

LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS TRAS LA LEY 42/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. “DERECHO DE VISITA” Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA DEL MENOR

Marta Carballo Fidalgo*
Universidade de Santiago de Compostela

Abstract

This article analyzes, from a critical perspective, the Law Nr. 42, 21st November 2003, which modified the Spanish Civil Code and the Procedural Code in matters related to family relationships between grandchildren and grandparents. The author points the problems of an unnecessary and confused reform through the study of the two modified institutions, grandparents' custody and visiting rights.

Keywords: family law amendment, family relationships, visiting rights, minor benefit, grandparents' custody

Sumario: Introducción. I. El derecho de relación personal entre el menor y sus abuelos. 1. El reconocimiento del derecho a las relaciones personales entre el menor y sus parientes y allegados frente a la oposición injustificada de sus guardadores legales. 2. La nueva redacción de los artículos 160 y 161 del Código civil y 250 de la Ley de enjuiciamiento civil. 3. La fijación de un régimen de comunicación y visitas en el convenio regulador y como contenido de la sentencia que pone fin al proceso matrimonial. La reforma de los artículos 90 y 94 del Código civil. II. La atribución de la guarda y custodia del menor a sus abuelos. La reforma del artículo 103 del Código civil.

Introducción

Si algún calificativo merece 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, es el de innecesaria.

Recibido: 03/03/06. Aceptado: 10/05/06

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Lejos de reforzar tales relaciones – propósito declarado en su Exposición de Motivos- la Ley se limita a explicitar derechos implícitos en la redacción anterior de los artículos modificados, sin dar solución a los problemas de latados en su aplicación práctica. La pompa mediática que acompañó a su promulgación y la grandilocuencia de su Exposición de Motivos contrastan con los cambios reales introducidos en el régimen de las relaciones cuya preservación trata de garantizar. Si algo añade la Ley, es confusión y nuevas incógnitas, en su autocelebrada opción de imbricar los derechos y deberes de los abuelos en los procesos de nulidad, separación y divorcio, opción que hubiera exigido la paralela reforma de la Ley procesal, al objeto de definir su posición en el litigio¹.

Sea como fuere, procede ahora analizar los supuestos logros de la reforma, en relación con la situación legal preexistente. A tal fin, es preciso distinguir dos tipos de relaciones de naturaleza diversa, sobre las que, al menos en apariencia, incide la Ley. De una parte, el derecho de relación personal entre nietos y abuelos reconocido en el artículo 160 del C.c, llamado a desarrollarse aun frente a la oposición de los padres, tutores o acogedores del menor. De otra, la relación de convivencia derivada de la posible atribución a los abuelos de la guarda de sus nietos, amparada con carácter general en el artículo 158 C.c. y específicamente prevista, para situaciones de crisis matrimonial, en el artículo 103 C.c.

I. El derecho de relación personal entre el menor y sus abuelos.

1. El reconocimiento del derecho a las relaciones personales entre el menor y sus parientes y allegados frente a la oposición injustificada de sus guardadores legales

El derecho de relación personal entre abuelos y nietos, aun contra la oposición de los guardadores legales de estos últimos, no es una novedad

¹ Algunos de los preceptos reguladores de los procesos matrimoniales han sido modificados con posterioridad, en virtud de 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 divorcio. Tales modificaciones, centradas básicamente en la adaptación del proceso al nuevo modelo de separación y divorcio y a la institución de la mediación familiar, en nada inciden sobre la materia que nos ocupa, de modo que la normativa de referencia sigue silenciando absolutamente la eventual intervención de los abuelos en el proceso.

de la Ley de 2003. Su origen se encuentra en la Ley de reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, que, en sede de relaciones paterno-filiales, introdujo el entonces artículo 161 – 160 tras la Ley de 13 de mayo de 1981-, párrafos dos y tres, conforme a los cuales “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados.

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

Pese a su formulación negativa, como límite a la autoridad paterna, el artículo 160 ha sido interpretado desde su incorporación al Código como la consagración normativa de un derecho propio y autónomo a las relaciones personales entre el hijo y sus parientes y allegados, entre quienes se encuentran, obviamente, sus abuelos. Se trataría de un derecho subjetivo vinculado al libre desarrollo de la personalidad, del que uno y otros son titulares y que, por tanto, uno y otros pueden reclamar en justicia². Tanta facultad asiste al menor de reclamar la efectividad de esta relación como a sus parientes y allegados la de solicitar que no se impida su mantenimiento, aun cuando se condicione al interés de aquél, como parte más débil de la relación³.

En la práctica, los abuelos se han delatado como los sujetos más activos en el ejercicio de su derecho. El análisis de la jurisprudencia recaída en torno al artículo 160 del Código civil evidencia la semejanza de los supuestos enjuiciados, que presentan como denominador común la existencia de un conflicto personal entre el progenitor vivo, titular de la patria potestad sobre el menor o menores, y los padres del progenitor premuerto.

