

EDB 2014/7149

El interés del menor: relaciones con abuelos, parientes y allegados

Autor

Santana Páez, Emelina, Magistrada Juzgado Primera Instancia núm. 79, de Familia, de Madrid

Editorial

El Derecho Editores / Revista de Derecho de Familia El Derecho, nº 16

Jurisdicción

Civil

F. de publicación

1 de febrero de 2014

Área

Menor

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 3/2007 de 15 marzo 2007. Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas
art.7.3

Ley 42/2003 de 21 noviembre 2003. Modificación del C.C. y de LEC en materia de relaciones familiares de nietos con abuelos
art.1.3

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.769.3

LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.
art.11.2

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.90 , art.160

ÍNDICE

I. Introducción

II. Relaciones con los abuelos

A) Casos más frecuentes

B) Contenido del derecho

C) Cuestiones procedimentales

III. Relaciones con parientes y allegados

A) Tíos/as, o parejas de los tíos

B) Exparejas de los progenitores

C) Un caso particular: el del padre o paternidad psicológica

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CAPACIDAD E INCAPACIDAD

MENORES

COMPETENCIA JUDICIAL

COMPETENCIA TERRITORIAL

FAMILIA

PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

MEDIACIÓN FAMILIAR

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

MENORES

ACOGIMIENTO

DERECHO A RELACIONARSE CON LOS FAMILIARES

MEDIDAS DE PROTECCIÓN

PATRIA POTESTAD

TITULARES

CONTENIDO

RÉGIMEN DE VISITAS

VISITAS CONCEDIDAS A LOS ABUELOS

FICHA TÉCNICA

Legislación

Comenta art.7.3 de Ley 3/2007 de 15 marzo 2007. Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas

Comenta art.1.3 de Ley 42/2003 de 21 noviembre 2003. Modificación del C.C. y de LEC en materia de relaciones familiares

de nietos con abuelos

Comenta art.769.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Comenta art.11.2 de LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Comenta art.90, art.160 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 14/2006 de 26 mayo 2006. Técnicas de reproducción humana asistida

Cita Ley 13/2005 de 1 julio 2005. Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Cita Ley 42/2003 de 21 noviembre 2003. Modificación del C.C. y de LEC en materia de relaciones familiares de nietos con abuelos

Cita art.50, art.53, art.250.13 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Cita Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU de 1989, sobre los Derechos del Niño.

Cita art.14, art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.81, art.86, art.103.1, art.158 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Comenta STS Sala 1ª de 20 noviembre 2013 (J2013/239139)

Comenta STS Sala 1ª de 14 noviembre 2013 (J2013/225905)

Comenta SAP Madrid de 19 julio 2013 (J2013/179637)

Comenta SAP Valladolid de 12 julio 2013 (J2013/150443)

Comenta SAP Murcia de 7 febrero 2013 (J2013/26418)

Comenta SAP Barcelona de 20 diciembre 2012 (J2012/313249)

Comenta SAP Málaga de 16 febrero 2012 (J2012/219608)

Comenta SAP Málaga de 10 mayo 2012 (J2012/218358)

Comenta SAP Valencia de 9 marzo 2012 (J2012/130481)

Comenta SAP Pontevedra de 14 noviembre 2011 (J2011/286301)

Comenta STS Sala 1ª de 20 octubre 2011 (J2011/236329)

Comenta SAP Baleares de 17 mayo 2011 (J2011/96812)

Comenta STS Sala 1ª de 12 mayo 2011 (J2011/78873)

Comenta SAP Sevilla de 18 junio 2010 (J2010/332418)

Comenta SAP Madrid de 5 julio 2010 (J2010/174053)

Comenta SAP Baleares de 10 julio 2009 (J2009/211206)

Comenta STS Sala 1ª de 27 julio 2009 (J2009/205329)

Comenta SAP Santa Cruz de Tenerife de 21 julio 2008 (J2008/320433)

Comenta SAP Alicante de 9 abril 2008 (J2008/137654)

Comenta SAP A Coruña de 12 febrero 2008 (J2008/32913)

Comenta SAP Barcelona de 4 septiembre 2007 (J2007/190418)

Comenta STS Sala 1ª de 28 junio 2004 (J2004/82453)

Cita STS Sala 1ª de 24 mayo 2013 (J2013/67724)

Cita STS Sala 1ª de 18 junio 2012 (J2012/119454)

Cita SAP Pontevedra de 16 noviembre 2011 (J2011/282523)

Cita STS Sala 1ª de 13 junio 2011 (J2011/146935)

Cita SAP Asturias de 15 octubre 2009 (J2009/269514)

Cita SAP Pontevedra de 23 julio 2009 (J2009/176951)

Cita SAP A Coruña de 18 mayo 2006 (J2006/72395)

Cita STS Sala 1ª de 11 noviembre 2005 (J2005/197587)

Cita SAP Valencia de 2 noviembre 2004 (J2004/224064)

Cita STS Sala 1ª de 20 septiembre 2002 (J2002/37177)

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

I. Introducción

Una vez que se produce la ruptura, el niño tiene derecho principalmente a seguir disfrutando de cada uno de sus progenitores. El divorcio o la ruptura de pareja conllevan en muchos casos, fuertes sentimientos de pérdida y lleva aparejados cambios profundos en las relaciones interpersonales. Si a ello, le añadimos que en ocasiones, a ese dolor por la ruptura de sus padres, se les añaden problemas a los niños para relacionarse con otros familiares o allegados, el panorama es poco alentador. En otras ocasiones, no existe tal ruptura matrimonial, sino malas relaciones entre alguno o ambos progenitores con los familiares o allegados que desean mantener viva esa relación. Son muchos casos diferentes que merecen un tratamiento diferenciado, no pudiéndose obtener de la jurisprudencia grandes conclusiones generales.

Desde un punto de vista jurídico y también fáctico, el interés del menor debe prevalecer frente a cualquier derecho, interés o expectativa de otras personas. Así nos lo impone la legislación nacional e internacional. La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989 EDL 1990/15270 y la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor EDL 1996/13744 lo establecen así.

Por su parte, el TS nos lo recuerda al establecer los siguientes principios que lo desarrollan:

1º. La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores.

