

**NUEVO ROL DE LOS ASCENDIENTES EN LAS
RELACIONES FAMILIARES: INCLUSIÓN VS. EXCLUSIÓN***

***NEW ROLE OF ASCENDANTS IN FAMILY RELATIONS:
INCLUSION VS. EXCLUSION***

Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 618-651

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Medidas inclusivas para menores en situación de exclusión". Referencia: ProyExcel_00514 Junta de Andalucía.

Carmen
SÁNCHEZ
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de abril de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2024

RESUMEN: El papel de los ascendientes en las relaciones familiares ha experimentado una evolución a lo largo de los años. La respuesta legal ofrecida en distintos textos y en la Ley 42/2003, desde la perspectiva de los sujetos involucrados y atendiendo a la jurisprudencia existente tanto a nivel interno como europeo, permite un replanteamiento de la cuestión en aras de ofrecer un modelo en el que, conforme a las directrices europeas, la inclusión o exclusión de los ascendientes en las relaciones personales con los nietos va a depender de la delimitación del “interés del menor”.

PALABRAS CLAVE: relaciones familiares; ascendientes; nietos; interés del menor; derecho interno; derecho europeo.

ABSTRACT: *The role of ascendants in family relationships has evolved over the years. The legal response offered in different texts and in Law 42/2003, from the perspective of the subjects involved and taking into account the existing case law both at domestic and European level, allows a rethinking of the issue in order to offer a model in which, in accordance with European guidelines, the inclusion or exclusion of ascendants in personal relationships with grandchildren will depend on the delimitation of the “interests of the minor”.*

KEY WORDS: *Family relations; ascendants; grandchildren; best interests of the child; domestic law; European law.*

SUMARIO.- I. ASCENDIENTES DE HOY Y SU DERECHO A RELACIONARSE CON SUS NIETOS. II. ASCENDIENTES ANTE EL CONFLICTO: EL INTERÉS DEL MENOR. III. ASCENDIENTES PRESENTES Y AUSENTES EN LA VIDA DE LOS MENORES.- 1. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TS y menor.- A) Ascendientes idóneos e interés del menor.- B) Riesgos al menor en interés de terceros.- C) Ascendientes como institución de protección.- D) Ascendientes, nietos y Coordinador de Parentalidad.- 2. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TEDH.- A) Reintegración del menor enfermo con su padre biológico tras la atribución de la custodia a la abuela materna por fallecimiento de la madre: STEDH (Sección 2ª), 30 noviembre 2021, caso T.A. y otros contra la República de Moldavia.- B) Ascendientes, nietos y procesos penales: STEDH (Sección 2ª), 20 enero 2015, caso Manuella y Nevi contra Italia.- C) Ascendientes y nietos declarados en desamparo: STEDH (sección 1ª), 7 diciembre 2017, caso Beccarini y Ridolfi contra Italia.- D) Ascendientes y nietos en adopción: STEDH (Sección 3ª), 5 marzo 2019, caso Bogonosovy contra Rusia.- 3. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TJUE: STJUE (Sala 1ª), 31 de mayo de 2018, caso Neil Valcheva contra Georgios Babanarakis. IV. NUEVO ROL DE LOS ASCENDIENTES, NIETOS E INTERÉS DEL MENOR: A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. ASCENDIENTES DE HOY Y SU DERECHO A RELACIONARSE CON SUS NIETOS.

Los roles que los distintos miembros de una familia ostentan, así como las “relaciones intergeneracionales”, se encuentran directamente condicionados por los cambios que se han venido experimentando, y que con total seguridad se seguirán produciendo, en la estructura de la familia. En este escenario los ascendientes juegan un papel fundamental en el ámbito de las relaciones familiares, en la medida en que los “abuelos de hoy”, no responden al modelo de los “abuelos de ayer”¹.

Bien es sabido que la mejora experimentada en las condiciones tanto sociales, como de salud han derivado en una más conveniente calidad de vida en general para las personas mayores, lo que se ha traducido en un incremento de la

1 Sobre la relación entre abuelos y nietos, DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: “Relaciones personales entre abuelos y nietos: sobre la justa causa del art. 160.2 CC. Comentario a las SSTs núm. 581/2019, de 5 de noviembre y núm. 638/2019, de 25 de noviembre”, *Revista Boliviana de Derecho*, julio 2020, núm. 30, pp. 692-701; CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2015, núm. 3, pp. 195-211; MONTES RODRÍGUEZ, M.ª P.: “El Derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003”, *Revista Boliviana de Derecho*, julio 2024, núm. 18, pp. 578-589; TUR FAÜNDEZ, M. N.: “El actual papel de los abuelos en las familias, en especial, las relaciones de los abuelos con los nietos a la luz del Derecho civil”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* (coord. M. CUENA CASAS, L. A. ANGUIA VILLANUEVA, J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1601-1617; GRACIA IBÁÑEZ, J.: “El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica”, *REDUR*, diciembre 2012, núm. 10, pp. 105-122; ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 313 y ss.

• Carmen Sánchez Hernández

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Málaga. Correo electrónico mdsanchez@uma.es

esperanza de vida y una mayor y más prolongada presencia de los abuelos en el seno de las familias. Los ascendientes son personas muy importantes en la vida de los menores, convirtiéndose en numerosas ocasiones en un gran referente para ellos, viviendo de una forma más libre y tranquila que cuando fueron padres, pues gozan de más tiempo y experiencia.

El tiempo que pueden compartir es germen de beneficios pues los abuelos transmiten valores y tradiciones, constituyen un importante apoyo emocional y vínculo afectivo, su experiencia y sabiduría es una fuente inagotable de enseñanzas y aprendizaje de valores, como el respeto, la dignidad, la confianza o la gratitud, estimulando el pensamiento crítico y la curiosidad.

Pero, no se puede obviar que, el beneficio en este tipo de relaciones es recíproco², los nietos también aportan ventajas a sus abuelos, pues de su convivencia deriva una mayor vitalidad. En cuantas ocasiones hemos escuchado decir “desde que has sido abuelo estás más joven”. También provoca un aumento de la autoestima, en la medida en que son seres con experiencia, han pasado ya por esta etapa cargada de incertidumbre y miedo, y pueden ayudar en la gestión de los conflictos familiares que puedan surgir. De igual forma, los menores actualizan a sus abuelos, pues los acercan a mundos desconocidos para ellos derivados del uso de las nuevas tecnologías³. En consecuencia, cabe decir que las relaciones entre abuelos y nietos ostentan en la actualidad un importante significado, formando parte de la vida del menor durante un largo periodo de su ciclo de vida.

No obstante, como realidad social es necesario otorgar a este tipo de “relaciones familiares” de la pertinente protección, la cual parte del propio art. 39 C.E., en donde se establece una protección especial a la familia. Este precepto debe ser interpretado junto con los arts. 9.1, 10 y 16⁴, lo que conduce a la consideración del derecho a relacionarse abuelos y nietos, como un derecho personalísimo

- 2 En Italia BARBA, V.: “Interés del menor vs derecho de los abuelos (Una sentencia de la Casación Italiana brinda la oportunidad de reflexionar sobre el contenido y la función del interés del menor)”, *La Ley Derecho de Familia*, abril 2023, núm. 38, pp. 1-32 (Laleydigital, fecha de consulta 10/06/2024), cuestiona que el interés de los ascendientes en mantener relaciones personales con sus nietos constituya un verdadero derecho. Admite que solamente podría ser un derecho subjetivo relativo, en tanto en cuanto implica la coexistencia de una obligación, por lo que parece construir las relaciones personales entre ascendientes y nietos menores como relación jurídica obligatoria, en las que estos últimos son las personas obligadas. Esta construcción supondría que los únicos titulares del derecho son los ascendientes, excluyendo que tal derecho pertenezca también a los nietos, con la consecuencia de que los nietos no tendrían derecho a mantener relaciones personales con sus abuelos.
- 3 En este contexto encuentra justificación la afirmación de PÉREZ CABALLERO, M.^a L./ACEVEDO BERMEJO, A./MUÑOZ VICENTE, J. M.: “Los conflictos parentales como origen de las dificultades en las relaciones abuelos-nietos: abordaje mediacional y jurídico forense”, *Revista de Mediación*, año 5, 2012, núm. 9, p. 16, para quienes los abuelos constituyen “una de las piezas claves de este sistema familiar y a la vez uno de los eslabones favorecedores del encuentro intergeneracional entre los miembros del grupo y de la relación de este con el contexto social”.
- 4 Así lo entiende, SANTAMARÍA LAMBÁS, F.: “El derecho a las relaciones personales abuelos-nietos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre los años 2016-2020”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2022, núm. 39, p. 2, <https://doi.org/10.6018/analesderecho.474971> (fecha de consulta, 19/05/2024).

de naturaleza familiar⁵, aunque no sea objeto de referencia expresa en el texto constitucional⁶.

La relación entre abuelos y nietos como Derecho, se encuentra regulada en el CC, arts. 90.1 b), 94 pfo. 6, 160.2 y 161 y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM 1996), art. 2.2. c)⁷, habiendo experimentado diversas modificaciones a lo largo de los años. Estas han sido la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (en adelante, Ley 42/2003)⁸, a la que se unen la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio⁹, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁰ y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante Ley 26/2015)¹¹.

No cabe duda de que la reforma introducida por la Ley 42/2003 tuvo un doble objetivo, por un lado, proceder a la identificación y singularización de forma expresa, con el fin de otorgar una mayor protección, del régimen de las relaciones entre abuelos y nietos; y, por otro lado, atribuir una función más relevante a los abuelos en el supuesto de dejación por parte de los progenitores de sus obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad¹².