² Cfr., J. M. LETE DEL RÍO, “Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)”, *Poder Judicial*, núm. 25, 1992, pág. 148; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1997, págs. 117 a 119 y 137 a 139; S. DÍAZ ALABART, “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (artículo 160.2 C.c.)”, R.D.P., 2003, págs. 354 y 355. En relación al artículo 135.2 del Código de familia de Cataluña, *vid.*, F. RIVERO HERNÁNDEZ, “Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas”, *Nous reptes del Dret de família (Material de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Girona, PUBLIDISA, 2005, págs. 290 a 295.

³ El menor podrá ejercitar su derecho a través de sus representantes legales y, en todo caso, del Ministerio Fiscal, a quien puede dirigirse al objeto de que promueva las acciones oportunas (artículo 10.2.b de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*).

Un conflicto que, a la postre, se traduce en la interrupción por aquél de los contactos entre sus hijos y sus abuelos⁴.

Entablada la demanda, el objeto de la pretensión orientada al mantenimiento de las relaciones se traduce en la determinación de lo que el propio Tribunal Supremo ha denominado “derecho de visita”, análogo, aunque diverso en su fundamento, extensión y periodicidad, al que corresponde a los progenitores⁵. No ha de olvidarse que el derecho de visita de los padres responde a la necesidad afectiva y vital del niño más importante en el orden natural, y viene, además, exigido por el propio deber de ejercicio de la patria potestad, que no pierde su titular por el hecho de no haberle sido atribuida la guarda, y para el que es fundamental el contacto personal propiciado por las visitas. Frente a este, el derecho de visita de los abuelos y otros parientes y allegados se funda exclusivamente en la existencia de una relación normalmente biológica y siempre afectiva, beneficiosa para ambos⁶.

Pese a tal diversidad de fundamento, la expresión “*relaciones personales*”, en su amplitud, comprende apriorísticamente los mismos contenidos que el artículo 94 señala para los padres en supuestos de nulidad, separación o divorcio. De este modo, el derecho de otros parientes y allegados incluiría la visita *stricto sensu*, la comunicación y la estancia y alojamiento del menor, incluida la pernocta. Así lo han entendido nuestros Tribunales, cuyos pronunciamientos delatan, dicho sea de paso, la elasticidad del concepto, sensible a las circunstancias concurrentes (lugar de residencia de parientes y allegados, estado de salud, horarios escolares de los menores y laborales de aquéllos, grado de relación previa...), atendido siempre el principio de absoluta primacía del interés del menor, en cuya apreciación alcanza especial importancia su propia opinión. Mientras el “derecho de

⁴ Vid. las SSTS de 7 de abril de 1994 (R.J.A. 1994, núm. 2728), de 11 de junio de 1996 (R.J.A. 1996, núm. 4756), de 17 de septiembre de 1996 (R.J.A. 1996, núm. 6722), de 11 de junio de 1998 (R.J.A. 1998, núm. 4681), de 23 de noviembre de 1999 (R.J.A., 1999, núm. 8278), de 20 de septiembre de 2002 (R.J.A., 2002, núm. 8462), de 28 de junio de 2004 (R.J.A. 2004, núm. 4321), de 11 de noviembre de 2005 (R.J.A. 2005, núm. 9476).

⁵ El Tribunal Supremo ha calificado reiteradamente la figura del artículo 160.2 como derecho de visita. *Cfr.*, entre otras, las citadas sentencias de 7 de abril de 1994, de 11 de junio de 1996, de 11 de junio de 1998, de 23 de noviembre de 1999 y de 28 de junio de 2004.

⁶ Sobre el diverso fundamento del derecho de visitas de progenitores y abuelos, resulta interesante la citada STS de 11 de junio de 1996. *Vid.*, asimismo, F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita... cit.*, págs. 119 y 120.

visita" se concreta en algunas sentencias en la fijación de un corto período semanal o quincenal (2 o 3 horas) en que los abuelos pueden tener en su compañía a sus nietos⁷, otras amplían enormemente tal régimen, otorgando a los abuelos el derecho a tener a sus nietos un fin de semana de cada mes y un número de días oscilante en los períodos vacacionales⁸. Y ello a pesar de la comentada semejanza entre los supuestos de hecho dilucidados en las sentencias.

El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con el menor cede cuando exista una "justa causa" que haga inconveniente el mantenimiento de tal relación, correspondiendo la carga de la prueba de su existencia a los padres que se oponen al ejercicio del derecho⁹. En términos generales, puede entenderse que existe una "justa causa" siempre que la relación del menor con sus parientes y allegados pueda perjudicar al niño, al poner en peligro su salud, su seguridad, su formación o educación¹⁰. A juicio del Tribunal Supremo, no tienen tal consideración las rencillas personales o aun la existencia de relaciones tensas o animadversión entre progenitores o alguno de ellos y los parientes y allegados titulares del derecho¹¹, ni la supuesta

⁷ En el caso resuelto por la STS de 11 de junio de 1996, el derecho de visitas establecido en favor de los abuelos por la sentencia recurrida –y casada– consiste en tener en su compañía al nieto todos los jueves del año, entre las 18 y las 20.30 horas. En la sentencia de 17 de septiembre de 1996, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, que reconoce el derecho de los abuelos a comunicarse con sus nietos durante dos horas (de 11 a 13) los sábados alternos. De modo análogo, en la STS de 11 de junio de 1998 se confirma el régimen establecido en apelación, consistente en el desarrollo de las comunicaciones entre las 18 y las 20 horas dos tardes al mes, la primera en presencia del padre o actual esposa de éste; la segunda en el lugar del pueblo de residencia de la menor que desee la abuela materna.