2º. Los jueces adoptaran de oficio todas las medidas necesarias para la protección de dicho interés, considerando siempre las circunstancias personales del menor en cada caso, pudiendo incluso sustituir la voluntad de las partes.

3º. El interés del menor permite acceder en casación al TS, si no se ha observado correctamente dicho interés.

4º. En materia de relaciones personales, es el beneficio de los menores el que debe valorarse en cada caso, no un beneficio genérico y difuso, sino que debe materializarse y determinarse a través de una valoración judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor.

El interés del menor exige haber oído al niño y conocer su estado, sus inquietudes y sus anhelos. Para ello es importante la exploración del menor, el respeto a su derecho a ser informado y escuchado, y a mi juicio, a hacerle participe en esa exploración que en ningún caso, debe considerarse responsable de las decisiones que se vayan a tomar respecto a él, que es importante conocer su opinión, sin que en ningún caso, esa decisión sea suya, se atiendan o no sus deseos.

Es importante en la medida en que en muchas ocasiones, en un inicio, los menores sienten temor de expresarse libremente en las exploraciones, bien porque se les ha indicado lo que deben decir, o se les ha advertido de las consecuencias según lo que digan.

II. Relaciones con los abuelos

La preocupación por la situación de los abuelos que no pueden ver a sus nietos, si bien no es actual, no ha tenido reflejo legislativo hasta fechas recientes y sin duda, son los problemas de relación con los abuelos los que se han ido abriendo paso en primer lugar ante los Tribunales, con la pretensión de que se fije judicialmente un régimen de visitas ante los inconvenientes para que se cumpla el derecho del menor a relacionarse con sus parientes y allegados de conformidad con el art. 160.2 CC EDL 1889/1 .

El régimen de visitas de los nietos con los abuelos, venía siendo reconocido por la jurisprudencia, pero fue expresamente introducido en el CC EDL 1889/1 por la Ley 42/2003, de 21 noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos EDL 2003/127261 .

Su Exposición de Motivos EDL 2003/127261 señala que los abuelos, "pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor", pues "disponen de una autoridad moral" que les "permitirá contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de los referentes necesarios y seguros en su entorno, neutralizando así los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis familiar." Sigue añadiendo que "Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. (...) En este ámbito, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el art. 39 CE EDL 1978/3879 , que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia.

La redacción del art. 160 CC, en sus párrafos 2º y 3º EDL 1889/1 , es clara:

"No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores".

El propio TS ha reconocido los siguientes principios:

1º. Que abuelos y nietos tienen derecho a relacionarse.

2º. Que se trata de un derecho-deber, beneficioso para ambos.

3º. Que sólo podrá denegarse cuando concurra justa causa, es decir, cuando afecte al interés de los menores, considerando que la relación con los abuelos es siempre enriquecedora, por lo que no cabe negarles el derecho legítimo a relacionarse con sus nietos, sin perjuicio de tener en cuenta la voluntad del menor y, por tanto, de que estos sean oídos.

4º. Que sin duda, la trascendencia personal y familiar que tiene para el menor conservar la relación afectiva y material con los abuelos hace que el papel de éstos sea relevante y preferente frente a otros familiares, parientes o allegados que pudieran reclamar judicialmente la fijación de relaciones con el menor.

5º. Que la justa causa para denegarles ha de ser probada por quien la alega.

Para su concesión y delimitación se tendrán en cuenta los distintos supuestos en los que podemos encontrarnos, siendo relevante la colaboración de los abuelos en el cuidado de los nietos, tan necesaria en el sistema social actual y que supone en muchos casos de apoyo en las relaciones de los menores con el progenitor no custodio.

Este régimen será, en algunos casos, compatible con el del progenitor, para no dejar sin contenido su derecho a relacionarse con su hijo, puesto que no debe equipararse ni solaparse. Y, en otros casos, será compartido, fijándose en los mismos días y tiempos en los que tengan lugar las visitas con el progenitor, de forma que no sea necesario fijar un régimen autónomo.

Los casos más frecuentes en la práctica son los siguientes:

1º. Por ruptura del matrimonio o pareja de los padres.

2º. Por fallecimiento de uno de los progenitores.

3º. Por diferencias personales entre los abuelos y los progenitores de los menores.

4º. Abuelos que han tenido a los menores en acogimiento, y no quieren o no son capaces de resolver el conflicto cuando el hijo reaparece y reclama al menor.

El TS ha dictado varias sentencias de las que podemos extraer los siguientes criterios jurisprudenciales:

- La complejidad de las relaciones entre familiares, como dice la STS de 20 octubre 2011 EDJ 2011/236329 , se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejados que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes. Debe partirse de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, cuando no afectan al interés de los menores. Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor. El distanciamiento y las malas relaciones de la abuela con la hija no son "justa causa" para impedir las visitas y comunicaciones entre nietos y abuelos que reconoce el art. 160 CC EDL 1889/1 .

- El art. 160.2 CC EDL 1889/1 , sensu contrario, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar. Esta es la línea que preside la resolución de los casos planteados en las STS nº 576/2009, de 27 julio EDJ 2009/205329 ; nº 632/2004, de 28 junio EDJ 2004/82453 ; nº 904/2005, de 11 noviembre EDJ 2005/197587 , y nº 858/2002 de 20 septiembre EDJ 2002/37177 .

- La justa causa para negar esta relación no puede alegarse de una forma simplemente especulativa, sino concreta para ver si responde a una realidad que pueda servir de argumento para eliminar este derecho que no tiene más restricción que el que resulta del interés del menor (STS nº 359/2013, de 24 mayo EDJ 2013/67724). No puede entenderse por justa causa el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud. En el caso, se alega que la relación de la abuela y la madre podría "repercutir en la integridad psicológica del menor"; es decir, que la hostilidad entre los litigantes es tal que el contacto entre el nieto y la abuela recurrente podría hipotéticamente, ser contraria al interés del menor debido al alto grado de enfrentamiento entre los ascendientes y el posible perjuicio que podría producir. Considera que no se ha tenido en cuenta lo que constituye el verdadero núcleo de la cuestión, es decir, el interés del menor, porque la causa alegada solo de manera indirecta e hipotética puede afectar a los menores. "Procede, en consecuencia, reconocer el derecho del nieto a relacionarse con su abuela..." (STS nº 689/2011, de 20 octubre EDJ 2011/236329).