- 5 Como derecho personalísimo lo configuran, entre otros, GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 132-134; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas", en AA.VV.: *Nuevos retos del derecho de familia: materiales de las decimoterceras jornadas de Derecho catalán en Tosa*, Universidad de Gerona, 2005, pp. 275-332; MENDEZ LÓPEZ, T.: *Las relaciones personales nietos y abuelos*. Tesis doctoral, Universidad de las Islas Baleares, 2014, 320 pp., <https://dialnet.unirioja.es/> (fecha de consulta, 05/05/2024). Como derecho personalísimo, incluido en el ámbito familiar lo consideran, entre otros, DÍAZ ALABART, S.: "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 C.c.)", *Revista de Derecho Privado*, 2003, núm. 87, pp. 345-371; COLÁS ESCANDÓN, A. M.: "El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, Sala 2ª, núm. 138/2014, de 8 de septiembre)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 39, pp. 113-185; BERROCAL LANZAROT, A. M.: "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, 2005, Vol. 6, p. 11-111.
- 6 Para DIEZ-PICAZO y PONCE de LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 2008, p. 43, las relaciones personales entre abuelos y nietos forman parte de lo que se denomina "orden público familiar", en la medida en que "las reglas básicas sobre las que la familia se organiza se encuentran recogidas en el texto constitucional". Por ello, refiere MENDEZ LÓPEZ, T.: *Las relaciones*, cit., p. 174, que las relaciones personales nietos-abuelos constituyen un límite a la autonomía de la voluntad familiar.
- 7 BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996 (última actualización, 05/06/2021).
- 8 BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.
- 9 BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.
- 10 BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.
- 11 BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015 (última actualización, 31/10/2015).
- 12 Vid. al respecto, Exposición de Motivos de la Ley 42/2003; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "El derecho de los nietos a mantener relaciones con sus abuelos (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011)", *Revista de Derecho de Familia*, 2012, núm. 56, pp. 47 y 48; MONTES RODRÍGUEZ, M.ª P.: "El derecho", cit., p. 582.

En la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, se establece que “el legislador no puede olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno filiales que, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares”. De la misma manera, de la norma cabe deducir que los abuelos pueden ser considerados como unos familiares “singularmente privilegiados”¹³. Es más, no se puede preterir que el CC en el art. 160.2¹⁴ habla de “relaciones personales”, no de derecho de visita. En todo caso, este derecho de visita de los ascendientes, debe ser diferenciado del derecho de visita reconocido al progenitor no custodio. Esto pone de manifiesto que los ascendientes tienen la posibilidad de optar no exclusivamente a una mera visita con sus nietos, sino que pueden tener derecho a la pernocta¹⁵, estancia, pasar parte de las vacaciones, o incluso a algo menor, como puede ser una simple comunicación, por vía telefónica, cartas (difícilmente pensable en la actualidad), correo electrónico o WhatsApp, entre otros¹⁶. Por consiguiente, y atendiendo igualmente a la terminología adoptada por la Ley 42/2003, cabe hablar de “relaciones personales” con los ascendientes, más que de “derecho de visita”, el cual puede ser considerado como subsumible en ese concepto más amplio de “relación”¹⁷.

En esa misma línea cabe referir que, más allá del derecho de visita se encuentra la asunción por parte de los abuelos de la guarda de hecho de los nietos, ante situaciones de grave incumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, adelantándose a la propia intervención de las Administraciones públicas, las cuales actúan, cuando esto ocurre, como meros agentes de la formalización de un acogimiento en familia extensa, evitando de esta manera la salida del menor de su familia de origen.

-
- 13 En este sentido, DE LA ROSA CORTINA, J. M.: “Las relaciones entre abuelos y nietos desde el Derecho de familia”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2020, núm. 90, p. 3, <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-90/10003-las-relaciones-entre-abuelos-y-nietos-desde-el-derecho-de-familia> (consulta realizada, 09/06/2024).
- 14 YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario artículo 160 CC”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), Vol. I, Thomson Reuters, Madrid, 2016, p.795.
- 15 Como ha manifestado CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El derecho”, cit., p. 210, la pernocta se encuentra condicionada fundamentalmente por dos elementos: a) que el menor haya alcanzado una edad suficiente que haga innecesario que sea atendido durante la noche; b) la distancia entre los domicilios del progenitor guardador y de los abuelos, pues de mediar una distancia grande, una gran parte del tiempo se podría consumir en desplazamientos, lo que haría innecesaria la pernocta a fin de disfrutar más tiempo del menor, lo cual debe ser ponderado por el juez.
- 16 La comunicación debe desarrollarse conforme a las reglas de la “buena fe”, es decir, no se debe invadir la vida del menor.
- 17 Concepto indeterminado, que debe ser precisado por el juez, quien debe tener en cuenta, atendiendo a lo establecido en STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280): “i) la situación personal del menor y de la persona con la que desea relacionarse; ii) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; iii) la intensidad de las relaciones anteriores; iv) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y, v) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor”.

Con ello se da cumplimiento a lo previsto en la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, cuando precisa que uno de los fines de la norma es atribuir a los abuelos “una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad”. Ahora bien, el hecho de que los abuelos no sean idóneos para asumir la protección del menor, no implica que puedan verse privados del derecho a visitar a sus nietos. Por ende, el art. 161 CC distingue entre el derecho de los abuelos a visitar al menor acogido y el derecho a relacionarse con él¹⁸.

Este derecho a las “relaciones personales” tiene como titulares a los nietos y a los abuelos, siendo incluso interpretado, por algunos, como una cierta injerencia en las funciones que la patria potestad encomienda a los padres¹⁹. Esta posición es en mi opinión muy cuestionable, en la medida en que se trata de relaciones de diferente naturaleza. En cualquier caso, esta dualidad de titularidades legitima activamente a los abuelos y nietos para poder reclamar su derecho ante los tribunales. No obstante, respecto del nieto, al cual se le exige madurez suficiente para poder acudir a los tribunales sin necesidad de sus representantes legales, cuando carezca de esa madurez y los progenitores no actúen por él, podrá realizarlo a través de un defensor judicial (art. 163 CC)²⁰ y el Ministerio Fiscal.

II. ASCENDIENTES ANTE EL CONFLICTO: EL INTERÉS DEL MENOR.

Habitualmente, las relaciones entre abuelos y nietos se desarrollan fuera del ámbito judicial, lo que no significa que sean ajenas al conflicto, en cuyo caso los intereses en juego provocan la intervención de los Tribunales de Justicia y la aplicación de la norma vigente²¹. Sin embargo, no hay que olvidar que la exposición del menor a este nuevo contexto y situación familiar puede generar un riesgo importante para su estabilidad emocional²², lo que puede empeorar aún más,

18 HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario artículo 161 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1305-1309.

19 GRACIA IBÁÑEZ, J.: “El derecho”, cit., p. 117.

20 SEISDEDOS MUIÑO, A.: “Comentario artículo 163 CC”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), Vol. I, Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 806-810.

21 El TS y la jurisprudencia menor han reconocido el carácter subsidiario del establecimiento judicial de un régimen de relaciones entre abuelos nietos. Vid. BUENO BIOT, Á.: “La incidencia de la justa causa en el derecho de relación de los abuelos y los nietos”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 2022, p. 4 (Laleydigital, fecha de consulta 13/06/2024).

22 La STS 27 septiembre 2018 (RJ 2018, 4242) precisa que “a partir de los hechos descritos, la sentencia recurrida ha considerado que existe justa causa para negar esta relación familiar, y esta justa causa no se establece de una forma simplemente especulativa sino fundada en beneficio e interés de las menores, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos; riesgo que considera suficiente para no señalar régimen de visitas alguno”. En el mismo sentido, STS 25 noviembre 2019 (RJ 2019, 4972), reconoce que “no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así -por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores- para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor”.

cuando los adultos no mantienen una postura de aislamiento del menor ante estos problemas de dinámica relacional entre ellos²³.

La problemática que surge de este tipo de conflictos es muy compleja y variada. En muchos casos, los abuelos adoptan una postura concreta a partir de la relación que mantienen con los menores, es decir, se erigen en protectores de los intereses de los nietos, frente a la posible actitud adoptada por el progenitor o progenitores. Sin embargo, nunca debe olvidarse que los abuelos, pase lo que pase entre y con los responsables parentales, siguen siendo "abuelos" y que siempre existe una parte en este conflicto que sufre un daño especial, tal es, el menor.

Los menores ante los posibles enfrentamientos y atendiendo a su edad y madurez, tendrán un mayor o menor protagonismo. No obstante, partiendo del perfil casuístico habitual, en numerosas ocasiones se decide atendiendo, en principio a su "interés", aunque no siempre, pero sin tener conciencia de lo realmente acontecido y decidido en su beneficio. Pero, cuando los menores tienen suficiente juicio ya pueden actuar, decidiendo sobre el tipo de relación que desean mantener con sus abuelos, aunque pueden ser también víctimas de la situación, en tanto en cuanto ellos deciden en gran medida la resolución del conflicto planteado, lo que puede derivar en problemas emocionales de diversa naturaleza.

Sin embargo, cabe considerar que ante el conflicto, la solución que se adopte en torno a la relación entre abuelos y nietos debe realizarse intentando no poner en peligro el ejercicio de la patria potestad, pues esta solamente corresponde a los progenitores²⁴, teniendo presente la relación previa existente entre abuelos y nietos, la cual puede estar condicionada por la relación que media entre responsables parentales y abuelos.

En cualquier caso, en mi opinión, los progenitores deben fomentar las relaciones de sus hijos con sus abuelos, estando exclusivamente legitimados para restringirlas, cuando el interés de los menores se encuentre objetivamente en situación de riesgo, cuando concurra una verdadera "justa causa" (art. 160.2 CC). Riesgo que debe ser real y actual, no siendo suficiente que se trate de un "riesgo

23 Como es sabido, el art. 94.6 CC favorece el mantenimiento de las relaciones entre abuelos y nietos teniendo presente "el interés del menor" y siempre que medie el consentimiento de los abuelos. Por su parte, el art. 160.2 CC determina que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus abuelos". Como ha sido referido por DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: "Relaciones personales", cit., p. 695, para acceder al establecimiento de relaciones personales de los abuelos con los nietos, no es suficiente argumentar que no se encuentra acreditado que dichas relaciones hayan de ser necesariamente perjudiciales para el menor, sino que basta con el "mero riesgo" de que ello sea así, para no reconocer tal derecho a los abuelos, el cual siempre ha de ceder ante el interés superior del menor. Vid. también al respecto, GRACIA IBÁÑEZ, J.: "El derecho", cit., p. 118; BERROCAL LANZAROT, A. I.: "El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, pp. 1763-1764.