⁸ En la STS de 23 de noviembre de 1999, se confirma el derecho del abuelo a tener consigo a su nieto el primer fin de semana de cada mes (entre las 11 horas del sábado y las 20 horas del domingo) y una semana en verano que, a falta de acuerdo, se fija en los años pares la primera de julio y en los impares la primera de agosto. De modo aún más amplio, la STS de 20 de septiembre de 2002 confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, revocada en apelación, donde se reconoce el derecho de abuelos maternos, tías y primas a relacionarse con las menores el último fin de semana de cada mes (desde las 19 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo), 5 días seguidos durante las vacaciones de Navidad (entre los que deberán incluirse el 24 o 31 de diciembre, o el 6 de enero), 3 durante la Semana Santa y 15 durante el verano.

⁹ Cfr. la citada STS de 20 de septiembre de 2002.

¹⁰ Existe cierto paralelismo entre estas justas causas y los motivos que, de acuerdo con el artículo 94 C.c., pueden suponer la suspensión del derecho de visitas de los padres.

¹¹ Cfr. las citadas SSTs de 7 de abril de 1994, de 11 de junio de 1996, de 17 de septiembre de 1996 y, especialmente, de 20 de septiembre de 2002.

incompatibilidad entre el mismo y el ejercicio de la patria potestad pues, lejos de interferir en aquélla, la complementa, facilitando una beneficiosa inserción del menor en el entorno familiar completo¹².

Así configurado el derecho de nietos y abuelos a mantener relaciones personales, procede ahora analizar el supuesto reforzamiento que sobre las mismas ha operado la reforma llevada a cabo por la Ley 42/2003, en su declarado ánimo de superar el exiguo tratamiento que hasta entonces les brindaba el Código civil.

2. La nueva redacción de los artículos 160 y 161 del Código civil y 250 de la Ley de enjuiciamiento civil.

La primera observación que ha de hacerse es que en nada modifica el panorama descrito la reforma de los artículos 160 y 161 del Código civil. La expresa alusión por el párrafo segundo del artículo 160 a “*abuelos, parientes y allegados*” donde antes se hablaba de “*parientes y allegados*” no entraña modificación sustantiva alguna, dado el indudable vínculo de parentesco existente entre abuelos y nietos¹³. Más conveniente hubiera sido aclarar qué ha de entenderse por “*allegados*”, en concreto, y dado el creciente fenómeno de las familias reconstituidas, explicitar el derecho de visita de los cónyuges o parejas de uno de los progenitores, que en muchas ocasiones contribuyen durante años a la educación y formación de los hijos del otro, de los que se ven separados como consecuencia de la ruptura o muerte de su pareja.

Igualmente formal es la modificación operada en el inciso primero del nuevo párrafo tercero del artículo 160, que menciona expresamente a los “*abuelos*” entre las personas legitimadas para reclamar judicialmente su derecho, legitimación que indudablemente ostentaban antes, en su calidad de “*parientes*” del menor. A propósito de tal reclamación, la Ley 42/2003 ha añadido un ordinal más al apartado 1 del artículo 250 de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, L.e.c.), al objeto de incluir entre las demandas que han de decidirse en juicio verbal “*las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil*”, a lo que añade que “*En estos casos el juicio verbal se sustanciará con las peculiaridades*

¹² Cfr., las citadas SSTs de 23 de noviembre de 1999 y de 28 de junio de 2004.

¹³ Vid., STS de 28 de junio de 2004 (R.J.A., 2004, núm. 4321).

*dispuestas en el capítulo I del Título I del Libro IV de esta Ley*¹⁴. La remisión a tal capítulo, regulador de las disposiciones generales de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, se comprende en la medida en que se ven implicados los derechos de estos últimos. Por tal razón, lo más correcto hubiera sido modificar el artículo 748 L.e.c., para incluir entre los procesos sujetos al Título I del Libro IV los que versen sobre la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código civil¹⁵.

En el estricto plano sustantivo, la única novedad reseñable introducida en el artículo 160 del Código consiste en explicitar el deber judicial de adoptar mecanismos de fiscalización de las relaciones entre abuelos y nietos, al objeto de evitar que se conviertan en un instrumento de fraude de posibles resoluciones judiciales, adoptadas en un proceso civil o penal, limitativas de la relación de los menores con alguno de sus progenitores (presumiblemente, el hijo de los titulares del derecho de visita cuyo ejercicio se controla). Aun cuando la expresa previsión legal haya de ser bien recibida, cuando menos por implicar una llamada de atención sobre el riesgo existente y la necesidad de erradicarlo, de nuevo nos encontramos ante una posibilidad que indudablemente existía con anterioridad, dado el amplio poder dado al Juez en la configuración de las relaciones entre nietos y abuelos. En todo caso, la nueva norma evidencia que el peligro apuntado no justifica la supresión de tales relaciones, sino su modalización, en aras de proteger al menor.

