisiera señalar dos aspectos del régimen solicitado por los abuelos que a mi modo de ver dan prueba de la buena fe de los mismos: la limitación de tiempo en las llamadas telefónicas, así como a la cohesión de su derecho a albergar a la niña en verano con las vacaciones del padre.

En relación con el contenido que cabe dar al derecho de visita de los abuelos se halla la cuestión del modo de fijarlo. Junto a la vía judicial, aparece la figura de un eventual acuerdo o convenio entre titular de la patria potestad y aspirante a la visita, —bien alcanzado merced a la mera práctica de las visitas de acuerdo a una determinada periodicidad y bajo unas determinadas modalidades, bien fijado por escrito, ya privado o incluso formalizado en acta notarial—. De tan controvertida figura me ocupo a continuación.

4. Los pactos entre las partes sobre las visitas.

En el caso que comento, consta que las partes durante la tramitación del juicio de Primera Instancia aportaron de común acuerdo un convenio fechado el 20 de mayo de 1988, que fue «aprobado» por la sentencia de 29 de julio del mismo año.

Ante las alegaciones del padre de que nos hallamos ante una transacción judicial —calificación de la que deduce una serie de consecuencias procesales que posteriormente mencionaré—, el Tribunal Supremo en el F.D. 2.º niega categóricamente tal extremo *«puesto que no tiene los caracteres de la transacción la decisión sobre materia que afecta a los hijos, que debe ser resuelta siempre pensando en el bien de los menores y con intervención del Ministerio Fiscal»*.

Uno de los caracteres del derecho de visita es su inclusión dentro del «orden público familiar»: de ahí su carácter innegociable e indisponible, con lo que no cabe transigir respecto a él. El derecho de visita ha sido acertadamente categorizado como derecho de la personalidad (57), y como tal está fuera del comercio de los hombres y no puede erigirse en objeto de contrato alguno. De otra parte, merced a la transacción las partes zanján por sí mismas la controversia que las opone escapando al juez control alguno sobre el contenido de la misma (58) lo que en ningún caso puede ser viable en materia que afecte a los hijos: en la misma Ley y tal y como recuerda la sentencia es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, precisamente para evitar que *«los particulares, por su actividad o inactividad o por su conveniencia pue-*

(57) Cfr. *inter alia* RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.* p. 244 o GARCÍA CANTERO, *op. cit.* p. 247.

(58) Explica GULLÓN BALLESTEROS (Com. al art. 1816 en Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia (1993), pp. 1774 y s.) que *«cuando se habla de aprobación judicial hay que tener presente que el Juez no puede entrar a valorar el contenido de la transacción, en otras palabras, aprobarla o no según le parezcan o no justos los recíprocos sacrificios de las partes. Ello es materia que pertenece al terreno de la autonomía de la voluntad. La aprobación debe circunscribirse a si se han cumplido los requisitos de capacidad y se han respetado las prohibiciones legales sobre lo que no puede ser materia de transacción»*.

dan disponer o perjudicar libremente y aunque sea inconscientemente sobre relaciones de derecho de familia o de estado civil que puedan atañer o pertenecer a esa clase de personas que no son capaces para todos los actos de la vida civil». (59)

Podría pensarse no obstante que respecto al caso de progenitores que se separan o divorcian, la propia ley invita a pactar sobre el régimen de visitas de los hijos —contenido necesario de todo convenio regulador—, con lo que en este caso la Ley autorizaría a «transigir» sobre el derecho de visita. Debe matizarse en primer lugar que los cónyuges no están disponiendo sobre el derecho de visita —que de entrada el art. 94 reconoce a todo progenitor— sino únicamente regulando su ejercicio, su régimen. De otra parte tal pacto en concreto no puede ser calificado de transacción en la medida que no queda al libre arbitrio de las partes el fijar un régimen u otro: sobre todos los extremos del convenio atinentes a los hijos deberá ser oído el Ministerio Fiscal y el juez puede rechazar dicho convenio de considerar que no ampara suficientemente el interés de los hijos y en último término, de persistir tal calificación negativa en el nuevo texto que se le presente, resolverá él mismo sobre la cuestión (D.A. 6.^a.6 de la Ley 30/1981).