- El régimen de visitas con pernocta en el caso de los abuelos no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede

impedirse indiscriminadamente. Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular, sin que nada obste a la pernocta una vez atendidas las circunstancias de cada caso (STS de 27 julio 2009 EDJ 2009/205329). Su experiencia les distingue de otros parientes y allegados que también pueden coadyuvar al mismo fin. Nada impide la pernocta de los menores con los abuelos, en periodos convenientemente ponderados, sin que proceda tampoco generalizarla, pues habrá que estar a las circunstancias del caso (STS nº 723/2013, de 14 noviembre EDJ 2013/225905).

- Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de cada caso, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo, y nada impide que pueda comprender "pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos", sin que en absoluto se perturbe el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves periodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos (STS nº 632/2004, de 28 junio EDJ 2004/82453).

- Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor (STS de 28 junio 2004 EDJ 2004/82453). Además, si la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora (STS de 20 septiembre 2002 EDJ 2002/37177), por otro lado no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto. Y todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto, y que habrán de hacerse en su caso los apercibimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la STS de 20 septiembre 2002, cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre (STS nº 576/2009, de 27 julio EDJ 2009/205329).

En la mayoría de los casos, podría concluirse que la justa causa que ha conllevado a la no fijación de visitas con los abuelos son:

1º. La falta de vínculo afectivo.

2º. La falta de relación del abuelo/a o ausencia de contacto durante años con esa rama familiar.

3º. La existencia de problemas serios entre los padres y los abuelos (por ejemplo, malos tratos, sospechas de abusos, condenas penales, etc.).

4º. La intención por parte de los abuelos de asumir un rol parental.

5º. La inapropiada conducta de los abuelos y/o las manifestaciones en contra de los progenitores.

6º. La posibilidad real de estar con el nieto cuando éste está con el padre o la madre.

7º. La existencia de informes psicológicos que evidencien un riesgo razonable para el menor de que esa relación le desestabilice.

A) Casos más frecuentes

De los criterios sentados por el TS y de la dicción literal de la Ley es evidente que ésta puede cubrir hipotéticamente todos los casos, pero en la realidad, cada caso es diferente, y esa diferencia viene dada fundamentalmente por las relaciones preexistentes y si ha habido una convivencia o una relación importante para el menor. Es por ello que el Tribunal Supremo recurre con frecuencia a la invocación de la flexibilidad. Teniendo esto en cuenta, pasamos a analizar los casos más frecuentes:

1º. Por ruptura del matrimonio o pareja de los padres.

Cuando se produce la ruptura, cada uno de los progenitores debería en su tiempo de estancia con los niños, procurar que éstos se relacionen con su familia extensa. Esto es lo normal. De hecho, cuando no existe problema alguno, y lo único que se pretende es ampliar por una vía indirecta las visitas con el hijo propio, la jurisprudencia mantiene la improcedencia de esa ampliación.

Cabe citar como ejemplo la SAP Málaga, Sec. 6ª, de 10 mayo 2012 EDJ 2012/218358 que mantiene que no procede fijar un régimen autónomo de visitas o comunicaciones de los abuelos paternos con sus nietos, cuando el padre no impide estas relaciones, absolutamente normalizadas durante el tiempo que los menores están con aquel. En este tipo de casos, fijar un régimen de visitas para los abuelos que ya se relacionan con normalidad y amplitud a través de las visitas de su propio hijo/a, supondría reducir el tiempo de estancia de los menores con el otro progenitor.

En ocasiones, lo que se pretende es conseguir un régimen de visitas del que indirectamente se beneficiaría el hijo, que no puede ver al menor, por diversas circunstancias: estar en prisión, tener una orden de alejamiento, condenas por maltrato, etc. En estos casos, es preciso valorar que si bien, los abuelos no pueden ser sancionados por la conducta del progenitor, no se puede utilizar esta vía para burlar la imposibilidad legal del progenitor de estar con el/los menores. En estos supuestos, será importante la realización de un informe pericial y la audiencia del menor, que nos ofrecerá datos significativos sobre si ha existido o no, desde un punto de vista afectivo, incluso relacional, un vínculo con los abuelos, o si la nula relación personal existente desaconseja el inicio de una relación que no existía antes.

En algunos casos, se ha establecido que la prisión del padre no es óbice para que la abuela pueda relacionarse con sus nietos pues supondría sancionarla por tal conducta y se privaría a los menores de conocerla, por lo que les visitará dos días al mes durante dos horas (AP Pontevedra, Sec. 6ª, nº 401/2009, de 23 julio EDJ 2009/176951) y en otros, se ha denegado fundamentalmente para evitar que la abuela paterna lleve al menor a ver al padre/madre o le manipule contra el otro progenitor. De nuevo, puede apreciarse cómo la respuesta judicial varía en función de las circunstancias de cada caso.

Sin embargo, hay casos en los que surgen problemas no en un proceso de fijación de visitas a favor de los abuelos, sino en el de divorcio o ruptura de los padres del menor, fundamentalmente porque el otro progenitor no quiere que los niños estén al cuidado de los abuelos del contrario o que éstos se ocupen de tareas auxiliares como recogerles del colegio. En este último caso, a mi juicio, debe ser el progenitor a cuyo cuidado estén los menores en cada momento, quien decida con quien y como se relacionan los menores, sin que quepa que el excónyuge o expareja disponga de una especie de derecho de veto, salvo escasas excepciones derivadas de la incidencia de problemas de violencia. Y en este sentido, son muchas las resoluciones que así lo reconocen. Esas funciones "auxiliares", a veces incluso "sustitutivas" de muchos abuelos, son las que permiten trabajar a sus respectivos hijos, y si se ha dado constante la convivencia o resultan necesarias para el hijo con el que están los niños, si no existe justa causa no deben impedirse. En estos casos, suele tratarse bien de pedimentos de los propios progenitores en el procedimiento de divorcio o suscitarse la respuesta judicial en ejecución de sentencia.