Una crítica similar puede hacerse a la nueva redacción del artículo 161 del Código, que reconoce ahora el derecho de "*abuelos y demás parientes*" a visitar y relacionarse con el menor dado en acogimiento, derecho que puede ser limitado o suspendido por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor.

¹⁴ Curiosamente, la Ley introduce este nuevo contenido del artículo 250.1 de la L.e.c. con el ordinal 12, siendo así que la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, había incluido ya con tal número las demandas "...que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios".

¹⁵ En tal sentido, *vid.*, E. GONZÁLEZ PILLADO, "El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Actualidad civil*, núm. 4 (2ª quincena de febrero de 2005), pág. 404. Sería conveniente, asimismo, la reforma de los artículos 769.3 y 770 regla 6ª de la L.e.c., al objeto de ampliar sus mandatos a los procesos sobre relaciones personales de los menores con abuelos, parientes y allegados.

Aun cuando en su redacción anterior el precepto mencionaba exclusivamente a los padres, tal limitación no podía suponer la exclusión del derecho de otros parientes y allegados, genéricamente reconocido por el artículo 160¹⁶. En el caso de los abuelos, el derecho se desprendía de la propia regulación del acogimiento. En concreto, del artículo 173.2.3º.a), que establecía y establece como contenido del documento por el que se formaliza el acogimiento “*la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido*”¹⁷.

En este sentido, puede interpretarse que la finalidad (o, a la postre, el resultado) de la modificación no es reconocer a los abuelos, parientes, allegados y, por supuesto, menores, un derecho del que ya eran titulares, sino determinar que el contenido de tal derecho puede ser modificado – ya ampliado, ya limitado– por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor. Posibilidad que, sin duda, existía antes de la Ley 42/2003, tanto en aplicación del artículo 158.2 como al amparo del artículo 174 del C.c. que, tras encomendar al Ministerio Fiscal la superior vigilancia del acogimiento, le conmina a comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y a promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias¹⁸.

¹⁶ Cfr., F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita... cit.*, págs. 108 y 109. En la práctica judicial, son numerosos los ejemplos de reconocimiento del derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos dados en acogimiento o incluso en adopción (*vid.*, entre otras resoluciones, los Autos de la Audiencia Provincial de Cádiz de 8 de julio de 2003 (JUR 2003/219045), de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de diciembre de 2003 (JUR 2003/54057) o las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2004 (JUR 2004/260167) y de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 16 de febrero de 2005 (JUR 2005/97323).

¹⁷ A juicio de F. RIVERO HERNÁNDEZ, el término “familia” empleado en la norma ha de entenderse en sentido estricto o nuclear, esto es, limitado a los padres y hermanos, extendiéndose “*excepcionalmente, quizá también a otros familiares (abuelo/a) que convivieran al tiempo de la salida del menor de esa casa y familia*” (*cfr.*, *El derecho de visita... cit.*, pág. 108). Defiende un concepto amplio de la “familia” contemplada en el artículo 173.2.3º.a Mº. M HERAS HERNÁNDEZ, *El acogimiento convencional de menores*, Madrid, Montecorvo, 2002, págs. 244 y 245.

¹⁸ La suspensión o limitación del derecho de visitas puede ser incluso previa a la formalización del acogimiento, cuando se contiene en la propia resolución judicial constitutiva de la guarda administrativa del menor (artículo 172.2.4 C.c.). Igualmente, podrá decretarse en la sentencia que resuelva la oposición a las resoluciones administrativas de declaración de desamparo (*vid.*, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 17 de septiembre de 2004, JUR 2004/287231), o la que resuelva la oposición de los padres o el tutor al acogimiento formalizado por la entidad pública (artículo 173.3).

Aun cuando el artículo lo omita, la efectividad del derecho podrá reclamarse judicialmente contra quien lo vulnere, por definición, la entidad pública titular de la guarda del menor o los acogedores encargados de su ejercicio¹⁹. Frente a tal reclamación, podrán una y otros alegar y probar la existencia de una justa causa de oposición, que, apreciada por el Tribunal, se traducirá en una legítima suspensión judicial del derecho pretendido.

Se trate o no de un lapsus, la exclusiva alusión al artículo 160 por el nuevo ordinal 12 del apartado 1 del artículo 250 de la L.e.c. determina que los juicios que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 161 hayan de seguir el cauce del juicio ordinario (artículo 249.2 L.e.c.), sin que exista razón aparente que justifique la diversa tramitación de derechos sustantivamente idénticos.

3. *La fijación de un régimen de comunicación y visitas en el convenio regulador y como contenido de la sentencia que pone fin al proceso matrimonial. La reforma de los artículos 90 y 94 del Código civil.*

En su propósito de singularizar “de forma más explícita y reforzada” el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, el legislador de 2003 ha extendido su preocupación por preservarlas a los supuestos de ruptura familiar. A tal fin responde la reforma de los artículos 90 y 94 C.c., que introducen el establecimiento de un régimen de visitas y comunicación entre abuelos y nietos como posible contenido del convenio regulador y de la sentencia que pone fin a los procesos de nulidad, separación o divorcio.