Extrapolando lo dicho al caso de los pactos entre abuelos y padres sobre visitas a los nietos, éstos serían válidos y no contravendrían el orden público ni precepto imperativo alguno siempre y cuando limitasen su objeto a la modalización de tales relaciones personales (60), pactos que en cualquier caso siempre estarán supeditados a la decisión del juez de llevarse el caso ante los Tribunales, pudiéndose alterar lo acordado por las partes en función del interés prevalente del menor.

En este sentido vemos como en Francia —a pesar de que la jurisprudencia reiteradamente ha declarado antes y después de la Ley de Reforma de 1970 que los pactos y protocolos sobre el derecho de visita son nulos por afectar a materia fuera del comercio de los hombres— el propio art. 371.4 del Code expresa que las modalidades de las relaciones personales entre abuelos y nietos serán reguladas por acuerdo de las partes, y sólo a falta del mismo intervendrá el juez. La aparente contradicción se despeja merced a la mencionada diferencia entre los pactos que recaen sobre el derecho de visita en sí y aquéllos que se limitan a regular su modo de ejercicio: VINEY (61), antes de la reforma ya apuntaba que si bien «*parece imposible dejar a las partes libres de conceder o negar el derecho mismo en condiciones diferentes de aquéllas que son exigidas por la jurisprudencia, las disposiciones convencionales que se limitan fijar las modalidades*

(59) S.A.P. Barcelona (secc. 12.^a) de 17 de abril de 1989 (R.G.D. 1990, p. 5858).

(60) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

(61) *Op. cit.*, p. 255.

de la relación no encuentran ningún obstáculo. Deben ser respetadas en la medida que no contravengan ninguna regla imperativa (...) En cualquier caso, estos pactos quedan sometidos al control del juez, el único que puede diferenciar entre lo que corresponde al principio de derecho y lo que concierne a su organización práctica, y que verifica la correcta aplicación de las reglas imperativas». Así pues, no podría pactarse sobre la existencia o no del derecho de visita, pero sí pueden acordar las partes qué días procede telefonar al niño, a qué horas se le vendrá a buscar y cuándo habrá de ser devuelto, durante qué período de las vacaciones será recibido por los abuelos, etc.

Ahora bien, ¿cuál es la eficacia que cabe atribuir a tales pactos? En nuestra doctrina, VIVES LLAMAZARES (62), refiriéndose precisamente al pacto entre ascendientes y padres, defendió en 1950 que «*como consecuencia de la no disponibilidad del derecho de guarda, se entiende que los convenios para regular los períodos durante los cuales hayan de tener la guarda de los hijos los ascendientes, o sobre la forma y duración de las visitas, no tienen nada más que un valor puramente provisional y que cada una de las partes puede revocarlos*». (63)

Distinta es la posición mantenida por RIVERO HERNÁNDEZ (64), quien, partiendo de la validez de convenio tal, deduce que «*es vinculante para quienes lo han asumido, y que debe ser respetado y no puede ser impunemente infringido o desconocido (...)* Su eficacia y exigibilidad es idéntica a la de otro convenio de Derecho Privado. Ante el incumplimiento de una parte, puede pedirse ante los tribunales que sea respetado y cumplido mientras esté vigente y no se declare judicialmente su invalidez por la razón que fuere»; matizando no obstante que «*esa validez y eficacia no impide que pueda ser impugnado por los motivos genéricos aplicables a cualquier negocio (así, por ejemplo, por error, o dolo, o falta de libertad en quien lo suscribe...)* y además por una causa típica nueva: por la incidencia negativa, el perjuicio de tales visitas en los términos pactados, para el menor. En este caso sí ha lugar a dejar de cumplir el convenio, o a pedir que el Tribunal releve de su cumplimiento; pero ya no es una ruptura o desconocimiento inmotivado del pacto, sino la aparición de un hecho nuevo,

(62) Citado por RIVERO HERNÁNDEZ, en *op. cit.*, p. 126.