Baste citar algunos ejemplos:

- SAP A Coruña, Sec. 6ª, de 12 febrero 2008 EDJ 2008/32913 que señala que "la abuela recoja al nieto por impedirselo al padre su trabajo, no alterará el horario de visitas ya que ni perjudica al menor ni se sustituye la relación paterno-filial".

- SAP Madrid, Sec. 22ª, nº 616/2013, de 19 julio EDJ 2013/179637 , que establece que "no hay perjuicio para la niña en que las entregas y recogidas las hagan personas del entorno paterno, que la niña manifieste que no quiere estar con su abuela porque le pone la ropa que ella quiere no tiene entidad suficiente para excluirla".

- SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 863/2012, de 20 diciembre EDJ 2012/313249 , que acuerda que "la previsión en la sentencia de la facultad de los abuelos para recoger a la menor es innecesaria y más cuando por la profesión del padre es razonable que precise la colaboración de su familia para garantizar los cuidados de la hija".

- SAP Baleares, Sec. 4ª, nº 172/2011, de 17 mayo EDJ 2011/96812 , que señala que "especialmente los abuelos, constituyen dentro del marco familiar un soporte de primer grado como complemento de la responsabilidad parental, no siendo inconveniente sino conveniente en circunstancias normales, que el nieto se relacione con normalidad con los abuelos correspondientes a ambas ramas familiares, y sin que para ello tenga que ser obstáculo insalvable en nuestros días el hecho de vivir los abuelos en la Península; la petición paterna, no fundada tampoco en el capricho sino en una situación laboral especialmente comprometida en verano, deberá merecer un cierto respaldo judicial, el cual, si bien no ha de concederse en el excesivo marco solicitado, en el que no se ponen límites (...) sí habrá de concederse con un límite razonable en la permanencia de la menor en Zaragoza con los abuelos, límite que la Sala considera prudente establecer en quince días seguidos, durante los cuales la menor podrá residir en Zaragoza con los abuelos pese a que durante la totalidad de dicho periodo no se halle el padre con ellos...".

- SAP Sevilla, Sec. 2ª, 251/2010, de 18 junio EDJ 2010/332418 , que determina que "será la abuela paterna quien entregue y recoja al menor en el domicilio del cónyuge custodio, por ser la familiar de ayuda en el fomento de las relaciones entre el hijo y su padre".

Evidentemente, en estos casos, en los que no se fija un régimen de relaciones con los abuelos formalmente, sino que se cuenta con ellos en tareas de auxilio, normalmente a su propio hijo, conviene señalar que no se trata de una imposición para los abuelos, que no les puede ser impuesta legalmente, sino que se trata de dejar clara la facultad de uno de los progenitores, frente a la oposición del otro progenitor, que suele rechazar tal posibilidad de ayuda, alegando que las visitas son para el padre y no para los abuelos.

Si lo que se fija es algún tipo de supervisión o control de la visita por parte de alguno de los abuelos, (lo que no es infrecuente cuando el progenitor carece de vivienda o existe algún temor de drogodependencia, alcoholismo, etc.) entiendo que debe citarse al

abuelo/a u otro familiar si se da el caso, para que consientan en esa labor, ya que aunque el derecho es del progenitor se ve condicionado por una limitación que de no cumplirse, daría lugar a la modificación o suspensión de las visitas.

2º. Por fallecimiento de uno de los progenitores.

En el caso de que fallezca uno de los progenitores del menor, en ocasiones ocurre que el superviviente desea apartar al menor de la familia del fallecido, porque no existiese una buena relación bien con el cónyuge bien con la familia extensa, y lo único que quiere es empezar de nuevo. El alejamiento del menor de la familia del progenitor fallecido motivará la necesidad de que los abuelos soliciten que se fije judicialmente un régimen de visitas y relaciones con sus nietos. No se trata de sustituir la figura del fallecido, sino de que los menores puedan continuar relacionándose con su otra familia.

Si existe una oposición frontal del progenitor y las familias paterna y materna están alejadas y posicionadas cada una en apoyo de la opción que le corresponde, el conflicto de los adultos puede desestabilizar al menor. En estos casos, es preciso valorar si ha existido una convivencia o relación positiva entre los abuelos y los nietos y que esas visitas sigan siendo positivas para el menor, sin que sirva como justa causa para denegarlas la existencia de una relación negativa entre los adultos.

Existe algún caso, en el que el enfrentamiento entre el progenitor superviviente y los abuelos de la otra rama, está especialmente enconado por tener estos últimos sospechas de que la relación de su hijo/a con su cónyuge era mala por existir malos tratos, o incluso sospechas de haber tenido alguna relación en la muerte de su hijo/a.

Estos casos tan conflictivos, evidencian siempre que el menor está completamente inmerso en el conflicto existente, siendo el/la progenitor/a la figura relevante, a cuyos deseos se adhiere el menor e intenta agradar al máximo. Junto a ello, una oposición frontal del progenitor a que el niño se relacione con los abuelos. Normalmente, el menor se encuentra bien en su desarrollo evolutivo y personal, siendo el conflicto de los adultos el que puede desestabilizarlo. Si los abuelos tienen dificultades en controlar sus sentimientos y van a transmitir esa idea al menor, la única opción es que las visitas se desarrollen en un sitio neutral, supervisadas por un profesional, para que la situación del menor se normalice y de esta forma, evitar presiones, tanto directas como indirectas, y tanto de los abuelos como del padre, que de esta manera, sabe que la visita está tutelada y el niño fuera de todo riesgo. La segunda opción es la supresión de las visitas. Cualquier decisión es difícil, pues los abuelos mantienen el lógico y humano deseo de relacionarse con sus nietos, pero el dolor en las dos familias hace extremadamente difícil y poco exitosa cualquier intervención.

3º. Por diferencias personales entre los abuelos y sus propios hijos, los progenitores de los menores.