La primera de las posibilidades abiertas por la reforma no ofrece demasiada dificultad. Fundado el convenio regulador en el acuerdo de las partes, nada debe reprocharse a la facultad de incluir, de estimarlo conveniente, un régimen de visitas en favor de los abuelos, que éstos habrán de consentir en presencia judicial. Únicamente se echa en falta la paralela reforma del artículo 777 de la L.e.c., a fin de aclarar la articulación procesal de la participación de los abuelos en el proceso de homologación judicial del convenio. A falta de tal previsión, quizás sea lo más adecuado entender que,

¹⁹ Unos y otra carecen de potestad para cercenar un derecho cuya limitación o suspensión se reserva en exclusiva a la autoridad judicial (cfr., M^a. V. MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores*, Granada, Comares, 1999, págs. 401 y 402).

una vez presentada la solicitud de separación o divorcio de mutuo acuerdo, acompañada por la propuesta de convenio regulador, los abuelos deben ser citados, al igual que los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, si no para ratificar, sí para consentir el convenio en el extremo o extremos que les afecten. De no producirse tal consentimiento (por ejemplo, por pretender los abuelos un régimen de visitas más amplio), el Juez dictará sentencia aprobando el convenio en lo restante, en la medida en que sea compatible con el régimen de visitas controvertido, concediendo a los cónyuges un plazo de 10 días para que presenten nuevo convenio, limitado a los puntos no aprobados por el Tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el Juez dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente²⁰.

Más discutible resulta la reforma del artículo 94 que, en relación a la sentencia que pone fin al procedimiento matrimonial, introduce la posibilidad de que el Juez determine, *“previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor”*. La norma civil parece relegar a los abuelos a simples terceros, que han de dar su beneplácito a una medida que, por definición, habrá sido propuesta por el cónyuge demandante, el demandado, o ambos de común acuerdo. Así entendido el precepto, bastaría con determinar la forma en que ha de sustanciarse su intervención en el proceso, dado el silencio que al respecto todavía mantiene la Ley de enjuiciamiento civil²¹.

A pesar de que con la cobertura de tal trámite parecen cumplidas las mínimas exigencias legales establecidas al respecto por el artículo 94 (audiencia y consentimiento), creemos que los abuelos no pueden ser relegados

²⁰ Aunque no sin dudas, creemos que tal auto puede ser recurrido directamente por los abuelos, al decidir extremos que les afectan de modo directo.

²¹ Pudiera defenderse que, cualquiera que sea el cónyuge que proponga la medida, los abuelos deben ser citados a la vista del juicio, al exclusivo objeto de admitirla o no, y de exponer las razones que les asisten en su decisión. Como opción alternativa, podría entenderse que tal audiencia ha de posponerse al acto de la vista, realizándose en el plazo máximo de 30 días desde la celebración de aquélla, por aplicación analógica de lo establecido por el artículo 770.4.2 L.e.c. para la audiencia de los menores. Tal opción es la única posible cuando la medida atinente a los abuelos figure en los acuerdos alcanzados por los cónyuges en el acto de la vista (774.1 L.e.c.).

a meros terceros en relación a la pretensión estudiada, en cuanto se orienta a hacer efectivo un derecho - el derecho a la relación personal entre nietos y abuelos-, cuyos titulares son exclusivamente el uno y los otros.

Ningún precepto, ni del C.c. ni de la L.e.c., otorga legitimación directa a los padres para el ejercicio de la pretensión, por lo que debe descartarse la existencia de un supuesto de legitimación extraordinaria que les permita actuar *ex iure proprio*. No se la otorga el artículo 94 C.c., pues del hecho de que la medida se incluya en la sentencia que pone fin al procedimiento matrimonial no deriva necesariamente la legitimación de los cónyuges -partes exclusivas del proceso principal- respecto a la pretensión resuelta. Deriva simplemente la posibilidad de que la sentencia decida, en pronunciamientos separados, sobre cada una de las pretensiones dilucidadas (por quien tenga legitimación) en un procedimiento formalmente único²². La conclusión se refuerza a la vista de la expresa remisión al artículo 160 C.c., que limita la legitimación a los menores y a sus abuelos -y otros parientes y allegados titulares del derecho a relacionarse con los menores-, frente a quien se oponga.