24 DE LA ROSA CORTINA, J. M.: "Las relaciones", cit., p. 4.

probable o meramente potencial”²⁵. Para DE VERDA y BEAMONTE²⁶, es un tema controvertido el determinar si es necesario entender probada la existencia de “justa causa” para establecer las relaciones entre los abuelos y los menores, o si, por el contrario, tal y como parece deducirse de lo previsto en el art. 160.2 CC, la “justa causa” solamente ha de concurrir para excluirlas. En opinión de CHAPARRO MATAMOROS²⁷, el simple testimonio desfavorable del menor, basado en criterios de puro egoísmo o capricho, no podría considerarse como “justa causa” impositiva de la relación con los abuelos²⁸.

Al respecto cabe estimar que, no es suficiente con demostrar que no existe una justa causa para otorgar el derecho de relación, sino que es necesario argumentar que la relación que se pretende establecer es beneficiosa para los nietos, atendiendo siempre al interés del menor²⁹. Esto exige a los tribunales que motiven de “forma razonada” sus resoluciones. En concreto, es denunciada la falta de motivación en STS 22 noviembre 2018³⁰, considerando que “la motivación contenida en la sentencia no expresa ni razona cuáles son las circunstancias que, frente a la valoración que hace la sentencia del juzgado, llevan a dejarla sin efecto para establecer un régimen de comunicaciones de los abuelos con las nietas, más allá de lo que se interesó y resulta de su condición de allegados, sin precisar si tales relaciones pueden restringir las relaciones de las niñas con su madre, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 160 CC, y sin valorar si existe o no obstáculo ni oposición por parte del padre de las menores para que sus padres puedan compartir con el mismo el régimen de visitas establecido a su favor y, en definitiva, si esta relación es suficiente para desestimar la demanda. La realidad es que esta sala no conoce el fundamento de su decisión más allá de una genérica remisión a criterios comunes a esta suerte de medidas, en particular del interés del menor, sin concretar si este interés quedaba satisfecho en la forma que determinó la sentencia del juzgado”³¹.

25 BUENO BIOT, Á.: “La incidencia”, cit., p. 8.

26 “Relaciones personales”, cit., p. 699. En concreto, la STS 25 noviembre 2019 (RJ 2019, 4972), establece que “no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así (...), para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor”.

27 “El derecho”, cit., p. 205.

28 Desde mi punto de vista, esto debería ser verificado ante el caso concreto y determinar si verdaderamente el menor actúa por “puro egoísmo y capricho”. Resulta de interés, al respecto, el caso particular analizado por DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I.: “El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, pp. 1729-1744. Vid. también, BUENO BIOT, Á.: “La incidencia”, cit., pp. 1-32.

29 El polémico tema del “interés del menor” sigue generando opiniones sobre el particular. Prueba de ello son los trabajos, entre otros, de GARCÍA RUBIO, M.ª P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2020, núm. 13, pp. 14-49 y BARBA, V.: “Interés del menor”, cit., pp. 1-32.

30 STS 22 noviembre 2018 (RJ 2018, 5122). Vid. DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: “Relaciones personales”, cit., p. 700.

31 En los mismos términos la STC 138/2014, de 8 de septiembre (RTC 2014, 138), la cual afirma que “la decisión judicial sobre la conformación del régimen de visitas de los abuelos con los nietos se fundamenta en una genérica traslación del régimen de visitas para progenitores no custodios, sin ningún elemento de individualización y sin ninguna referencia al interés de los menores. Tanto en la resolución de instancia

Atendiendo al interés del menor se ha cuestionado la posible denegación del derecho de visita de los abuelos, por referir algunos ejemplos³², cuando existe conflictividad entre los adultos, planteamiento hoy en día ya superado³³, salvo que los abuelos puedan ejercer una influencia negativa sobre el menor³⁴; cuando concurren enfermedades o desequilibrios psíquicos de los abuelos³⁵; cuando no hay relación entre ellos³⁶; cuando se ha producido una ruptura matrimonial que ha provocado un alejamiento; por fallecimiento de uno de los padres y el otro progenitor les niega a los abuelos el derecho a relacionarse con sus nietos; cuando existen procesos penales siendo los abuelos parte en los mismos³⁷; cuando se produce la adopción del nieto por otra familia, etc. Todos ellos constituyen un conjunto de conflictos, susceptibles de ser objeto de mediación con el fin de evitar un daño mayor a los menores, pues analizando los casos todo se reconduce a la inexistencia de comunicación, lo que provoca la ausencia de relación durante periodos de tiempo más o menos largos que, con el paso de los años, no hacen más que cronificarse³⁸.

Se estima que la vía judicial no es la más adecuada para resolver este tipo de conflictos, aunque la práctica pone de manifiesto que es la más habitual, lo que debería llevar a replantear mediante el diálogo y la comprensión mutua, la idoneidad, como se ha dicho, de la mediación como mecanismo de gestión extrajudicial de este tipo de divergencias familiares, pues nunca hay que olvidar que se trata ante todo de un “conflicto familiar”, por lo que se debe ser conscientes de lo que ello conlleva³⁹. En este perfil conflictual el paso del tiempo incide de forma negativa

como en las resoluciones posteriores, y una vez razonada la inexistencia de elemento impeditivo para la comunicación entre abuelos y nietos, se menciona genéricamente la adecuación o conveniencia de este amplio régimen de visitas, sin concretar los elementos del acervo probatorio que determinarían la idoneidad desde la perspectiva del interés de los menores. En consecuencia, existe una absoluta falta de ponderación del principio del interés superior del menor en este ámbito decisonal, que torna a la resolución dictada en infundada, desde el canon constitucional exigido por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE en relación con el art. 39 CE)”. A propósito de la sentencia, COLÁS ESCANDÓN, A. M.: “El régimen”, cit., pp. 133-185.

- 32 Vid. al respecto la casuística analizada, entre otros, por DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: “Relaciones personales”, cit., pp. 692-701; BUENO BIOT, Á.: “La incidencia”, cit., pp. 10-19; RIBOT IGUALADA, J.: “El derecho de relación de los abuelos: una relectura”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, 2021, pp. 1744-1764.
- 33 SAP de Lugo 18 marzo 2020 (AC 220, 776); STS 18 marzo 2015 (2015, 1152).
- 34 Caso extremo es el analizado por DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: “Relaciones personales”, cit., p. 696. Entiendo que las malas relaciones entre los ascendientes y los progenitores no deben constituir una justa causa para denegar el derecho de relación entre abuelos y nietos, salvo que perjudiquen directamente al menor. Se trata de primar el interés del menor, no el de los progenitores o ascendientes.
- 35 STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4631).
- 36 STS 18 marzo 2015 (RJ 2015, 1152).
- 37 STS 20 septiembre 2016 (RJ 2016, 4444).
- 38 Como pone de manifiesto DE LA TORRE LASO, J.: “¿Es suficiente con ser abuelo para tener derecho a un régimen de visitas? Comentarios al Auto del Tribunal Supremo 6029/2020 de fecha 29/07/2020”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021, p. 2, “el indicador que aparece en todas las demandas de visitas por parte de los abuelos es la historia de conflicto entre los abuelos y sus progenitores. Este factor es intrínseco a todas ellas, porque es una obviedad pensar que, si los abuelos y sus hijos no tuvieran dificultades, no haría falta acudir a la vía judicial para acordar dicho régimen de visitas”.
- 39 COLÁS ESCANDÓN, A. M.: “Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales”, *Revista*

en el desarrollo vital del menor, por lo que concedores de que en su proceso de maduración las “relaciones familiares” adquieren un papel fundamental, en el caso de los abuelos pueden verse gravemente afectadas⁴⁰.

En cualquier caso, el principio del interés superior del menor, marca las pautas de la gestión y resolución del problema, en tanto en cuanto debe primar sobre el de los padres y abuelos. La precisión del concreto interés del menor, redundando en beneficio del interés de los abuelos y, en su caso, de los progenitores, lo que no implica el reconocimiento del interés del menor y de los abuelos a un mismo nivel. No se puede olvidar que esta supremacía del interés del menor sobre cualquier otro ya no es cuestionable tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (en adelante, Ley Orgánica 8/2015)⁴¹, cuyo art. 2.1 establece que “primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”⁴².

La fijación de unos criterios para proceder a la delimitación del interés del menor en el supuesto concreto, implica una valoración de forma conjunta y atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad⁴³. La supervivencia y desarrollo del menor, así como la satisfacción de sus necesidades básicas en todos los ámbitos, constituyen el elemento principal que el intérprete debe tener en cuenta, teniendo un carácter preferente, incluso, frente a los demás⁴⁴.

Igualmente, resulta fundamental, desde mi punto de vista, por un lado, contar con la opinión del menor, fomentado de forma progresiva, atendiendo a su edad y madurez, su participación en todo aquello que pueda afectarle; y, por otro lado, tener presente que las necesidades de los menores cambian, por lo que las decisiones que sean adoptadas necesitan ser objeto de revisión.

La participación del menor garantiza que su interés sea determinado desde la perspectiva del mismo, como persona individualmente considerada, ser social que vive un problema en un lugar y momento determinados, nunca desde la perspectiva

Doctrinal-Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, núm. 6, p. 4 (BIB 2011/1118).

40 DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I.: “Menores: la importancia del tiempo y su incidencia en su desarrollo vital (desde la perspectiva de inexistencia de relaciones familiares básicas)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, pp. 3029-3044.

41 BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

42 La determinación del interés superior del menor en cada asunto debe, en mi opinión, estar basado en una serie de criterios aceptados y valores ponderados en función de diversos elementos y, sobre todo, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, pues a pesar de que pueda existir ante el supuesto de hecho una similitud, siempre existen matices que lo hacen único, por lo que no existe identidad.

43 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2007, pp. 75 y 107.

44 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, en AA.VV.: *Comentarios sobre las Leyes de Reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (coord. V. CABEDO MALLOL, I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 120.

de los adultos. No obstante, esto sólo es posible cuando nos encontramos ante un menor que es consciente de la trascendencia de las decisiones u opiniones que emite sobre la realidad que está viviendo, luego habrá que atender a su capacidad natural. Por ello, resulta de gran trascendencia que el juzgador del caso tenga acceso a todos los datos del supuesto y cuantos elementos de juicio puedan influir en la decisión que debe adoptar, con el fin de que esta resulte ser lo más acertada posible y, sobre todo, responda al interés concreto de ese menor⁴⁵.