(63) Postura idéntica a la defendida en Francia por SAVATIER: «*los pactos (...) entre padres y ascendientes (...) para regular los períodos durante los cuales tendrán respectivamente la guarda o el derecho de visita al niño, no tienen más que un valor meramente provisional. Cada una de las partes permanece libre de revocarlos*». Continúa el autor indicando que, de llevarse el desacuerdo ante los tribunales, éstos pueden muy bien decidir el mentenimiento del pacto, pero en tal caso el régimen ya no se fundará en el acuerdo, sino en la decisión judicial. (en PLANIOL-RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*. T. 1, 2.ª ed. 1952; p. 149).

(64) *Op. cit.*, p. 139 y ss.

obstativo o impeditivo de las visitas si resulta acreditado, lo que obliga a dejar sin efecto el convenio». A tal postura parece tenderse en la S.A.P. Toledo de 3 de junio de 1994 (Colex), donde se declara que *«en caso de conflicto, un acuerdo entre las partes es el modo normal y mejor para el menor, en cuanto evita tensiones que inevitablemente repercutirán sobre él, para determinar el contenido y ejercicio del derecho de visita, cuyos pactos serán válidos, sin perjuicio de que motivos graves justifiquen la revocación del consentimiento; régimen que por otro lado puede servir de guía u orientación al juez»*

Personalmente me permito opinar que el hecho de considerar al convenio de eficacia provisional o plena tendrá escasos efectos en la práctica: el régimen diseñado en el mismo se cumplirá mientras ambas partes voluntariamente lo deseen, y en el momento que una de ellas —el guardador del menor— deje de hacerlo, el beneficiario de las visitas habrá de llevar el asunto ante el juez si quiere que su derecho se respete; y si bien es cierto que podrá alegar la existencia del convenio, tal dato no releva al juzgador de examinar a fondo la cuestión de la procedencia de las visitas tal y como en el pacto aparecen dispuestas, fallando lo que resulte más conveniente para el menor no sólo en atención al convenio, sino al informe que el Ministerio Fiscal presente, la exploración del menor, etc. (65). Perfectamente cabe que el juez opte por confirmar el régimen previsto en el acuerdo, pero ello no se deberá al mero hecho de que existía un pacto entre las partes que debe ser respetado y que no ha acontecido nada nuevo que desvirtúe su valor inicial, sino a que tal solución encaja con el interés del menor y el Juez la hace suya: si a partir de entonces la articulación del derecho de visita se basa en la sentencia, parece ser que a fin de cuentas, en la práctica, el convenio sí tiene un valor meramente provisional y una vez planteada judicialmente la cuestión de las visitas, no pasa de ser una *«fórmula informativa de la voluntad de las partes respecto de la relación familiar abuelos-nietos»* (F.D. 3.º).

Lo dicho no obsta en absoluto para que la existencia de tal tipo de pactos sea deseable y los Tribunales inciten a los adultos a buscar el acuerdo incluso en aquellos casos en los que es el juez el que fija el régimen de cara a que su puesta en práctica no genere tensiones contrarias al interés del menor, pues dicha práctica debe estar presidida por los principios de buena fe y tolerancia por parte tanto de guardador como de visitante. (S.A.P. Toledo de 3 de junio de 1994).

Otras interesantes cuestiones surgen al hilo del convenio merced al cual se articula un derecho de visita. Así, GARCÍA CANTERO —extractando la sentencia que nos ocupa (66)— plantea el problema

(65) Vid. en tal sentido A.A.P. Madrid de 7 de mayo de 1992 (Aranzadi Civil 1992, n.º 749).