Cierto que la calidad de los abuelos como partes del proceso difícilmente será sostenida por nuestros Tribunales, a la vista del criterio expresado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de abril de 2000, dictada en resolución de un recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, sobre la correcta interpretación del artículo 93.2 del C.c.²³. En su pronunciamiento, el Alto Tribunal otorga al cónyuge a cuyo cargo se encuentran los hijos mayores de edad legitimación directa, en virtud de un interés legítimo y propio, para reclamar a su cónyuge, en los procesos matrimoniales, alimentos en concepto de contribución al sostenimiento de aquéllos. Al margen de lo cuestionable que resulta reconocer al cónyuge una

²² Como señala J. MONTERO AROCA, en los procesos matrimoniales existe una pretensión principal, relativa a la nulidad, a la separación o al divorcio, y varias pretensiones subordinadas a ella, que atañen a los efectos y medidas previstos en el C.c. y la L.e.c. Para el autor, aun cuando ni uno ni otro cuerpo legal aclaran que ha de tratarse de un supuesto de acumulación, "es evidente que no puede tratarse de cosa distinta" (cfr., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, t. II. *Artículos 92 a 95 del Código civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 1385. *Vid.*, en el tomo IV de la misma obra, págs. 3508 a 3520).

²³ R.J.A. 2000, núm. 3378. Aunque de modo confuso, sigue su doctrina la STS de 30 de diciembre de 2002 (R.J.A. 2000, núm. 10385), que extiende la aplicación del artículo 93.2 C.c. al supuesto de ruptura de uniones de hecho, "en cumplimiento del artículo 39.3 de la Constitución, en relación al 108 del Código civil".

legitimación extraordinaria que ninguna Ley le otorga²⁴, llama especialmente la atención que tal reconocimiento se haga en sacrificio de la legitimación del propio hijo – mayor de edad y titular del derecho cuestionado-, como parece desprenderse de las aseveraciones contenidas en el fundamento jurídico segundo de la sentencia. Básicamente, en la afirmación de que el artículo 93.2 no modifica la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad de matrimonio “*que se reconoce únicamente a los cónyuges (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad), únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados «efectos civiles», entre las cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia*”.

Aplicado tal razonamiento al caso que nos ocupa, habría de negarse cualquier legitimación a los abuelos en el seno del proceso matrimonial, reservado en exclusiva a los cónyuges. Sin embargo, nos resistimos a aplicarlo, por considerarlo erróneo. Como se ha puesto de relieve, “*parte de desconocer el fenómeno de la acumulación de objetos procesales o pretensiones y no comprende que una es la pretensión principal, la matrimonial, para la que sólo están legitimados los cónyuges (con alguna excepción en la nulidad) y otra cada una de las pretensiones accesorias, que han de regirse por sus normas propias de legitimación*”²⁵. A ello ha de añadirse que no son extrapolables al régimen de visitas de los abuelos las razones aducidas por el Ministerio Fiscal en defensa de la legitimación del progenitor para ejercer la pretensión del artículo 93.2 del C.c., en concreto, la existencia de una

²⁴ Una espléndida crítica a la sentencia realiza J. MONTERO AROCA en *Separación, divorcio y nulidad matrimonial... cit.*, t. II, págs. 1403 a 1410. Por el contrario, parecen aceptar su doctrina J. FLORS MATÍES, en *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, t. IV. *Artículos 769 a 778 de la Ley de enjuiciamiento civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 3150, 3185 y 3285 a 3293; J. M^º. ILLÁN FERNÁNDEZ, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Aranzadi, 2000, pág. 34. Abiertamente, celebra la interpretación del Alto Tribunal E. CORRAL GARCÍA, “Legitimación para solicitar alimentos para los hijos mayores de edad tras la ruptura de las uniones de hecho. Comentario a la STS de 20 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10385)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 7, 2001-2, págs. 401 a 407, en esp. pág. 403.

²⁵ Cfr. J. MONTERO AROCA en *Separación, divorcio y nulidad matrimonial... cit.*, t. II, pág. 1405.

autorización o apoderamiento implícito de los hijos a su favor, derivada de su permanencia voluntaria en el hogar familiar²⁶.

Si los cónyuges carecen –siempre en nuestra opinión– de legitimación propia para ejercer la pretensión estudiada, es lo cierto que la falta de capacidad de los menores determinará que actúen normalmente representados por sus padres. Sólo en tal calidad, como representantes de sus hijos, podrá uno de los padres ejercitar la pretensión frente al oponente. Ahora bien, por su propia naturaleza, estimamos inviable la petición de la medida por el cónyuge que solicite para sí la guarda del menor o menores. Si es favorable al mantenimiento de la relación entre los menores y sus abuelos, indudablemente podrá y habrá de facilitarla en la vida diaria, mientras que, de ser contrario a ella, existirá una clara contradicción de intereses con el menor que lo incapacita para representarle. Pudiera incluso pensarse que el cónyuge que no pretende para sí la guarda habrá de favorecer la comunicación pretendida durante sus períodos de visita. Sólo en supuestos puntuales, en que tales períodos se prevén espaciados, - p. e., por vivir el progenitor privado de la guarda en ciudad distinta a sus hijos y a sus padres- pudiera tener sentido la petición de la medida. En cualquier otro, la medida se convertirá a la postre en una vía indirecta utilizada por los padres para ver más al menor, o, incluso, para reducir en lo posible (al mínimo fijado judicialmente), las relaciones cuya defensa se aparenta sostener. Tales disfunciones derivan del hecho de haber desplazado la reclamación judicial del derecho de visitas de su contexto natural: la injustificada oposición del titular o titulares de la patria potestad al mantenimiento de las relaciones entre abuelos y nietos. Situación que, en la *praxis*, se manifiesta en contextos diversos a la crisis matrimonial, singularmente, en los derivados de la muerte del progenitor cuyos padres se ven tras ella apartados de sus nietos. La razón de ser del artículo 160 del C.c. no deriva del conflicto entre los cónyuges, sino del enfrentamiento de uno –o, excepcionalmente, ambos– con los abuelos. Por ello resulta extravagante introducir la pretensión en los procesos matrimoniales, donde debiera discutirse cuanto atañe a los cónyuges y a sus hijos, sin implicar a terceros que tienen vías propias para ejercer sus derechos²⁷. Sea como fuere, el legislador de 2003 ha optado por