En consecuencia, el Tribunal debe atender al interés del menor, en cada caso concreto, para establecer el régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos, pero asimismo debe concretar y motivar, en base a dicho interés, el por qué otorga ese régimen y no otro u otros (art. 1 Ley Orgánica 8/2015). Igualmente, la opinión del menor resulta crucial para la delimitación del referido interés, por lo que deben tener la opción de poder ejercitar el derecho a ellos reconocido, tal es, el derecho a ser oídos y escuchados⁴⁶. Escuchar la opinión del menor es determinante en estos casos, tomando en consideración lo que haya manifestado, siendo valorada por el Juez, quien debe analizar la posible influencia que en la formación de la voluntad del menor hayan podido tener sus progenitores. Ahora bien, que el menor ejercite su derecho a ser oído y escuchado, no significa dictar una resolución cumpliendo los deseos del menor⁴⁷.

El menor, en mi opinión, debe ser oído y escuchado en todo caso, ya que se trata de un derecho que le está expresamente reconocido y cuyo ejercicio le debe ser facilitado, pues de sus manifestaciones pueden ser extraídas valoraciones que permitan la adopción de decisiones más acordes con su interés⁴⁸. Debe ser escuchado todo menor que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, no debiendo ser establecidos, como ocurre en la normativa española, límites mínimos de edad, sino que debe ser determinado caso por caso. Por ello, es necesario atender al grado de madurez del menor, no a su edad biológica.

Asimismo, hay que poner de manifiesto la importancia que tiene a estos efectos la posición ideológica y jurídica, psicológica y educacional que tenga quien

45 STEDH 30 noviembre 2010, caso P.V. contra España (TEDH 2010, 112).

46 Vid. STC 152/2005, de 6 de junio 2005 (RTC 2005, 152); STS 15 enero 2018 (RJ 2018, 18). Sobre el particular, PÉREZ CONESA, M.^a C.: "Derecho de los menores a ser oídos. Régimen de visitas entre abuelos y nietos (STS de 15 de enero de 2018)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 4, pp. 1-5 (BIB 2018/7483).

47 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "¿Protección de menores "versus" protección de progenitores?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1999, Vol. III, p. 2 (BIB 2000/235).

48 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección de la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 101. Atendiendo al art. 12 CDN es posible deducir cinco medidas necesarias que permiten hacer efectivo el derecho a escuchar a la persona menor de edad, tales son, preparación, audiencia, evaluación de la capacidad, información sobre la consideración y trascendencia otorgada a sus opiniones, quejas y recursos. Antes de la audiencia el menor requiere una preparación, debe ser informado del derecho que ostenta, la forma en la que se va a desarrollar esa audiencia, en presencia de quién tendrá lugar y de que su opinión será objeto de la máxima consideración y cómo puede influir en la decisión que finalmente sea adoptada.

debe proceder a su valoración y adoptar una decisión, que siempre serán adultos y cuyo subjetivismo, aun mediando una buena intención por su parte, pueda llegar a resultar “perturbadora”⁴⁹. Por lo tanto, discrecionalidad, razonabilidad y proporcionalidad deben presidir siempre la actuación de aquellos que asumen la difícil tarea de evaluar, valorar y ponderar la voluntad emitida por el menor en el legítimo ejercicio de su derecho a ser oído y escuchado, con el fin de lograr la concreción de su propio interés, pues no deben ser obviados en ningún caso, los problemas que en la práctica se plantean a efectos de la ejecución de medidas de cualquier naturaleza judicial, administrativa y de mediación, no teniendo en cuenta la voluntad del menor involucrado a partir de que este tiene una determinada edad.

Ahora bien, aunque resulta fundamental contar con la opinión del menor de forma progresiva, atendiendo a su edad y madurez, así como con su participación en todo aquello que pueda afectarle, hay que tener presente que las necesidades de los menores cambian, por lo que las decisiones que sean adoptadas necesitan ser objeto de revisión.

III. ASCENDIENTES PRESENTES Y AUSENTES EN LA VIDA DE LOS MENORES.

Las “relaciones personales” entre ascendientes y nietos no es ajena a la controversia, como ya se ha manifestado. Buena prueba de ello es la profusa jurisprudencia existente al respecto. La aplicación por parte de nuestros tribunales de la normativa existente permite un acercamiento a la virtualidad práctica de un problema real y permanente, aunque con una nueva perspectiva, en tanto en cuanto la figura de los ascendientes es otra y la forma de decidir su presencia en las relaciones familiares ha cambiado. Por ello, resulta de interés el acercamiento a ciertas decisiones adoptadas por los tribunales, sin ánimo de abarcar con exhaustividad todo el material jurisprudencial existente sobre la materia.

Al respecto, son relevantes las decisiones adoptadas por el TEDH, en las que se plantea el asunto al amparo del art. 8 CEDH, el cual reconoce el derecho a la vida privada y familiar; lo que implica que los Estados deben adoptar medidas que permitan el mantenimiento de los vínculos afectivos entre abuelos y nietos garantizando que se desarrollan con normalidad. También se ha pronunciado sobre el particular el TJUE, como luego habrá ocasión de verificar.

Sin embargo, adelanto que el TEDH distingue entre vida privada y vida familiar a efectos de la determinación de la posible o no vulneración del art. 8 CEDH que protege este tipo de relaciones personales. Cabe decir que el derecho de los

49 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés*, cit., p. 202.

ascendientes a mantener relaciones con los nietos es una relación familiar, pero que forma parte de la vida privada de los mismos, por lo que ante estos supuestos existe una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar, no teniendo sentido la diferenciación realizada. En cualquier caso, la ausencia o privación del derecho de visita de los abuelos se estima por parte del TEDH una vulneración del art. 8 CEDH.

Como ya ha sido manifestado, en la expresión “vida familiar”, quedan incluidas todas las “relaciones vivenciales e interpersonales” existentes entre sus miembros en su “proyección o dimensión privada (no pública)”, cuya “lesión en su goce o legítima vivencia afecte negativamente a alguno de sus protagonistas o a la protección de los derechos individuales implícitos”⁵⁰.

El TEDH en sede de relaciones personales y con ocasión de la interpretación y aplicación del art. 8 CEDH, ha puesto el acento en el principio de proporcionalidad, sobre todo en lo que afecta a la valoración de los posibles límites y restricciones que los tribunales y autoridades nacionales pueden imponer a estas, atendiendo al justo equilibrio entre los intereses individuales y generales⁵¹.

El análisis parte de la defensa del derecho de los ascendientes a mantener relaciones con sus nietos atendiendo al interés del menor, el cual prima sobre el de los progenitores y sobre el de los abuelos. La inclusión de los ascendientes en el ámbito de las relaciones personales de los menores va a depender del beneficio que esto supone para el mismo, provocando su exclusión cuando concurra una justa causa motivada de “forma razonada” por parte de nuestros tribunales. Asimismo, el estudio de la jurisprudencia del TEDH y TJUE permite no solamente precisar los principios y criterios que deben ser atendidos en nuestro Ordenamiento y respetados por nuestros tribunales en esta materia, sino verificar su efectividad en el derecho interno. Se adelanta que los problemas habituales versan sobre el contenido, extensión y procedencia de este tipo de “relaciones familiares”, íntimamente ligados a los intereses en conflicto y los derechos y deberes de ascendientes, progenitores y nietos.

En todo caso, resulta fundamental atender al interés del menor, teniendo presente su opinión, mediante el ejercicio del derecho a ser oído y escuchado, como sujeto de derecho y con una capacidad progresiva para ejercerlos. Siempre sin lesionar el ejercicio de la patria potestad, cuya titularidad corresponde en exclusiva a los progenitores. La dedicación previa de los ascendientes a los menores también debe ser tenida en cuenta a efectos de la determinación de sus relaciones.

50 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2006, núm. 2, p. 346.

51 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La protección”, cit., p. 351.

I. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TS y menor.

A) Ascendientes idóneos e interés del menor.

El análisis de la idoneidad de los ascendientes que reclaman el mantenimiento de relaciones personales con los nietos es obviado en la mayoría de las ocasiones. Se parte de una visión positiva de los abuelos que puede conducir al encubrimiento, tras un supuesto interés del menor, de una relación entre abuelos y nietos basada en el interés de aquéllos, en la medida en que por tradición los abuelos parecen ser que son “siempre buenos”⁵². El menor no puede ser utilizado como mecanismo de normalización de las relaciones entre determinados miembros de la familia, confiando en que pondrán de su parte para garantizar que estas se desarrollen de forma fluida y sin incidentes. Siendo el menor consciente de que él es el foco del conflicto y el causante de la situación de ausencia de relación entre sus progenitores y ascendientes, es atentatorio contra el interés del menor el establecimiento de un régimen de visitas con este fin. Por este motivo, la idoneidad de los abuelos no debe presumirse, pues el interés del menor debe estar siempre en un primer plano y el de los ascendientes y progenitores en un segundo.

De todas formas la SAP de Asturias 24 julio 2012⁵³ admitió y consideró que “aunque si bien es cierto que los informes de los equipos psicosociales que examinaron la situación no consideraron aconsejable establecer ningún tipo de régimen de visitas entre los abuelos maternos y el menor, aclarando en la vista el equipo psicosocial (...), que son unos abuelos altamente intervencionistas (...), sabiendo que él es el foco del conflicto, el establecer un régimen de visitas supondría un nuevo desequilibrio que le perjudicaría. Queda patente que “la única causa para negar el establecimiento de un régimen de visitas es la actitud de los abuelos, claramente intervencionista que niegan la existencia de problemática familiar (...). Pese a todo lo anterior, constando con claridad la desavenencia entre los padres y los apelantes, ha de afirmarse, de modo general, que dicha desavenencia por sí sola no ha de determinar la desestimación de la demanda, no constando otros datos que interfirieran en la relación entre abuelos y nieto, que siempre lo han acogido y tratado como mejor entendían, es por lo que considera esta Sala que el interés superior del menor determina, pese a la evidente ausencia de relaciones entre las partes, que es bueno para el menor dicha relación con sus abuelos, en la presunción de que el contacto con los miembros de su familia

52 DE TORRES PEREA, J.M.: “El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores”, *Diario la Ley*, 2019, núm. 9538, pp. 1-6, estima que tras un supuesto interés del menor se encubre “lo que no es sino la imposición de un determinado orden natural que basado en el dato biológico de parentesco vendría a ser una supuesta e ineludible exigencia de nuestra tradición cultural, y la imposición de ese orden natural a los únicos que favorecería realmente sería a los abuelos, ya fuera a costa del interés del menor o no”.