Suele existir una división familiar con posturas fuertemente contrarias, que genera en unas relaciones familiares con desconfianza, enfrentamientos y ruptura de la comunicación. El riesgo a evitar es incluir a las menores como una herramienta de castigo más, ya que en ocasiones, presencian actitudes beligerantes, enfrentamientos explícitos, nula comunicación e incluso comentarios despectivos. Suele ser un conflicto entre adultos, y no de las menores con los abuelos. La mera constatación de una situación de enfrentamiento entre los miembros del grupo familiar no es causa suficiente para impedir el contacto de los menores con sus abuelos, pero también es necesario valorar que eso no incida en un sufrimiento para el niño. Si el enfrentamiento es demasiado duro, la relación de los menores con los abuelos está condenada al fracaso, ya que los progenitores harán lo posible a tal fin.

En tales casos, a mi juicio, la única salida razonable es que los adultos se sometan a un proceso de mediación o terapia para rebajar el nivel de conflicto y no inmiscuir en él a los niños. En la mayoría de estos casos, los menores, sobre todo, si son muy pequeños, manifiestan una buena y normal relación con el/la abuelo/a, pero a medida que pasa el tiempo, se evidencia que presencian y son cada vez más conscientes de la mala relación existente entre los adultos, surgiendo conflictos de lealtades que se inclinarán a favor de los progenitores.

Es siempre importante en estos casos que los adultos "consientan" y "autoricen" al menor a expresarse libremente y mantener esa relación, para que no se vea perturbada por un conflicto de lealtades del niño.

Si la relación ha sido negativa o casi inexistente con carácter previo, es difícil reanudar algo que apenas existía y está abocado al fracaso.

Si la mediación o cualquier otro tipo de intervención no evolucionan favorablemente, en ese marco de conflictividad establecido, resulta difícil apartar a los menores del enfrentamiento de tal manera que se plantean varias opciones:

a) O se mantienen las visitas establecidas y siguen los menores inmersos en el conflicto

b) O se suprimen, de manera que los menores crecerían con una imagen falsa y peyorativa del/la abuelo/a, siendo sustituida su

figura por otra ajena

c) O se articula un nuevo sistema de comunicaciones entre el/la abuelo/a y los menores en el que se procurará alejar a las partes en conflicto para reducir en lo posible la tensión durante las visitas.

En estos casos, un Punto de Encuentro Familiar puede ayudar, pero la experiencia demuestra que al final, prevalece la postura del/la progenitor/a, en la medida en que ostenta la patria potestad. Posiblemente, sea uno de los casos donde mayor sufrimiento existe y en los que más se desiste por parte de los abuelos de seguir adelante por no causar más sufrimiento al menor.

4°. Abuelos que han tenido a los menores en acogimiento, y no quieren o no son capaces de resolver el conflicto cuando el hijo reaparece y reclama al menor.

Suele tratarse de menores declarados en desamparo y en situación de acogimiento permanente con alguno de los abuelos, con quien convive hasta que el padre o la madre, recuperado ya del problema que le aquejaba, o que aparece tras un tiempo, desea retomar la relación con el menor o incluso que se le atribuya su custodia.

Es frecuente que cuando el/la abuelo/a asume el acogimiento del menor, el niño presentara serios problemas, de respeto de límites y acatamiento de normas, de retrasos a nivel escolar por haber carecido de hábitos o cualquier otra carencia, que hubiese motivado la declaración de desamparo y posterior acogimiento familiar. De manera, que cuando aparece/reaparece uno de los progenitores, en ocasiones los abuelos se sienten cuestionados, lo que provoca un mayor conflicto. Suele dar lugar a reclamaciones de custodia, procesos de impugnación de resoluciones administrativas o procesos para la fijación de un régimen de visitas o relaciones con alguno de los progenitores o los abuelos, en función de quien ostente la guarda del menor.

B) Contenido del derecho

En cuanto al contenido del derecho, es de recordar, que los abuelos adquieren especial relevancia frente a otros familiares o allegados. Pese a ello, la jurisprudencia mayoritariamente ha venido señalando que se considera desproporcionado un régimen de visitas de fines de semana alternos para los abuelos del menor al asemejarse más a un régimen propio de los progenitores. Los criterios a tener en cuenta para la fijación de ese derecho y su extensión suelen ser los siguientes, entre otros: la edad del niño, las actividades de los mismos, las cercanía de los domicilios, las anteriores relaciones con los abuelos y su grado de vinculación afectiva, la existencia o no de conflictos entre los adultos.

La STS nº 723/2013, de 14 noviembre EDJ 2013/225905 , recuerda algunos de sus pronunciamientos en los que ha señalado que: "...nada obsta a la pernocta de un menor de siete años", o que "nada obste a la pernocta una vez atendidas las circunstancias de cada caso (STS de 27 julio 2009 EDJ 2009/205329). Sin embargo, en otras resoluciones se ha impedido la de un menor de 14 meses (STS de 28 junio 2004 EDJ 2004/82453). La sentencia de 14 noviembre 2013 recuerda que no es el primer caso en que se autoriza la pernocta de los menores con los abuelos, en periodos convenientemente ponderados, siendo criterio del Alto Tribunal que "no debe impedirse la pernocta, pero tampoco generalizarla", pues habrá que estar a las circunstancias del caso. Señala el TS que "la pernocta no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente". En este caso, confirma la sentencia de la Audiencia que fijó un fin de semana al mes y a una semana de vacaciones al año.

En cualquier caso, el contenido y extensión de las visitas va a depender de múltiples factores existiendo sentencias que fijan muy diversas formas de relación: con o sin pernocta, visitas intersemanales, visitas de fin de semana, visitas progresivas, en función de la evolución de las inicialmente pautadas, visitas en un Punto de Encuentro Familiar... En cuanto a los periodos vacacionales muy diversos en función de las circunstancias familiares. El plazo más frecuentemente observado es de 1 a 2 semanas.

C) Cuestiones procedimentales

1°. En convenio regulador

El art. 90 CC EDL 1889/1 establece como contenido posible del convenio regulador suscrito por los cónyuges para regular las medidas definitivas de su separación o divorcio, la fijación de un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, si se considera necesario y teniendo en cuenta el interés de aquellos.

El precepto EDL 1889/1 establece expresamente lo siguiente:

"El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 de este Código EDL 1889/1 deberá contener, al menos, a los siguientes extremos: (...) B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta,

siempre, el interés de aquéllos. (...) Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio."