(66) Cfr. este mismo fascículo en la sección correspondiente.

de determinar el carácter con el que el progenitor actúa en este tipo de pactos: ¿lo hace como titular de la patria potestad y en ejercicio de su derecho-deber de velar por el hijo controlando su vida de relación, o en representación del menor? La titularidad del derecho de visita la ostentan tanto el visitante como el menor visitado y no cabe dudar de que se trata de un derecho de la personalidad, con lo que entraríamos de lleno en el ámbito del art. 162.1.º del CC, que excluye de la representación legal de los hijos por parte de los titulares de la patria potestad «*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.*»

DÍEZ-PICAZO (67) reflexionando sobre la excepción contenida en dicho inciso, manifiesta que los derechos comprendidos en dicha regla «*no son nunca objeto de representación, por tratarse de derechos personalísimos. Cuando el padre adopta decisiones concernientes a bienes de la personalidad del hijo (p. ej. autoriza una operación quirúrgica o realiza cualquier acto semejante), porque éste no puede ejercitarlos por sí, no lo hace en representación del hijo, sino en cumplimiento de su deber de velar por él.*». Se entiende pues que un padre pacte un determinado régimen de visitas cuando el menor es de corta edad y es incapaz de acordar con su «cotitular» el modo de ejercitar su derecho; pero cuando el menor posea ya esas «condiciones de madurez», ¿será él el que deba pactar con los abuelos en este caso? Ya se ha apuntado que una vez que el niño ha alcanzado una determinada edad no se le pueden imponer o recortar unas determinadas relaciones con terceros, con lo que en la práctica acabará siendo él quien se ponga de acuerdo con los abuelos sobre el cuándo y cómo de los contactos. En todo caso, siempre que el menor tenga juicio suficiente, habrá de ser escuchado por los padres en cumplimiento del art. 154 CC y del 9 de la L.O. 1/1996.

Otro interrogante apuntado por GARCÍA CANTERO (68) es la eventual necesidad de designar un defensor judicial que represente al menor a la hora de pactar con los abuelos, pues cabe presumir la existencia de un eventual conflicto de intereses entre padre e hijo: cuando padre y abuelos fijan un determinado régimen por escrito es legítimo presumir que subyacen tensiones y celos entre ellos (aunque éstas no sean tan graves como para hacer inviable todo tipo de diálogo y recurrir necesariamente a la vía judicial), y siendo así es lícito suponer que el titular de la patria potestad tendrá interés en reducir al máximo los contactos, lo que puede no estar de acuerdo con el interés del niño, *a priori* beneficiado por la relación fluida con los abuelos. Teóricamente cabría demandar la designación de un defensor judicial, pero en la práctica ello se revela altamente improbable. La designación de un defensor judicial revestiría interés únicamente para los abuelos, quienes estarían demostrando así su desconfianza hacia la figura del padre, y ante tamaña tesitura, es más lógico pensar que planteen directamente la cuestión de las visitas ante el juez y que éste decida sobre el régimen.

(67) *Sistema de Derecho Civil*. Vol. VI, (6.ª ed., Tecnos, 1992); p. 363.

(68) *Op. últ. cit., ibidem*.

5. Esencial variabilidad del derecho de visita.

La modificabilidad innata con la que la doctrina viene caracterizando toda decisión judicial en la que se vea implicado un menor queda debidamente resaltada en la sentencia. Así —como ya se ha apuntado— en el F.D. 5.º el Tribunal, tras desbaratar todos los argumentos aducidos por el recurrente, manifiesta que *«no prospera la casación de la sentencia, aunque se mantenga incólume la posibilidad de modificar las relaciones si causa de suficiente entidad, más allá de las rencillas entre parientes, aconsejaran en beneficio del menor su alteración»*.