53 SAP Asturias 24 julio 2012 (AC 2012, I232).

extensa beneficia el desarrollo del mismo y, se intente una normalización o, al menos, un intento de acercamiento y reanudación de las visitas”.

En contra, llevando a cabo un análisis de la idoneidad o no del ascendiente, la SAP Barcelona 20 marzo 2019⁵⁴, en la que se condena al padre por un delito de sustracción de menores en el que estaba implicada la abuela paterna, estima claramente perjudicial para el menor el contacto con la misma, teniendo presente los antecedentes familiares y las diferentes vivencias negativas del niño en el entorno familiar paterno. Por este motivo considera que es cuestionable que el interés de la abuela en solicitar la reanudación de la relación “sea un interés coincidente con las necesidades e interés de su nieto y que la finalidad perseguida sea la de favorecer la estabilidad y formación del menor en un contexto familiar adecuado”. En este sentido, “establecer un régimen de visitas entre la abuela y su nieto constituye un claro perjuicio para la estabilidad emocional del niño”.

En todo caso, resulta fundamental el análisis de las circunstancias del caso, así como el contexto en el que se pretenden instaurar las relaciones, pues no todos los abuelos son idóneos, ni siempre su relación personal con los nietos responde al interés de estos menores.

B) Riesgos al menor en interés de terceros.

El derecho de los ascendientes a mantener relaciones personales con sus nietos puede verse alterado por la existencia de un “mero riesgo” de que puedan resultar perjudiciales para el menor, no siendo preciso que el régimen de visitas resulte “necesariamente perjudicial”. Admitir las relaciones personales en estos casos puede implicar la puesta en peligro del interés del menor en beneficio de terceros que reclaman el mantenimiento de relaciones.

En estos términos, STS 25 noviembre 2019⁵⁵ en la cual se estimó que “no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así (...), para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor”⁵⁶.

C) Ascendientes como institución de protección.

Los ascendientes ante situaciones de incumplimiento de la responsabilidad parental, adquieren un importante protagonismo. Cuando los menores son privados de la asistencia de sus progenitores y son declarados en situación de

54 SAP Barcelona 20 marzo 2019 (JUR 2019, 142847).

55 STS 25 noviembre 2019 (RJ 2019, 4972).

56 Vid. STS 27 septiembre 2018 (RJ 2018, 4242).

desamparo, es habitual que los abuelos asuman la guarda de hecho de los nietos. Ante esta situación y declarado el desamparo, los abuelos dan un paso al frente y se ofrecen para acoger a los nietos y siendo declarados como idóneos se procede a la formalización de un acogimiento en familia extensa. Esta solución es mejor que el ingreso del menor en un Centro de Protección o un acogimiento en familia ajena.

Con esta medida de protección se daría cumplimiento a lo establecido en art. 11.2, b) de la LOPJM 1996, el cual declara como principio rector de los poderes públicos el mantenimiento del menor “en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional”.

Como ya se puso anteriormente de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, uno de los fines de la norma es atribuir a los abuelos “una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad”. De igual forma, el art. 20.2 LOPJM 1996 establece que “cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento”. Por su parte, el art. 103.1, pfo. 2º CC, establece que “excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.

En esta línea la SAP Pontevedra 6 febrero 2023⁵⁷, en la que se atribuye a los abuelos la guarda y custodia de sus nietos menores de edad ante la falta de ejercicio de la responsabilidad parental. En el presente caso “los demandantes fundan su legitimación en el hecho de que han sido quienes se han encargado de la atención y cuidado de los niños, al desentenderse sus padres de los deberes y funciones paterno filiales, situación que se prolonga desde hace varios años y que exige, precisamente para salvaguardar el interés de los menores, que se reconozca o formalice mediante la atribución de la guarda y custodia”.

El origen del caso se encuentra en la separación de los progenitores, siéndole atribuida la guarda y custodia de los menores a la madre, la cual se traslada a vivir a casa de los abuelos maternos, quienes se hicieron cargo de todos los cuidados que necesitaban, pues el padre se desentendió casi por completo de los niños desde el principio y la madre que, inicialmente trabajaba prácticamente todo el día, se

57 SAP Pontevedra 6 febrero 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:909A).

mudó a otro domicilio, dejando a los menores con sus abuelos. Estos se hicieron cargo de sus nietos actuando como verdaderos “custodios de hecho”.

La guarda de hecho de menores de edad, se regula a partir de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁵⁸, que reforma los arts. 237 y 238 CC. Se trata de una situación en la que una persona, sin contar con un previo nombramiento judicial, se encarga de la atención de la persona y administración del patrimonio de un menor. En el caso de los menores se concibe como una medida de naturaleza provisional y transitoria de protección.

En el caso analizado, como los abuelos asumen el cuidado de los nietos a causa del abandono o imposibilidad de los padres, deben promover la constitución legal de la medida de protección estable que proceda, atendiendo a las circunstancias y siempre en interés del menor. Como se puede comprobar, la resolución no acuerda la extinción o suspensión de la patria potestad cuyo ejercicio es compartido por la madre y el padre, alegando el deseo de los abuelos de evitar trámites desagradables y la audiencia preceptiva de los menores en sede judicial. Por esta razón, se acuerda un régimen de visitas y comunicación a favor de los padres, quienes podrán ejercerlo o no, dado su carácter de derecho, pero no de obligación, imponiéndoles la carga de abonar una determinada cantidad en concepto de alimentos para sufragar los gastos de manutención de los dos menores.

La figura del ascendiente como cuidador de los nietos, ayudando y facilitando a los hijos el desarrollo de una actividad profesional, o en los supuestos de crisis de familia con el fin de evitar ante la desestructuración un grave riesgo al menor, el cual puede derivar en una situación de desamparo y, en su caso, la propia institucionalización, se erige en una figura que va adquiriendo de forma progresiva un mayor protagonismo en la vida de los descendientes, adquiriendo un nuevo rol en respuesta al interés del menor. Por ello, se puede afirmar que los ascendientes que ejercen la guarda de hecho y, en su caso, de derecho, cumplen una función esencial en nuestra sociedad actual, evitando el desamparo del descendiente que se encuentra en situación de vulnerabilidad.

D) Ascendientes, nietos y Coordinador de Parentalidad.

El restablecimiento de las relaciones personales entre ascendientes y nietos exige, en ocasiones, la intervención de terceros. El Punto de Encuentro Familiar y el Coordinador de Parentalidad tienen un amplio campo de actuación en aras de iniciar, restablecer y mantener las relaciones entre ascendientes y nietos, en interés

58 BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

del menor. El Auto AP Barcelona 5 octubre 2018⁵⁹, establece que “está claro que, salvo que de ello se derive una situación de riesgo o perjuicio para los menores, es conveniente mantener la relación entre abuelos y nietos porque este privilegiado grado de parentesco debe ser respetado y resulta además especialmente enriquecedor para los niños. No obstante, todo lo anterior, debe también exhortarse a los abuelos maternos a que se limiten a cumplir las indicaciones de los técnicos, tanto del coordinador/a de parentalidad como los del Servicio de Punto de Encuentro, evitando presentarse en lugares en que se encuentren los menores sin advertirles de su presencia, pues ello interfiere en la relación y puede provocar un mayor rechazo que en definitiva les acabara perjudicando. Las relaciones personales, especialmente con los niños, requieren de un acercamiento progresivo y cordial, basada en el afecto y no en la imposición que aboca al efecto contrario al pretendido”.

El coordinador de parentalidad no es un terapeuta familiar⁶⁰, “aunque en algunos casos el coordinador puede tomar decisiones vinculantes para la familia, es más una figura transversal con capacidad para cumplir diferentes roles y por ello debe tener una formación en técnicas de la mediación, terapéuticas y de trabajo social, pero no actuar como ellos. La función del Coordinador Parental es asesorar a los progenitores sobre las necesidades de sus hijos y, ayudarlos en la toma de decisiones consensuadas, pero en absoluto abordar los posibles trastornos ni entrar en la intimidad de las personas afectadas sino únicamente en aquello que incide en el aspecto relacional, buscando la resolución del conflicto”.

Aunque en este caso se trataba de la relación personal del menor con la madre, es perfectamente aplicable al supuesto de las relaciones personales con los abuelos.

59 Auto AP Barcelona 5 octubre 2018 (JUR 2018, 289477).

60 Como bien se diferencia en el Auto AP Barcelona 5 octubre 2018 (JUR 2018, 289477), la terapia familiar “es una disciplina terapéutica dirigida al abordaje y tratamiento de los conflictos familiares, bien a través de la psicoterapia, ejercida exclusivamente por psicólogos, de la terapia psicoeducativa o pedagógica para inducir a cambios conductuales a través de la educación y la mejora de habilidades emocionales para las relaciones entre los miembros de la unidad familiar. Se dirige al tratamiento de estos trastornos emocionales subyacentes, para mejorar la comunicación y resolver los conflictos, de manera que en las sesiones participen el conjunto de miembros de la familia o únicamente los más predispuestos a participar. La terapia así entendida resulta útil tanto para resolución de los problemas del grupo familiar como los individuales de alguno de los miembros, y sirve para resolver desde problemas de convivencia a situaciones de ausencia de comunicación, relaciones distorsionadas o interacciones en vínculos fracturados o violentos. Esa acción terapéutica que trata de ayudar a superar el sufrimiento psicológico que presentan uno o algunos de los miembros de la familia, no está en absoluto presente en el caso de la figura del coordinador parental cuya finalidad no es otra que la de un auxiliar o colaborador con el juez, ante la situación de conflicto, en la implantación efectiva de las medidas acordadas por éste, con facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la familia hacia la normalización de la nueva situación en un clima pacífico que permita que en un tiempo razonable la familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarlas”.

2. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TEDH.

A) Reintegración del menor enfermo con su padre biológico tras la atribución de la custodia a la abuela materna por fallecimiento de la madre: STEDH (Sección 2ª), 30 noviembre 2021, caso T.A. y otros contra la República de Moldavia.

Por regla general, el padecimiento de enfermedades por parte de los menores puede alterar el régimen de relación previa que se viene desarrollando entre abuelos y nietos. Esta situación puede derivar incluso en la denegación, suspensión o limitación del derecho a mantener la relación. Las causas pueden ser variadas, tales como que el mantenimiento de las relaciones pueda poner en peligro la recuperación del menor; o que los abuelos no dispongan de medios físicos o económicos para prestarles la debida asistencia.