²⁶ *Vid.*, Fundamento jurídico tercero del recurso, reproducido en la sentencia.

²⁷ *Vid.*, sobre el particular, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 10 de abril de 2003 (JUR 2003/203881), donde el Tribunal - en aplicación de la L.e.c. de 1881, vigente

hacerlo, incluyendo el régimen de visitas de los abuelos entre los posibles contenidos de la sentencia. Si ésta puede pronunciarse sobre aquél, resta resolver quién y cómo puede pedirlo.

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, se abren diversas posibilidades. En primer término, es posible que la pretensión sea ejercida conjuntamente por el cónyuge demandante (en representación de sus hijos) y los abuelos, supuesto en que, como accesoria, se acumulará al procedimiento principal. En segundo lugar, podrá ejercer la pretensión el cónyuge demandante, asumiendo la representación de menores y abuelos, la primera legal; la segunda necesariamente voluntaria. En tal caso, habrá de acompañar a la demanda los documentos que acrediten la representación que se atribuye, sin que ello exima de la llamada a los abuelos al objeto de ser oídos y consentir en presencia judicial.

El cónyuge demandante puede, en tercer término, actuar individualmente, en exclusiva representación del hijo. En tal caso, los abuelos habrán de aparecer, junto al otro cónyuge, como demandados, pues cualquier pronunciamiento sobre la relación jurídica reclamada despliega necesariamente su eficacia frente a ellos. De no figurar como tales, el Tribunal ha de darles igualmente traslado de la demanda, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días (artículo 753 L.e.c.)²⁸.

Frente a los poderes ofrecidos al demandante, el cónyuge demandado que pretenda el establecimiento de un régimen de visitas entre nietos y abuelos carece de facultades para provocar la intervención de estos últimos, al no estar el supuesto expresamente previsto por la Ley (artículo 14.2 L.e.c.). Por tal razón, de ejercer la pretensión, lo hará en representación exclusiva del hijo, demandando necesariamente a los abuelos, en un supuesto de recon-

al tiempo de promoverse la litis-, entiende que el único cauce adecuado para obtener la efectividad del derecho reconocido en el artículo 160.2 es el juicio ordinario declarativo de menor cuantía, excluyendo su reclamación "a través o en el cauce de los procesos de separación o divorcio que hayan podido substanciar o se substancien entre los padres del menor, porque tal cuestión es ajena y excede de lo que es objeto de tales específicos procesos...".

²⁸ El precepto prevé el traslado de la demanda, a efectos de que sea contestada, a aquellas personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandadas. No hay norma específica que atribuya tal condición a los abuelos. Más aún, de haberla, holgaría toda esta reflexión. Sin embargo, creemos que se la otorga la definición genérica de legitimación, contenida en el artículo 10 de la L.e.c. ¿Acaso no son los abuelos titulares de la relación jurídica pretendida?

vención de tercero, que ha de entenderse permitida, al cumplirse los requisitos de los artículos 770 regla 2ª y 407 de la L.e.c. (aplicable al proceso matrimonial *ex* artículo 753). De no figurar los abuelos como demandados en la reconvencción, el Tribunal habrá de darles en todo caso traslado de la misma, al objeto de que contesten en el plazo de veinte días (artículo 753, en relación al 770 regla 2ª d) de la L.e.c.).

Junto a los supuestos analizados, debe considerarse la hipótesis de que el proceso matrimonial se inicie y desarrolle al margen de los abuelos, por no ser tenidos en cuenta en las medidas propuestas por las partes. En tales casos, no debe olvidarse que los abuelos son titulares de un derecho subjetivo -el derecho a relacionarse con sus nietos- que les otorga legitimación en juicio para procurar su efectividad (artículo 160 C.c.). Por tal razón, les asiste la facultad de iniciar un procedimiento *ad hoc*, y solicitar su acumulación al proceso matrimonial, de acuerdo con los artículos 74 y siguientes de la L.e.c.²⁹.

II. La atribución de la guarda y custodia del menor a sus abuelos. La reforma del artículo 103 del Código civil

El artículo 160 ha constituido desde su promulgación el marco normativo propio de canalización de las relaciones entre abuelos y nietos. Sin embargo, no ha sido el único referente legal al respecto. Otros preceptos han servido para articular este tipo de relaciones, llegando a consecuencias mucho más drásticas, en concreto, la concesión a los abuelos de la custodia de los nietos menores contra la voluntad de uno o de ambos progenitores.