La relatividad y la variabilidad es uno de los caracteres esenciales del derecho de visita: la relación afectiva que en cada caso fundamenta su existencia y el propio interés del menor en virtud del cual habrá de decidirse su conveniencia y extensión son dinámicos; amén de que circunstancias más objetivas que fueron en su día tomadas en cuenta de cara a la articulación de un determinado régimen —como pudieran ser los horarios escolares del niño, las obligaciones laborables del adulto, lugar de residencia de ambos, etc.— también pueden variar. Resulta de ello que —en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ (69)— *«toda concesión del derecho de visita y el régimen correspondiente tiene una vigencia «rebus sic stantibus»; variadas las circunstancias que se hallaban en la base de su nacimiento y regulación, el régimen inicial debe variar también»*, y con frecuencia los tribunales dejan expresamente una puerta abierta a futuras modificaciones —especialmente en aquellos supuestos en los que se permite unas visitas inicialmente restringidas—, que podrán tener un carácter tanto amplificativo como restrictivo.

Así pues, es lugar común manifestar que las decisiones judiciales en materia de visita —al igual que todas aquéllas en las que un menor se vea implicado— carecen del efecto de cosa juzgada: cualquier hecho o circunstancia nueva que incida de modo relevante sobre la relación autorizará a conocer de nuevo del caso. Así, en el F.D. 4.º de la sentencia, ante las alegaciones del padre de que ha existido indefensión en la medida que en segunda instancia no se admitió prueba ni fueron tenidos en cuenta hechos nuevos que el padre pretendió hacer valer —relativos como se ha mencionado con anterioridad a supuestos malos tratos—, se afirma que *«en supuestos como el presente (...) cualquier cuestión o novedad que surgiera sería posible atenderla por el juez prescindiendo del tenor de la sentencia si el beneficio del menor o el perjuicio temido así lo aconsejaran, pues respecto de menores el Juez tiene amplias facultades»*; citándose entre otros en art. 158 del CC, en virtud del cual *«el Juez, de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará (...) 3.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios»*.

(69) *Op. cit.*, p. 178.

III. CUESTIONES PROCESALES SUSCITADAS EN EL CASO

Me ocuparé por último brevemente de las cuestiones procesales discutidas en las sentencia y desestimadas en su totalidad por el Tribunal. Puede decirse que el padre cuestiona todo lo procesalmente cuestionable, acumulando en cada motivo normas de conexión a veces compleja: no en vano el Tribunal critica en dos ocasiones la «abigarrada mezcla de preceptos» y «de cuestiones», que de por sí serían suficientes para desestimar el recurso por contravenirse los artículos 1707 y 1710 de la LEC (F.D. 2.º y 5.º).

Aunque la cuestión no se plantea en el caso, procede advertir que la acción reconocida en el art. 160.3. deber ser reconducida en su tramitación procesal a la D.A. 10.ª de la Ley 11/1981, merced a la cual se ordena la aplicación de las normas de la Jurisdicción voluntaria aunque *«quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria»*, que en concreto habrá de ser un menor cuantía. Se ha planteado la cuestión de si la mera oposición del guardador a las visitas es motivo suficiente para, en virtud del art. 1817 de la LEC, hacer contencioso el expediente. El A.A.P. Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1989 (R.G.D. 1990, p. 1044) lo niega, *«pues, en otro caso, no sería nunca de aplicación la disposición transitoria décima antes señalada en relación con el art. 161 citado, en cuanto que éste último remite al Juez para el caso de que exista oposición a las comunicaciones, debiendo entenderse que la oposición prevista en el art. 1817 de la LEC permite posterior planteamiento de la misma cuestión en un procedimiento contencioso pero sin excluir la posibilidad de dictar la resolución pertinente en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, resolución a la que no alcanzan los efectos de cosa juzgada»*. Distinta es no obstante la trascendencia que a tal oposición se dio en el caso abordado en la S.A.P. Barcelona (Secc. 12.ª) de 17 de abril de 1989 (R.G.D. 1990, p. 5858), donde el procedimiento de jurisdicción voluntaria concluyó *«por la oposición del Sr. S. con archivo de las actuaciones por haberse hecho contencioso el expediente a tenor del art. 1817 de la LEC»*.