La enfermedad del menor no ha sido tomada en cuenta en el “caso T.A. y otros”⁶¹, resuelto por el TEDH, en el que se cuestiona la idoneidad del traslado de un niño de cinco años que padece graves trastornos de desarrollo tanto mental, como físico, atendido desde el nacimiento por sus abuelos, con su padre biológico. Los ascendientes alegan la violación del respeto a su “vida privada” (art. 8 CEDH), ante la retirada automática de la custodia del nieto, sin analizar las circunstancias del caso de forma exhaustiva y sin fase de adaptación del menor a su progenitor con el que no ha convivido, ni tenido contacto, salvo visitas esporádicas.

En principio, la resolución adoptada por los Tribunales Nacionales debe ser rechazada, abogando por la necesaria reintegración del menor con sus abuelos. Se trata de un error a todas luces, en tanto en cuanto la debida revisión de las circunstancias que lo han rodeado, podría haber llevado a un resultado diferente, no poniendo en peligro, como así ha sido, el interés del menor, de sus abuelos y, por qué no, también de su progenitor. Esta realidad conduce al TEDH a considerar que, ante la ausencia de análisis de las circunstancias del caso, se produce una violación del art. 8 CEDH.

Elementos fundamentales a los efectos de la determinación del interés del menor en el caso concreto y que deberían ser tenidos en cuenta, son:

1º. Las condiciones del nacimiento del menor, de urgencia y de forma prematura en la semana 27 de gestación, teniendo que estar en la unidad de cuidados intensivos durante 46 días, hasta ser dado de alta y trasladado a casa de sus abuelos maternos. El menor nació con diversos problemas de salud, siendo

61 STEDH (Sección 2ª), 30 noviembre 2021, caso T.A. y otros contra la República de Moldavia file:///C:/Users/Carm/Downloads/CASE%20OF%20T.A.%20AND%20OTHERS%20v.%20THE%20REPUBLIC%20OF%20MOLDOVA.pdf (consulta realizada, 01/07/2022).

objeto de diferentes tratamientos y atención constante por parte de sus abuelos, en concreto, su abuela materna.

2°. La atribución de la custodia a la abuela materna, siendo declarado como menor desprovisto de protección parental.

3°. Los informes psicosociales y médicos favorables al mantenimiento del menor con sus abuelos, con los que tenía unos lazos afectivos muy estrechos. Su separación podría provocar graves efectos en el estado psicológico del nieto, teniendo en cuenta sus necesidades especiales de desarrollo, su estado de salud y que realmente no conocía a nadie más que a sus abuelos.

4°. La situación laboral, de vivienda y personal del padre, el cual no se encuentra en condiciones de proporcionarle el confort material y el equilibrio psico-emocional que requiere el menor, aunque se le reconoce el derecho de visita.

No obstante, se estima que el domicilio de un menor solamente puede establecerse con personas distintas de los padres en casos excepcionales, es decir, en el caso parece ser que no se da la circunstancia de una situación excepcional que justifica el establecimiento de su domicilio con sus abuelos, siendo el menor separado de los mismos, quienes perdieron la custodia en favor del progenitor.

Cabe denunciar la inexistencia de un periodo de adaptación o transición a la nueva vida del menor enfermo con su progenitor que, entre cosas, facilitara la reagrupación familiar. Los intereses en juego que han sido tenidos en cuenta por los tribunales evidentemente son tres: el supuesto "interés superior del menor", el del padre biológico y el de los abuelos, bajo el paraguas de la obligación positiva de adoptar medidas encaminadas a la reagrupación familiar. El acogimiento inicial por parte de los abuelos, si bien responde al interés del menor, decae cuando el padre pone de manifiesto su intención de reunirse con el niño, no siendo demostrado que no puedan atender las necesidades del menor. Sin embargo, esto no debe impedir que los abuelos sigan manteniendo la relación con su nieto del que se han ocupado hasta el momento.

El análisis del caso a la luz del art. 8 CEDH implica reconocer que:

1°. El disfrute de la compañía de padres e hijos es un elemento fundamental en la vida familiar. Por este motivo la ruptura de los lazos familiares solamente es aceptable en casos excepcionales, por lo que se deben adoptar medidas en aras de preservar las relaciones familiares y facilitar la reagrupación familiar.

2°. El interés superior del menor exige que los vínculos del menor con su familia deban mantenerse, salvo que se demuestre ser especialmente inadecuada

y esto pueda perjudicar la salud y desarrollo del niño. Por ello, un padre no puede tener derecho a que sean adoptadas medidas que puedan perjudicar la salud y el desarrollo del niño.

3º. La existencia de vida familiar entre abuelos y nietos debe producirse cuando existen vínculos familiares suficientemente estrechos entre ellos⁶². Por esta razón, la situación de la familia debe ser objeto de un análisis exhaustivo, teniendo en cuenta factores de carácter fáctico, emocional, psicológico material y médico, atendiendo siempre a cuál es la mejor solución para el menor.

Ante el caso hubiera sido procedente explorar la posibilidad de dejar al menor con sus abuelos, garantizando al mismo tiempo el acceso frecuente y sin obstáculos de su padre, con el fin de construir gradualmente una relación entre ellos, sin necesidad de exponer al menor a un "riesgo inmediato". Por este motivo, la falta de adopción de medidas de naturaleza transitoria y preparatorias que ayuden tanto al menor, como a su progenitor a construir una relación, es "contraria al interés superior del niño".

En consecuencia, cabe entender que, es preciso proteger tanto el interés superior del menor, como la reagrupación familiar, siendo para ello de crucial importancia la "forma" en la que la misma se lleva a cabo, el cómo hay que proceder para otorgar garantías de cumplimiento y la suficiente protección en atención a los sectores familiares implicados e intereses en conflicto, tales son, menores, progenitores y ascendientes. En ningún caso, el retorno automático resulta aconsejable para el interés del menor, ni asegura la eficacia del mismo, ya que puede tener unas consecuencias muy negativas para su salud física y mental.

En el caso enjuiciado por el TEDH, no se llevó a cabo un análisis de las circunstancias que rodean al menor en concreto, no se ha estudiado qué es lo mejor para él, teniendo presente su estado de salud y el cuidado del que ha sido objeto desde su nacimiento por parte de sus abuelos. La capacidad de los ascendientes para prestar los cuidados que requiere el menor también debe ser objeto de valoración. No se trata de impedir la reagrupación familiar, sino de facilitar la viabilidad de la misma, para que resulte efectiva y sin perjudicar al menor. Si las dilaciones temporales en la toma de decisiones que afectan a los menores en cualquier procedimiento resultan negativas, la automaticidad de las medidas a adoptar sin fase de preparación, son igualmente desfavorables al interés del mismo. Siempre es necesario tener presente el sujeto que se pretende proteger y

62 Vid. también, STEDH (Sección 4ª), 23 julio 2019, caso Shvets contra Ucrania (JUR 2019, 224925). Sin embargo, la relación entre ascendientes y nietos no es equiparable a la de padres e hijos, Vid. al respecto, STEDH (Sección 4ª), 23 julio 2019, caso Shvets contra Ucrania (JUR 2019, 224925) y STEDH (Sección 1ª), 14 enero 2021, caso Terna contra Italia (JUR 2021, 16299).

en interés del cual se están adoptando medidas y tomando decisiones, pues de lo contrario, se estará poniendo en peligro el futuro del menor.

B) Ascendientes, nietos y procesos penales: STEDH (Sección 2ª), 20 enero 2015, caso Manuello y Nevi contra Italia.

La relación de los ascendientes con un proceso penal también es determinante a los efectos de establecer el régimen de relaciones personales que estos tengan derecho a mantener con sus nietos.

En el caso “Manuello y Nevi”⁶³ los abuelos alegan la violación del respeto a su “vida privada” (art. 8 CEDH), ante la duración excesiva del proceso relativo a la autorización de los encuentros con la menor y la falta de ejecución por parte de los servicios sociales de la decisión judicial que les permite mantener contacto con su nieta.

En principio, mientras duró el matrimonio de su hijo, los abuelos paternos de la menor acudían de forma regular a visitar a su nieta para verla e incluso durante los veranos pasaba tiempo con ellos en su casa, en la que tenía su propia habitación y juguetes. Producida la separación de los progenitores, debido a la denuncia de la directora del colegio de la menor, ante la sospecha de que la misma era objeto de abusos sexuales por parte de su progenitor, se inicia un proceso penal contra el padre, quien fue finalmente absuelto ante la ausencia de hechos probados. Entre tanto, la madre de la menor solicita al Tribunal de Menores de Turín, la privación de la patria potestad, así como que se le impidiera al padre ver a la misma. Desde esa fecha los abuelos no han mantenido contacto con su nieta.

Debido a los informes psicosociales fueron suspendidos todos los encuentros de la menor con los ascendientes, pues esta presentaba un sentimiento de miedo frente a su padre, al que asociaba con sus abuelos paternos, por lo que no estaba preparada para verlos. Ante esta situación los abuelos denuncian que las jurisdicciones han hecho pesar sobre ellos la supuesta responsabilidad penal de su hijo, no teniendo en cuenta el interés de la menor, atentando desproporcionadamente contra su derecho a la vida familiar. Hay que poner también de manifiesto que cuando empezó el proceso relativo al derecho de visita la nieta tenía 5 años y que ya tiene 17 años, sin haber visto durante todo este tiempo a sus abuelos.

El estudio del caso atendiendo al contenido del art. 8 CEDH conlleva a considerar que:

⁶³ STEDH (Sección 2ª), 20 enero 2015, caso Manuello y Nevi contra Italia (TEDH 2015, 16). Vid. también, sobre el particular STEDH (Sección 1ª), 7 diciembre 2017, caso Beccarini y Ridolfi contra Italia (JUR 2017, 311781).

1º. Se precisa la adopción de medidas dirigidas a garantizar el respeto de la “vida familiar” de forma que alcancen a todas las relaciones entre los individuos, en las que la puesta en marcha de un “arsenal jurídico” adecuado y suficiente pueda proteger los derechos legítimos de todos los interesados⁶⁴. Las medidas deben asegurar la reunión de padre e hijo, en caso de conflicto que enfrente a los dos padres, así como la relación entre el menor y sus abuelos.