De dicho precepto EDL 1889/1 y a la luz de su aplicación por los Juzgados y Tribunales, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. La fijación de visitas con los abuelos es un posible, que no preceptivo contenido del convenio regulador, siendo facultativo para los progenitores.

2ª. Pese a que se ha cuestionado la posibilidad de que las parejas de hecho, al regular las relaciones paterno-filiales, incluyan las relaciones personales con los abuelos, entiendo que de la aplicación de los arts. 14 y 39 CE EDL 1978/3879, no debe denegarse la inclusión en tales supuestos.

3ª. Los abuelos deben consentir lo pactado en el convenio en lo que afecte a su relación personal con el/los nietos. Entiendo que no deben firmar el convenio regulador, pero sí ratificar las cláusulas donde se recoja tal medida, debiendo ser citados a ese fin el mismo día que los progenitores.

4ª. Respecto de las visitas pactadas en convenio regulador a favor de los abuelos y consentidas por éstos, entiendo que los abuelos estarían legitimados para presentar una demanda ejecutiva en caso de incumplimiento. La Ley 42/2003, de 21 noviembre EDL 2003/127261, en el último párrafo de dicho precepto señala que desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio. La filosofía de la Ley, según su Exposición de Motivos, es reforzar el régimen de relaciones entre los nietos y los abuelos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el simple caso de dejación de obligaciones por parte de los progenitores. Otorgarles el derecho y limitarles la posibilidad de hacerlo efectivo por la vía ejecutiva, supondría tanto como concederles un derecho amputado desde su raíz, por cuanto únicamente verían satisfecho su interés en una resolución que así lo declara, sin que pudieran hacer valer ese derecho mediante la interposición de una demanda ejecutiva.

Entiendo que, en este caso, como titulares de un derecho y no como meros delegados en el ejercicio del derecho de uno de los progenitores, debe permitírseles esa posibilidad. Ahora bien, entiendo que por aplicación extensiva de lo dispuesto en el art. 750 LEC EDL 2000/77463, cuando, a pesar del acuerdo suscrito por las partes y homologado por el tribunal, una de las partes pida la ejecución judicial de dicho acuerdo, se requerirá a la otra para que nombre abogado y procurador que la defienda y represente. Debe tenerse presente, por otro lado, que si el convenio regulador ha sido homologado judicialmente, es porque se ha tenido en cuenta lo dispuesto en el art. 160 CC EDL 1889/1, esto es, un especial cuidado en que las medidas no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

2º. En procedimiento contencioso

Competencia territorial

La cuestión relativa a la competencia territorial para conocer de un procedimiento de solicitud de visitas por los abuelos, no ha sido pacífica, poniéndose de manifiesto tres posturas:

a) Será competente el Juzgado del domicilio de ambos progenitores pero, si residieran en partidos judiciales distintos, lo será a elección del demandante: bien el del demandado o el de la residencia del menor (art. 769.3 LEC EDL 2000/77463).

b) Será competente el correspondiente al domicilio de ambos progenitores, pero si residieran en partidos judiciales distintos, lo será el de cualquiera de ellos a elección del demandante (arts. 50 y 53 LEC EDL 2000/77463).

c) Será competente el del domicilio de ambos progenitores, pero si residieran en partidos judiciales distintos, corresponderá al de la residencia del menor.

El TS ha dictado recientemente un auto de fecha 3 diciembre 2013, con motivo de un conflicto negativo de competencia territorial entre el Juzgado de Primera Instancia nº 76 de Madrid y los Juzgados de Carmona (Sevilla). Entiendo el TS aplicable el art. 769.3 LEC EDL 2000/77463 de conformidad con el principio de supremacía del interés del menor que proclama con carácter general el art. 2 de la LO 1/1996 EDL 1996/13744.

Procedimiento

Conforme al art. 250.13º LEC EDL 2000/77463 , se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el art. 160 CC EDL 1889/1 . En estos casos el juicio verbal se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I del título I del libro IV de esta Ley.

Litisconsorcio pasivo necesario

Será necesario demandar a ambos progenitores con independencia de que uno de ellos pueda estar conforme o no con lo solicitado en la demanda ya que afecta a la patria potestad. En este sentido, la SAP A Coruña, Sec. 4ª, nº 234/2006, de 18 mayo EDJ 2006/72395 , en un caso en que la demanda de los abuelos maternos iba dirigida exclusivamente contra la madre del menor, apreció la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandado el padre del menor al ser la patria potestad compartida, por lo que apreció el defecto procesal invocado con la consecuente nulidad. Hay que tener en cuenta que el art. 1.3 de la Ley 42/2003 EDL 2003/127261 señala que el Juez debe oír a ambos progenitores, antes de tomar una decisión judicial en relación a estas visitas.

Imposibilidad de acumular a un proceso de separación o divorcio un proceso del art. 160 CC EDL 1889/1 .

La introducción de persona ajena a los litigantes no tiene cabida en un procedimiento de divorcio, y los abuelos, como "otros parientes y allegados", con palabras del art. 160 CC EDL 1889/1 serán quienes puedan reclamar las visitas que tengan por conveniente, si bien en procedimiento distinto al de separación o divorcio en el que no son parte, y naturalmente actuando en su propio nombre y derecho. Así se fija en la SAP Asturias, Sec. 1ª, nº 347/2009, de 15 octubre EDJ 2009/269514 .

III. Relaciones con parientes y allegados

Si el concepto de pariente parece más claro entendiendo por tal algún familiar, el concepto de allegado es más difuso. El diccionario de la RAE lo define de la siguiente forma: "dicho de una persona: cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza". En cuanto a la terminología, el TS opina que la expresión "derecho de visitas" debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos, y relaciones personales en estos casos. En la realidad de los Juzgados, lo cierto es que pese a que la legitimación activa es muy amplia, los casos más frecuentes suelen limitarse a parientes cercanos (excluidos los abuelos), y de ex parejas de alguno de los progenitores. Los casos de trato, amistad o confianza no se dan en la práctica.

En estos casos, los criterios principales a tener en cuenta a la hora de fijar un régimen de relaciones del menor, son los siguientes:

- 1º. La situación personal del menor y de la persona que desea relacionarse con él;
- 2º. Las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido;
- 3º. La intensidad de las relaciones anteriores;
- 4º. La no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia; y,
- 5º. En general, todas aquellas que sean convenientes para el menor.