En el primer motivo (discutido en el F.D. 2.º) bajo el ordinal 1.º del art. 1692 de la LEC se denuncia la infracción de los artículos 240, 238 y 245 de la LOPJ e inaplicación del art. 1809 del CC. El recurrente alega que *«la sentencia ha resuelto sobre el derecho de los abuelos a relacionarse con la nieta por medio de sentencia en lugar de auto (de ahí la referencia al art. 245 LOPJ), que sería lo procedente puesto que las partes transigieron y pactaron el régimen de visita y relación y desistieron de la acción con la acquiescencia del Ministerio Fiscal»* y habla de actuación procesal nula de acuerdo al art. 240 de la LOPJ.

Señala el Tribunal en el F.D. 2.º *«el motivo (plantea) abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción sin aclarar a cuál de ellos propiamente se refiere»*. Ante la duda, el Tribunal comienza por reafir-

mar la competencia del orden jurisdiccional civil al ser el derecho de los abuelos a relacionarse con la nieta cuestión de Derecho de Familia, obviamente materia propia del orden civil en lo que al art. 9.2 de la LOPJ se refiere.

Aunque *«éste sólo razonamiento es suficiente para desestimar el motivo»*, se opta por dar *«respuesta completa a las cuestiones indebidamente planteadas dada la delicada materia del litigio»*, pasando a examinarse si es acorde a Derecho que el proceso haya concluido merced a sentencia en lugar de auto y la eventual indefensión con ello provocada, extremos que a primera vista parecen más propios del ordinal tercero del art. 1692 que del primero.

Pudiera ser no obstante —en una interpretación hartamente forzada y aventurada— que la invocación del ordinal 1.º del art. 1692 por parte del recurrente no persiguiese denunciar la falta de jurisdicción por razón de la materia, sino abuso de jurisdicción en el sentido de que se dictó sentencia sobre el fondo de un asunto que el recurrente entiende zanjado merced a lo que él cataloga de transacción judicial (el convenio aportado de mutuo acuerdo por las partes), y en consecuencia el juzgador debió limitarse a aprobar la transacción sin entrar a valorar su contenido (comprobando únicamente la concurrencia de los requisitos de capacidad necesarios y la disponibilidad de objeto) y hacerlo merced a auto, no por sentencia. El argumento sería: se ha resuelto merced a sentencia, luego se ha conocido del fondo del asunto pese a la existencia de transacción judicial (de ahí la referencia al art. 1809 CC), luego el juez se ha excedido en el ejercicio de su jurisdicción.

Toda la argumentación del recurrente cae desde el momento en que —como se ha visto— en absoluto el acuerdo presentado puede revestir el carácter de una transacción judicial, por los motivos anteriormente expuestos (70). Y así leemos *«el fundamento carece en absoluto de virtualidad a efectos de casación porque el juicio de menor cuantía termina por sentencia en los supuestos normales no afectados por una crisis procesal; porque el hecho de que el juez tenga en cuenta para decidir el acuerdo entre las partes es solución razonable que el órgano judicial asume como propia y la reviste de la autoridad de la sentencia; y no se diga que hubo transacción»*.

Y en cualquier caso, el haberse decidido el pleito por sentencia en vez de auto no autorizaría a hablar de actuación procesal nula ya que *«los defectos procesales pueden las partes plantearlos por el cauce de los recursos, y se exige que los defectos hayan causado indefensión (art. 240.1), que no sucede en el presente caso, en que se alega como defecto haber adoptado la resolución la forma de sentencia, forma que además de ser correcta ha permitido llegar a esta Sala»*.

(70) *Supra* apartado II. 4.