2º. No solamente hay que velar porque el menor se relacione con sus progenitores y ascendientes, sino que es necesario adoptar “medidas preparatorias” que permitan llegar a un buen resultado⁶⁵. En todo caso, las medidas que persiguen el mantenimiento del vínculo familiar deben ser puestas en marcha rápidamente, puesto que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en las relaciones entre el menor y aquel de los padres que no vive con él, así como con sus ascendientes.

Nuevamente nos encontramos ante un caso en el que queda demostrada la ausencia de esfuerzo por parte de las autoridades a los efectos de la delimitación del “interés de la menor”. La ruptura entre los ascendientes y sus nietos solamente cabe cuando concurren circunstancias “excepcionales” y no se han producido, pues la inocencia del padre fue probada, lo que no ha debido obstaculizar la puesta en marcha del programa de encuentros entre los abuelos y la menor. La ausencia de diligencia debida ha puesto en peligro el interés del menor, al ser privado del contacto con sus abuelos sin justa causa que lo justifique.

C) Ascendientes y nietos declarados en desamparo: STEDH (sección 1ª), 7 diciembre 2017, caso Beccarini y Ridolfi contra Italia.

En el caso Beccarini y Ridolfi contra Italia⁶⁶, es analizada la custodia de los menores, atribuida inicialmente a los abuelos, ante la imposibilidad por parte de la progenitora de asumir su responsabilidad parental, la cual ha sido interrumpida tras la intervención de los servicios sociales por las disputas mantenidas entre ellos. Esta situación deriva en el desamparo de los nietos y la posibilidad de ser adoptados, lo que suspende las relaciones personales.

La relación entre los ascendientes y los nietos responde a la existencia de lazos familiares. No obstante, la situación de desamparo y posible adopción posterior no debe desembocar en una ruptura absoluta de las relaciones entre abuelos y nietos, siendo obligación de las autoridades nacionales el adoptar las medidas necesarias para garantizar el mantenimiento de los vínculos entre los mismos.

64 En este sentido, STEDH (Sección 1ª), 14 enero 2021, caso Terna contra Italia (JUR 2021, 16299).

65 A este respecto, STEDH (Sección 1ª), 14 enero 2021, caso Terna contra Italia (JUR 2021, 16299).

66 STEDH (Sección 1ª), 7 diciembre 2017, caso Beccarini y Ridolfi contra Italia (JUR 2017/311781).

La ausencia de contacto con los nietos deriva, por un lado, de la decisión de suspender los encuentros; y, por otro lado, de la falta de diligencia de las autoridades competentes. Por esto, se puede denunciar que las autoridades nacionales no han adoptado las medidas necesarias, adecuadas y suficientes para preservar el vínculo familiar entre los ascendientes y sus nietos, no actuando con la diligencia debida.

Adquieren siempre un papel fundamental, las “medidas preparatorias”, tanto para los menores, como para los adultos de una familia, las cuales deben tener como objetivo favorecer el restablecimiento de las relaciones que aún parecen potencialmente positivas. La ruptura de todo contacto entre los abuelos y nietos tiene unas consecuencias muy graves para la relación entre los mismos, pero a pesar de las decisiones favorables de la autoridad judicial, los servicios sociales no han tenido suficientemente en cuenta el mantenimiento de algún tipo de contacto entre los menores y sus abuelos.

La declaración de desamparo y posibilidad de adopción posterior, no tiene que implicar la ruptura radical de las relaciones entre ascendientes y nietos, cuestión que atendiendo a las circunstancias del caso habrá que valorar según el interés del menor, y que a todas luces no ha sido tenido inicialmente en cuenta en el presente caso. No se debe olvidar que, todas las medidas destinadas a provocar la ruptura de las “relaciones personales” y los vínculos entre el menor y su familia deben tener siempre carácter “excepcional”.

D) Ascendientes y nietos en adopción: STEDH (Sección 3ª), 5 marzo 2019, caso Bogonosovy contra Rusia.

En el asunto Bogonosovy contra Rusia⁶⁷ los ascendientes reclaman el mantenimiento de relaciones personales con su nieta, tras ser privados del contacto con la misma por ser adoptada por unos familiares, después del divorcio de sus progenitores y posterior fallecimiento de la madre. Caso menos frecuente es la adopción del menor lo que implica la ruptura de los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia biológica. Sin embargo, no puede negarse la existencia de “vida familiar” entre abuelos y nietos cuando hay vínculos suficientemente fuertes entre ellos. Por esta razón, el derecho al respeto de la vida familiar de los abuelos en relación con sus nietos, conlleva sobre todo el derecho a mantener una relación normal entre abuelo y nieto a través del contacto entre ellos, el cual se desarrolla habitualmente con el acuerdo de la persona que ejerce la patria potestad.

La cohabitación no se presenta como un requisito previo, en tanto en cuanto se puede considerar que las relaciones cercanas creadas por un contacto frecuente también son consideradas como suficientes. Así, las relaciones entre un niño y sus

67 STEDH (Sección 3ª), 5 marzo 2019, caso Bogonosovy contra Rusia (TEDH 2019, 27).

abuelos con quienes ha vivido durante un tiempo, normalmente son admitidas en esta categoría. Por lo que en el caso objeto de análisis y a la luz del art. 8 CEDH, cabe admitir que el abuelo se hizo cargo de su nieta durante cinco años, cuando se trasladó con su madre, a la edad de un año y ocho meses, dada la grave enfermedad de la misma que falleció, hasta que se mudó a vivir con sus futuros padres adoptivos.

En cualquier caso, hay que tener presente, como ya ha sido constatado que, la relación entre abuelos y nietos es de diferente naturaleza y grado a la relación entre padres e hijos y, por tanto, por su propia naturaleza exige por norma otro grado de protección⁶⁸. La adopción termina la relación jurídica entre el niño y sus padres naturales y familia de origen y, por tanto, la obligación del CEDH de permitir el mantenimiento de los vínculos familiares debe cambiar necesariamente. La ausencia de contacto entre abuelos y nietos a la luz del art. 8 CEDH, si la ley nacional regula de forma clara el mantenimiento de la relación entre los mismos una vez producida la adopción, supone una violación del derecho de visita y, por tanto, una vulneración de la vida familiar.

Teniendo en cuenta nuestra actual regulación en el derecho español conforme a la Ley 26/2015, la cual ha sustituido el acogimiento preadoptivo por la guarda preadoptiva o guarda con fines de adopción, si se estima que concurre una imposibilidad definitiva de retorno se permite a la entidad pública constituir una guarda preadoptiva que será notificada a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela.

Sentado lo cual, solamente en los casos de adopción abierta y salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la entidad pública procederá a la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva (art. 176 bis.2 CC). Al respecto cabe precisar que la referencia "salvo que convenga otra cosa al interés del menor", es habitualmente obviada tanto por parte de la Administración, como por la jurisprudencia menor. Ante estos casos, si la Administración acuerda la guarda preadoptiva determina de forma automática la suspensión del régimen de visitas, no atendiendo en la mayoría de las ocasiones al interés del menor.

En la adopción abierta queda en manos de la entidad pública y de la autoridad judicial determinar aquellos miembros de la familia de origen con los que el adoptado puede seguir manteniendo relaciones. Cabe apuntar que la reforma introducida en 2015 en sede de adopción abierta admite la guarda preadoptiva abierta lo que posibilita que adoptando y familia de origen mantengan relaciones,

68 STEDH 16 abril 2015, caso Mitovi contra República de Macedonia Antigua Yugoslavia (2015, 108224).

como expresamente lo admite el citado art. 176 bis.2 CC, cuando introduce la salvaguarda de lo establecido en el art. 178.4 CC⁶⁹.

3. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TJUE: STJUE (Sala 1ª), 31 mayo 2018, caso Neil Valcheva contra Georgios Babanarakis.

La petición de decisión prejudicial es presentada ante el TJUE en el contexto de un litigio entre Neil Valcheva, residente en Bulgaria y su ex yerno Georgios Babanarakis⁷⁰, residente en Grecia, en relación con el derecho de visita a su nieto, teniendo por objeto la interpretación del art. 1, apartado 2, letra a) y el art. 2, punto 10 del Reglamento (CE) n° 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento n° 2201/2003), pues no está claro si se aplica exclusivamente al derecho de visita de los progenitores al menor, o puede ser también aplicado a la visita de otros miembros de la familia y, en particular, de los abuelos.

Ante el caso se determina que el Reglamento cuestionado no precisa si el concepto de “derecho de visita” definido en el punto 10, del art. 2, comprende el derecho de visita de los abuelos. El Tribunal estima que este concepto debe ser interpretado de “forma autónoma”, atendiendo a su tenor, a la estructura y a los objetivos del citado texto. En concreto, el derecho de visita se define de manera amplia, incluyendo en particular el derecho a trasladar al menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado. Reconoce, asimismo, que esta definición no establece limitación con respecto a las personas que pueden disfrutar de ese derecho de visita.

Para precisar si los abuelos se encuentran incluidos entre las personas a las que se refiere el concepto de derecho de visita es necesario tener en cuenta el ámbito de aplicación del Reglamento en cuestión. Así, en virtud del art. 1, apartado 1, letra b), este texto se aplica a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

Analizado el concepto de derecho de visita del art. 1, apartado 2, letra a) y del art. 2, puntos 7 y 10 del Reglamento n° 2201/2003, cabe entender que incluye no solamente el derecho de visita de los progenitores a sus hijos, sino también el de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales, en particular sus abuelos, sean o no titulares de la patria potestad.

69 En este sentido, ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho*, cit., p. 452.

70 STJUE (Sala 1ª), 31 mayo 2018, caso Neil Valcheva contra Georgios Babanarakis (TJCE 2018, I12).

En consecuencia, una pretensión de los abuelos dirigida a que se les conceda un derecho de visita a sus nietos está comprendida en el art. 1, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 2201/2003. Asimismo, reconoce que la atribución de un derecho de visita a una persona distinta de los progenitores puede interferir en sus derechos y deberes, esto es, en el derecho de custodia del padre y el derecho de visita de la madre, como ocurre en el caso objeto de análisis⁷¹.

Interés del menor y proximidad familiar son las piezas claves que permiten el reconocimiento, en este caso, del derecho de visita a los abuelos, lo que supone, de igual forma, el reconocimiento del derecho que pueden tener otras personas a mantener relaciones personales con los menores, pues resultan importantes en la vida de los mismos con independencia de la existencia o no de los lazos de sangre que puedan mediar entre ellos⁷². Esta sentencia respalda y ratifica la línea seguida por parte de nuestro TS en materia de derecho de visitas de allegados o sujetos próximos.