Los supuestos de visitas de allegados que más se dan en la práctica son los siguientes:

- Tíos/as, parejas de los tíos.
- Exparejas de uno de los progenitores.
- Un caso muy doloroso: el que se ha creído padre y se descubre que no lo era, pese a lo cual ha mantenido una relación paternal con el menor.

A) Tíos/as, o parejas de los tíos

No es uno de los casos más frecuentes, y en ocasiones, las reclamaciones de los tíos suelen acumularse a la de los abuelos. Otros

casos se fundamentan en que los tíos han tenido una especial relación con los niños, al haber ostentado su guarda o acogimiento durante un tiempo, lo que genera unos vínculos de afecto y una intervención de los tíos en el desarrollo afectivo de los menores muy importante y que resulta necesario respetar.

Más raro es el caso de las parejas o exparejas de los tíos, aunque siempre es fácil encontrar alguna resolución. Tal es el caso de la sentencia dictada por la AP Barcelona, Sec. 18ª, de 4 septiembre 2007 EDJ 2007/190418 que admitió la legitimación de la pareja de hecho del tío materno para ostentar régimen de visitas respecto a la menor, por serlo desde antes de fallecer su madre y estar incluida en el término "allegados" del art. 160.2 CC EDL 1889/1 .

B) Exparejas de los progenitores

Suelen ser exparejas que tras la ruptura desean seguir manteniendo un vínculo con el menor. Se han incrementado los casos desde la publicación de la Ley 13/2005, de 1 julio EDL 2005/76913 , que permite el matrimonio de los contrayentes del mismo sexo, siendo más numerosos porcentualmente las reclamaciones entre parejas del mismo sexo siendo ambas mujeres, en los que una de ellas ha tenido un hijo biológico por inseminación artificial o por adopción siendo en ambos casos un proyecto conjunto, aunque legalmente la filiación esté determinada únicamente a favor de una de ella. En estos casos, hay alguna sentencia como la dictada por la AP Pontevedra de 16 noviembre 2011 EDJ 2011/282523 llega a acuñar el concepto de "allegada muy cualificada" para calificar a la expareja de la actora embarazada y que, debido a las malas relaciones entre ambas, deciden divorciarse cuando el menor tiene un año de edad.

Igualmente, la SAP Málaga de 16 febrero 2012 EDJ 2012/219608 , califica de "allegada" a la demandante (expareja de la demandada y con quien decidió tener una hija por inseminación artificial), que acciona para el establecimiento de un régimen de visitas, ya que ha de contemplarse también el derecho de la menor a seguir relacionándose con la adulta a la que considera una "segunda mamá", de forma que la ruptura entre los adultos no le puede perjudicar privándole sin causa que lo justifique de todo contacto con esa persona, con la que le une una estrecha relación afectiva, supuesto de hecho previsto en la norma y de plena aplicación al caso enjuiciado.

En este sentido, cabe citar también la SAP Pontevedra de 14 noviembre 2011 EDJ 2011/286301 . La Sala mantiene que no puede desconocerse que la "allegada", junto con su madre adoptiva, es para el menor una de las primeras referencias afectivas de su primer entorno familiar en España, y no hay razón para excluirla de su vida; antes al contrario, todo lo que contribuya a conservar ese entorno que es fuente de afecto es beneficioso para el menor.

En estos casos, el TS ya ha tenido ocasión de pronunciarse en la Sentencia de la Sala 1ª, Pleno, de 12 mayo 2011 EDJ 2011/78873 . El asunto sometido a debate era el siguiente:

- Dos mujeres mantuvieron una relación de pareja de forma pública y notoria, desde enero de 1996 hasta junio de 2006. No contrajeron matrimonio.

- En el año 2003, una de ellas dio a luz un niño. El embarazo se consiguió mediante la técnica de fecundación asistida, con material genético de donante anónimo. No está probado si la decisión fue tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja.

- En 2006 se rompió la relación de pareja; se habían producido malos tratos.

- La madre biológica entendía que no existiendo hasta el momento otra maternidad que la suya como madre biológica, el derecho que ésta última debería tener sería a lo sumo el acordado en el art. 160.2 CC EDL 1889/1 , pero no el amplísimo de quienes siendo titulares de la patria potestad, no ostentan la guarda. En definitiva se pretendía en el recurso que o bien no se reconociera ningún derecho de visitas a la conviviente, o bien se la considerara como un allegado.

El TS considera a la expareja de la madre, como allegado, estableciendo los siguientes argumentos:

- El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.

- De acuerdo con estos planteamientos, la pareja litigiosa constituyó en su día una unidad familiar. Aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida EDL 2006/58980 , en su art. 7.3, modificado en 2007 EDL 2007/9733 , en cambio sí debe

considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas.

- Afirma que "el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad". Por tanto, en lo correspondiente al derecho a tener relaciones con parientes y allegados, hay que tener en cuenta que el niño no puede ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas. Por ello, el interés del menor obliga a los tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos".

- Da prevalencia derecho efectivo que tiene el menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva y por ello debe entenderse aplicable al supuesto que nos ocupa el art. 160.2 CC EDL 1889/1 , considerando a la expareja, como allegado del menor.

- Para regular la extensión de la relación con el menor debe tenerse en cuenta: i) la situación personal del menor y de la persona con la 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.

- No puede admitirse la aplicación de un derecho de visitas correspondiente al progenitor a un caso en el que la reclamante no es la madre del menor.

En casos similares, las respuestas han sido favorables o denegatorias según los casos. En algunos casos, se ha denegado esa relación por las siguientes razones:

a) Porque la niña ha negado que existiera vinculación afectiva con la expareja (SAP Alicante, Sec. 6ª, de 9 abril 2008 EDJ 2008/137654).

b) Porque aun acreditada la amistad íntima con la madre fallecida y con el propio niño, la obligatoriedad de las visitas no supone un beneficio para el menor. Se deniegan porque aunque existió relación, ésta devino inexistente con el tiempo (SAP Murcia, Sec. 4ª, de 7 febrero 2013 EDJ 2013/26418).

c) Se suspenden las visitas inicialmente acordadas con la excompañera de su madre ya que, según informe psicosocial, no existe una relación afectiva que la niña pueda llegar a extrañar y no existen garantías de éxito en el desarrollo de la relación afectiva entre la menor y la demandante (SAP Valencia, Sec. 10ª, de 9 marzo 2012 EDJ 2012/130481).