Merced al segundo motivo del recurso y al amparo del ordinal 2.º del art. 1692 se objeta inadecuación de procedimiento por haberse aplicado dentro del juicio de menor cuantía las normas de la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1981 (reguladora del proceso no contradictorio de separación o divorcio), con infracción del art. 4 del CC. Se sostiene pues que el hecho de que el Juzgado de Primera Instancia haya hecho suyo el régimen de visitas previsto por las partes en el convenio presentado supone una aplicación analógica de las normas de dicha Disposición sin que quepa la equiparación de supuestos.

El Tribunal Supremo zanja la cuestión manifestando que *«el motivo es inatendible pues no puede producir la casación que dentro del menor cuantía se haya admitido como fórmula informativa de la voluntad de las partes respecto de la relación abuelos-nietos el acuerdo de aquéllos con que el padre al modo de convenio regulador de los procesos matrimoniales, ya que ha servido como ilustración al Juzgado y a la Sala de la Audiencia, que lo aceptan como solución propia y jurisdiccional»*.

La valoración de un convenio de este tipo cabe perfectamente en un menor cuantía —en último término se estaría tomando en cuenta una prueba documental que informaría del régimen de visitas que tanto abuelos como padre estarían dispuestos a aceptar— y no tiene sentido decir que está aplicando por analogía la D.A. 6.ª, primero porque en ningún momento están obligadas las partes a presentarlo, y segundo porque el juez, de no considerar procedente respetar lo contenido en el mismo, no les dará una segunda ocasión de presentar otro convenio, sino que establecerá por sí mismo el régimen que juzge más conveniente.

El motivo tercero (F.D. 4.º) denuncia con base en el ordinal 3.º del art. 1692 quebramiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia —en concreto el art. 359 de la LEC— al adolecer la sentencia de la Audiencia de incongruencia por omisión de pronunciamiento: según el recurrente, no se habría resuelto sobre la nulidad del convenio regulador alegada en la vista de la apelación y no se habrían decidido todas las cuestiones que en Primera Instancia quedaron por confirmar. El Tribunal rechaza el motivo argumentando que *«comparando los súplicos de la demanda y contestación con la sentencia se comprueba que se ha decidido lo planteado en el litigio y ello significa que estimó la demanda y, por tanto, no accedió a la desestimación instada por el demandado al contestar; y que decidió sobre la forma de ejercer el derecho de visita, y no cabe hablar de nulidad del convenio regulador»*.

Únicamente destacaré cómo el padre —tanto en este motivo como en el sexto (71)— trató de atacar la validez de lo que para él es una

(71) Recordemos que en el mismo se planteaba la infracción del art. 160 en relación —entre otros— con los arts. 1809, 1819, 1267 y 1817 del CC, negando el Tribunal en el F.D. 5.º que exista conexión alguna entre el 160 y tales preceptos.

transacción aduciendo vicios de consentimiento. Evidentemente y en la medida de que no nos hallamos ante una transacción, el convenio no pasa de ser una orientación para el juez sobre el régimen a conceder, y que existiendo sentencia la articulación del derecho de visita se fundamenta en la misma y no en el convenio, no tiene ningún sentido ni trascendencia hablar de la nulidad del mismo: el juez no se ha limitado a «homologar» o «aprobar» el convenio, sino que, atendiendo a todas las fuentes de información de las que disponía, ha considerado conveniente hacer propia la regulación en él contenida.