IV. NUEVO ROL DE LOS ASCENDIENTES, NIETOS E INTERÉS DEL MENOR: A MODO DE CONCLUSIÓN.

El papel de los ascendientes en las relaciones familiares analizado a partir de la jurisprudencia emitida por parte del TS, AP, TEDH y TJUE permite vislumbrar su presencia en la vida de los nietos de hoy, a diferencia de lo que ocurría hace unos años. De igual forma, facilita una serie de principios y criterios que deben ser tenidos en cuenta por nuestros tribunales cuando se enfrentan a los conflictos en los que se cuestionan este tipo de relaciones personales.

El punto de partida a los efectos de reconocer la existencia, contenido y extensión de estas relaciones personales entre ascendientes y nietos es la determinación del interés concreto del menor cuya compañía se reclama. Esto requiere la realización de exámenes exhaustivos de las circunstancias que rodean el caso, llevando a cabo una valoración “equilibrada y razonada” de todos los intereses concurrentes en beneficio siempre del menor afectado por el conflicto. De la misma manera, la probada idoneidad de los ascendientes es primordial para permitirles el reconocimiento y mantenimiento de estas relaciones, en tanto en cuanto no es suficiente con demostrar que no existe una justa causa para otorgar el derecho de relación, sino que es necesario argumentar que la relación que se pretende establecer es beneficiosa para los nietos, atendiendo siempre al

71 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S./AMMERMAN YEBRA, J.: “El derecho del niño a ser visitado por sus abuelos y el Reglamento 2201/2003. Comentario breve a la STJ de 31 de mayo de 2018, C-335/17: Christos Babanarakis”, *La Ley Unión Europea*, julio 2018, núm. 61 <https://www.smarteca.es> (fecha de consulta, 18/05/2024); FERNLUND, C.G.: “El concepto de derecho de visita incluye el derecho de los abuelos de visitar a sus nietos”, *La Ley Unión Europea*, núm. 61, julio 2018, núm. 61 <https://www.smarteca.es> (fecha de consulta, 18/05/2024).

72 DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “El derecho de visita transfronterizo de los abuelos a sus nietos a la luz del TJUE”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 769, p. 2679.

interés del menor. Esto exige a los tribunales que motiven de “forma razonada” sus resoluciones, lo que conlleva la inclusión o exclusión de los ascendientes de la vida de los nietos.

La existencia de relaciones personales entre abuelos y nietos es esencial para el desarrollo del menor, por lo que es necesario partir de un concepto amplio de “derecho de visita”. Este concepto no aparece circunscrito a los progenitores en exclusividad, sino que incorpora a los ascendientes, siempre que estas relaciones personales sean establecidas en interés del menor.

La existencia de “vida familiar” entre abuelos y nietos procede cuando existen “vínculos suficientemente estrechos entre ellos”, y no de cualquier modo. En consecuencia, un presupuesto para que sea posible la aplicación del art. 8 CEDH es la existencia de “lazos familiares” entre ascendientes y nietos. Por ello, la cohabitación no se erige en requisito previo, siendo suficientes las relaciones cercanas derivadas de un “contacto frecuente”.

De cualquier modo, juega un papel primordial la adopción de “medidas preparatorias” para establecer o restablecer, en su caso, las relaciones personales entre abuelos y nietos, ya que las mismas no pueden operar de forma automática, sin una fase previa de adaptación que permita lograr un buen resultado. Igualmente, resultan de vital importancia en los supuestos de “reagrupación o reintegración familiar”, pues bien es sabido que la automaticidad y la dilación en el tiempo no son buenas aliadas de las decisiones que en interés de los menores sean acogidas.

En esta nueva visión del derecho de los ascendientes a mantener relaciones personales con sus nietos, basada en la búsqueda del interés del menor concreto, ante la conflictividad que siempre subyace en este tipo de casos, es fundamental recurrir a los mecanismos de gestión extrajudicial de conflictos, pues no se debe olvidar que se trata de “conflictos familiares”. La mediación, los Puntos de Encuentro Familiar y el Coordinador de Parentalidad, se erigen en herramientas fundamentales para lograr un establecimiento o restablecimiento más sólido de las relaciones entre abuelos y nietos e, incluso, entre abuelos y progenitores.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S./AMMERMAN YEBRA, J.: "El derecho del niño a ser visitado por sus abuelos y el Reglamento 2201/2003. Comentario breve a la STJ de 31 de mayo de 2018, c-335/17: Christos Babanarakis", *La Ley Unión Europea*, julio 2018, núm. 61 <https://www.smarteca.es> (fecha de consulta, 18/05/2024).

BARBA, V.: "Interés del menor vs derecho de los abuelos (Una sentencia de la Casación Italiana brinda la oportunidad de reflexionar sobre el contenido y la función del interés del menor)", *La Ley Derecho de Familia*, abril 2023, núm. 38, pp. 1-32 (Laleydigital, fecha de consulta 10/06/2024).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "¿Protección de menores "versus" protección de progenitores?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1999, Vol. III, p. 2 (BIB 2000/235).

BERROCAL LANZAROT, A. M.^a: "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, 2005, Vol. 6, p. 11-112.

- "El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, pp. 1763-1764.

BUENO BIOT, Á.: "La incidencia de la justa causa en el derecho de relación de los abuelos y los nietos", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2022, pp. 1-32 (Laleydigital, fecha de consulta 13/06/2024).

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2015, núm. 3, pp. 195-211.

COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a: "El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, Sala 2^a, núm. 138/2014, de 8 de septiembre)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 39, pp. 113-185.

- "Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales", *Revista Doctrinal-Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, núm. 6, p. 4 (BIB 2011/1118).

DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I.: “El derecho de visita transfronterizo de los abuelos a sus nietos a la luz del TJUE”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 769, p. 2679.

- “El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, pp. 1729-1744.
- “Menores: la importancia del tiempo y su incidencia en su desarrollo vital (desde la perspectiva de inexistencia de relaciones familiares básicas)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, pp. 3029-3044.

DE LA ROSA CORTINA, J. M.: “Las relaciones entre abuelos y nietos desde el Derecho de familia”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2020, núm. 90, p. 3, <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-90/10003-las-relaciones-entre-abuelos-y-nietos-desde-el-derecho-de-familia> (consulta realizada, 09/06/2024).

DE LA TORRE LASO, J.: “¿Es suficiente con ser abuelo para tener derecho a un régimen de visitas? Comentarios al Auto del Tribunal Supremo 6029/2020 de fecha 29/07/2020”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021, p. 2.

DE TORRES PEREA, J.M.: “El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores”, *Diario la Ley*, 2019, núm. 9538, pp. 1-6.

DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: “Relaciones personales entre abuelos y nietos: sobre la justa causa del art. 160.2 CC. Comentario a las SSTs núm. 581/2019, de 5 de noviembre y núm. 638/2019, de 25 de noviembre”, *Revista Boliviana de Derecho*, julio 2020, núm. 30, PP. 692-801.

DÍAZ ALABART, S.: “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 C.c.)”, *Revista de Derecho Privado*, 2003, núm. 87, pp. 345-371.

DÍEZ-PICAZO y PONCE de LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 2008, p. 43.

FERNLUND, C.G.: “El concepto de derecho de visita incluye el derecho de los abuelos de visitar a sus nietos”, *La Ley Unión Europea*, núm. 61, julio 2018, núm. 61 <https://www.smarteca.es> (fecha de consulta, 18/05/2024).

GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 132-134.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2020, núm. 13, pp. 14-49.

GRACIA IBÁÑEZ, J.: “El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica”, *REDUR*, diciembre 2012, núm. 10, 105-122.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “El derecho de los nietos a mantener relaciones con sus abuelos (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011”, *Revista de Derecho de Familia*, 2012, núm. 56, pp. 47 y 48.

- “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, en AA.VV.: *Comentarios sobre las Leyes de Reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (coord. V. CABEDO MALLOL, I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 120.

HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario artículo 161 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1305-1309.

MÉNDEZ LÓPEZ, T.: Las relaciones personales nietos y abuelos. Tesis doctoral, Universidad de las Islas Baleares, 2014, 320 pp., <https://dialnet.unirioja.es/> (fecha de consulta, 05/05/2024).

MONTES RODRÍGUEZ, M.^a P.: “El Derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003”, *Revista Boliviana de Derecho*, julio 2024, núm. 18, 578-589.

ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 313.

PÉREZ CABALLERO, M.^a L./ACEVEDO BERMEJO, A./MUÑOZ VICENTE, J. M.: “Los conflictos parentales como origen de las dificultades en las relaciones abuelos-nietos: abordaje mediacional y jurídico forense”, *Revista de Mediación*, año 5, 2012, núm. 9, p. 16.

PÉREZ CONESA, M.^a C.: “Derecho de los menores a ser oídos. Régimen de visitas entre abuelos y nietos (STS de 15 de enero de 2018)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 4, pp. 1-5 (BIB 2018/7483).

RIBOT IGUALADA, J.: “El derecho de relación de los abuelos: una relectura”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, 2021, pp. 1744-1764.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas”, en AA.VV.: Nuevos retos del derecho de familia: materiales de las decimoterceras jornadas de Derecho catalán en Tosa, Universidad de Gerona, 2005, pp. 275-332.

- “La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2006, núm. 2, p. 346.

- *El interés del menor*, Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2007, pp. 75 y 107.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección de la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 101.

SANTAMARÍA LAMBÁS, F.: “El derecho a las relaciones personales abuelos-nietos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre los años 2016-2020”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2022, núm. 39, p. 2, <https://doi.org/10.6018/analesderecho.474971> (fecha de consulta, 19/05/2024).

SEISDEDOS MUIÑO, A.: “Comentario artículo 163 CC”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol. I, Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 806-810.

TUR FAÚNDEZ, M. N.: “El actual papel de los abuelos en las familias, en especial, las relaciones de los abuelos con los nietos a la luz del Derecho civil”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* (coord. M. CUENA CASAS, L. A. ANGUIA VILLANUEVA, J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1601-1617.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario artículo 160 CC”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol. I, Thomson Reuters, Madrid, 2016, p.795.