En otros casos, ese régimen de relaciones se ha acordado por las siguientes razones:

a) Por el clima de afecto y confianza habido entre ambos, siendo imputables al padre las eventuales tensiones que pudieran surgir entre el hijo y su pareja (SAP Madrid, Sec. 22ª, de 5 julio 2010 EDJ 2010/174053).

b) Porque dada la conveniencia de la menor con las dos mujeres como madres, existe un vínculo afectivo hacia la demandante y hay que tenerlo en cuenta a nivel psicológico. Aconseja un seguimiento de la menor y un proceso de mediación (SAP Baleares, Sec. 4ª, de 10 julio 2009 EDJ 2009/211206).

c) Porque la instauración de un régimen de contactos entre la niña y la expareja de la madre beneficia su desarrollo integral, incluyendo su desarrollo moral, ocupando en el grupo familiar actual de la menor el lugar de un pariente. Fija unas visitas en el PEF ya que la vivencia de la pérdida de la relación de la niña con la demandante ya se había diluido en su vida diaria (SAP Sta. Cruz de Tenerife, Sec. 1ª, de 21 julio 2008 EDJ 2008/320433).

d) Por haber representado su única figura materna desde su nacimiento (SAP Valladolid, Sec. 1ª, de 12 julio 2013 EDJ 2013/150443).

C) Un caso particular: el del padre o paternidad psicológica

Son casos excepcionales, en los que el progenitor que nunca ha dudado de su paternidad y que ha ejercido una paternidad

responsable, de repente deja de ser el padre legalmente como consecuencia de una acción de impugnación de la filiación. O incluso, aunque la acción de impugnación no prospere, por caducidad de la acción, y pese a seguir siendo el padre legal, las pruebas de ADN confirman que no es el padre biológico del menor.

En estos casos, existía una relación estable, beneficiosa para el menor, y se habían producido lazos afectivos y sobre todo, de apego. La situación es particularmente dura para los niños porque cuando se llega a este punto, suele haber una disputa sangrienta entre los adultos.

No es infrecuente, por desgracia, ver casos de este tipo en los juzgados de instancia, fundamentalmente en fase de ejecución. También es posible encontrar reclamaciones por daños y perjuicios, en ejercicio de una acción por responsabilidad extracontractual, como es el caso de la sentencia dictada por el TS, Sala 1ª, nº 404/2012, de 18 junio EDJ 2012/119454 , pese a que no entra a conocer del fondo del asunto por considerar prescrita la acción, o la sentencia dictada por la AP Valencia, Sec. 7ª, nº 597/2004, de 2 noviembre EDJ 2004/224064 , que condena a la demandada por ocultación dolosa de la no paternidad de 3 hijos al marido provocando un daño al conocerlo que debe ser resarcido, fijando como indemnización la suma de 100.000 euros.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse en la Sentencia nº 679/2013, de 20 noviembre EDJ 2013/239139 , en la que examina el siguiente supuesto:

- Se trata de un procedimiento de modificación de medidas definitivas de divorcio.

- Una de las hijas menores del matrimonio fue adoptada por los litigantes en el año 2001, y respecto de la otra menor, nacida en 2002, fue impugnada la filiación paterna por el propio padre, en el año 2005, quedando determinada a favor de otro señor en el año 2006. Existe otro hijo común y las dos niñas se consideran ambas hermanas de doble vínculo.

- La sentencia de 1ª Instancia atribuyó la guarda y custodia de ambas niñas al demandante D. Julián, pese a no ser una de ellas su hija biológica ni legal, en razón a "las especiales relaciones que ha tenido con este y por ser hermanas de los dos hijos comunes de éste con su madre".

- La sentencia de la Audiencia revocó la del Juzgado y asignó la guarda y custodia de la menor, así como la correspondiente patria potestad, exclusivamente a la madre, Doña Encarnación, sin señalar régimen de visitas respecto de Don Julián. La Audiencia considera que "mantener la guarda y custodia de quien no es padre biológico, sería tanto como demorar lo que, inevitablemente, tendrá lugar en su momento: el pleno conocimiento por parte de la menor de quien es realmente su progenitor, con las consecuencias que ello pueda deparar en su día. Es preferible poner punto y final a tal situación, por dramática y penosa que sea, antes que proseguir una ficción absoluta, máxime ante la propia impugnación por el recurrido de tal filiación".

El TS estima el recurso de casación con los siguientes criterios:

a) La valoración del interés del menor, en un contexto difícil en razón a los conflictos generados por sus progenitores, no permite poner fin a unas relaciones que se han mantenido entre el padre no biológico y la menor, cuando es evidente la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos, ya que la niña no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente.

b) El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (STS de 13 junio 2011 EDJ 2011/146935), y debe valorarse desde la realidad de la vida familiar y no desde la pura abstracción porque lo acordado es beneficioso para la niña (la menor estaba bajo la guarda del recurrente mucho tiempo al seguirse un proceso penal contra la madre que tenía una orden de alejamiento en relación a sus hijas).

c) Es cierto que en el momento actual, Don Julián no puede ser considerado progenitor respecto de la menor pero también lo es que las circunstancias especialmente graves concurrentes permiten atribuirle la custodia en la forma que resolvió la sentencia del Juzgado, acordándolo como medida excepcional de atribución de la custodia a un tercero, al amparo de los arts. 103,1ª, párrafo 2º, y 158 CC EDL 1889/1, y art. 11.2 de la LO 1/1996, de 15 enero EDL 1996/13744 .

d) Califica la situación de fuera de lo normal, agravada por una situación prolongada de litigios, civiles y penales, con grave y evidente riesgo de desprotección infantil, si en el futuro no se adoptan soluciones que lo impidan, especialmente por lo que respeta a la madre que ha tratado de eliminar de la vida de sus hijas la figura paterna, "dando primacía a su odio".

Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 79, de Familia, de Madrid