En el motivo 4.º (F.D. 4.º) bajo el mismo ordinal —en este caso por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales con indefensión para la parte— se aduce violación de los artículos 741, 742, 745, 749, 359 y 862.3.º de la LEC y del art. 172 del CC. Parece que el recurrente pretendió que fueran resueltas cuestiones nuevas sobre expedientes administrativos por presuntos malos tratos que colocarían a la niña en situación de desamparo cuando las visitas tenían lugar (art. 172). Intuimos que el padre incoó dichos expedientes tras el fallo de Primera Instancia y pretendió que fueran tenidos en cuenta en apelación, alegando por ello preceptos relativos a la tramitación de los incidentes (741, 742, 745) así como el nº 3 del art. 862, sobre recibimiento a prueba en Segunda Instancia en los casos de hecho nuevo de influencia en la decisión del pleito: el que la Audiencia se negase a considerar tales hechos estaría produciendo indefensión. En relación a los mismos se denuncia en el motivo quinto, bajo el ordinal 4.º del art. 1692, error en la apreciación de la prueba.

Ante ello el Tribunal manifiesta que *«no cabe entrar a analizar las alteraciones padecidas en las relaciones familiares y el menor durante el presente pleito, pues éstas deberán ventilarse en otro procedimiento puesto que en el planteado no es posible alterar los hechos ni la causa de pedir»*; niega una vez más la existencia de indefensión en el proceso, y *ex abundantia* recuerda los amplios poderes del juez en materia de menores, pudiendo presentarse a su consideración (vía 158.3.º por ejemplo) cualquier cuestión nueva —eso sí, más allá de las rencillas entre parientes— que podría resolver prescindiendo del tenor de la sentencia inicial, dada la esencial modificabilidad de toda resolución en la que esté interesado un menor. Así concluye el fundamento cuarto manifestando que *«por ello han de decaer también el motivo cuarto y el quinto en que se plantean cuestiones absolutamente nuevas sobre malos tratos, expedientes administrativos por la Diputación Foral, reveladores de la tensión familiar que nada tienen que ver con la sentencia aquí dictada, sino con su posible alteración posterior»*.

No obstante cabe preguntarse si, de haber tenido algún viso de realidad las denuncias de malos tratos, no hubiera sido necesario admitir la prueba de tales hechos —presuponiendo que en efecto se produjeron o fueron conocidos por la parte con posterioridad al momento de proposición de prueba en Primera Instancia—, pues sin duda tendrían influencia notoria en el pleito. Considero que, de haber sido los alega-

tos del padre algo más que acusaciones malintencionadas contra sus ex-suegros y haber existido realmente malos tratos, podrían muy bien haber sido considerados en segunda instancia con las lógicas consecuencias sobre el régimen de visitas originalmente fijado, o incluso sobre la existencia misma de las visitas. Ciertamente es que siempre cabe acudir de nuevo al juez en distinto procedimiento de cara a obtener la modificación del régimen pero, dado que la tramitación de la segunda instancia abre una puerta —cierto es que con carácter excepcional e interpretación restrictiva— a la consideración de circunstancias nuevas de tanto peso en lo que a la determinación del interés del menor se refiere, no parece justificado obligar a las partes a iniciar un nuevo procedimiento poniéndose entre tanto además al menor en una situación de peligro —pues se alegan nada menos que malos tratos— que muy bien podría constituir «justa causa» para la denegación de las visitas.

* * *

Como conclusión haré hincapié una vez más en que la especial relación de parentesco que une a abuelos y nietos y las connotaciones afectivas que le son inherentes justifican que el contacto entre ellos deba ser juzgado *a priori* beneficioso para el menor y que los parámetros con los que se juzgue la «justa causa» susceptible de impedirlo sean especialmente estrictos. Si bien es cierto que ello no puede llevarnos a equiparar la posición de progenitores y abuelos, tampoco cabe contemplar sus pretensiones del mismo modo que las de otros parientes y allegados, y a pesar de la señalada tendencia occidental a reducir la noción de familia a la nuclear, los ascendientes siguen siendo miembros de la familia en el seno de la cual todo niño debe crecer para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

En la mayoría de los casos, prohibirle las relaciones personales con sus abuelos será para el menor presente negarle una fuente de amor, cariño y ternura, y para el adulto futuro privarle de uno de sus más entrañables recuerdos de infancia.