Con carácter general, tal posibilidad se ampara en el omnipresente y omnipotente artículo 158 del Código civil, que permite con extraordinaria amplitud la intervención judicial de la patria potestad. De acuerdo con la norma, el Juez puede adoptar, en cualquier tipo de proceso, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de cualquier pariente o del propio menor

²⁹ Debe descartarse la posibilidad de que los abuelos soliciten la admisión en el proceso matrimonial mediante la intervención prevista en el artículo 13 L.e.c., pues su pretensión se formula tanto frente al cónyuge actor como frente al demandado. Por idéntica razón, ha de excluirse la posibilidad de que acumulen directamente su pretensión al proceso iniciado, dada la inadmisión por nuestra Ley procesal de la intervención principal (*cf.*, M. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, 5ª ed., Aranzadi, 2004, pág. 266).

cualesquiera medidas orientadas a asegurar la prestación de alimentos y a apartar al menor de cualquier género de peligro o perjuicio (números 1 y 4 del precepto). Entre tales medidas, el propio Tribunal Supremo ha incluido la atribución a los abuelos de la custodia de sus nietos, sin perjuicio de la conservación de la patria potestad, que se ejercerá mediante el establecimiento de un régimen de visitas orientado a la progresiva adaptación de los menores a la compañía de sus padres³⁰.

La atribución de la guarda de los menores a los abuelos, constante la patria potestad, genera una situación en cierto modo anómala, al hacer recaer sobre personas distintas el ejercicio simultáneo de funciones en principio exclusivas de los padres. Por tal razón, sería conveniente que el auto o sentencia donde se decreta la medida se pronunciase sobre el ámbito de poder otorgado a los abuelos, en oposición al mantenido por los padres, previa discusión de tales extremos en el proceso. Desgraciadamente, nuestros Tribunales no tienen tal costumbre, presuponiendo tal vez un contenido apriorístico de la función de guarda desgajada de la patria potestad, contenido que ningún precepto del Código regula³¹. Únicamente la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001 se pronuncia sobre la cuestión analizada, atribuyendo a la madre la representación legal de la menor, la administración de sus bienes y la adopción de las decisiones más trascendentales de su vida, con la paralela asunción por los abuelos de los deberes inherentes a la convivencia (velar por la menor, tenerla en su compañía, alimentarla y educarla), del poder de corregirla razonablemente y, *a contrario*, de la adopción de las decisiones relacionadas con cuestiones cotidianas de la vida diaria (tratamientos médicos ordinarios, control de los estudios, tiempo de ocio...), a las que habrán de unirse cuantas no admitan demora³².

³⁰ Cfr., SSTS de 5 de octubre de 1987 (R.J.A. 1987, núm. 6716), de 11 de octubre de 1991 (R.J.A., 1991, núm. 7447), de 12 de febrero de 1992 (R.J.A. 1992, núm. 1271), de 29 de marzo de 2001 (R.J.A. 2001, núm. 9852) y de 19 de febrero de 2002 (R.J.A. 2002, núm. 62415). En todos los supuestos enjuiciados, la guarda del menor venía siendo ejercida de hecho por sus abuelos, decretándose en las diferentes instancias el mantenimiento provisional de tal situación.

³¹ No son aplicables al efecto las normas relativas al ejercicio individual -transitorio o tendencialmente permanente- de la patria potestad por uno de los progenitores, al presuponer la titularidad de ambos.

³² Sobre la sentencia, puede verse el interesante comentario de J. FERRER RIBA en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 2002, págs. 71 a 89. Obsérvese que la distribución de funciones dispuesta por el Tribunal Supremo coincide básicamente con la establecida

Aun cuando el artículo 158 del Código civil acoge, en su generalidad, cualquier tipo de situaciones, la posibilidad de atribución de una guarda transitoria a favor de los abuelos, en contextos de crisis matrimonial, se recoge específicamente desde 1981 en el artículo 103, regla 1ª del Código civil. Situada en sede de medidas provisionales, la norma faculta al Juez para encomendar "excepcionalmente" a los hijos a una persona distinta de los padres o, de no haberla, a una institución idónea³³. El artículo ha sido, más que reformado, "retocado" por la Ley 42/2003. Si antes recogía la posibilidad de que los hijos fuesen encomendados a "otra persona", hoy habla expresamente de "los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren".

Nuevamente, la modificación operada es insustancial, salvo que se entienda, a la luz de la Exposición de Motivos, que la nueva expresión legal implica un orden de prelación en el llamamiento, de modo que, solo faltando los abuelos -o no siendo idóneos-, se ofrezca la custodia a los demás parientes u "otras personas", por este orden³⁴. Si esta es la novedad, es dudoso que deba ser celebrada, pues es posible preguntarse si los abuelos deben ser siempre preferidos a otras personas. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de las familias reconstituidas, en que cada miembro de la nueva pareja asume funciones cuasiparentales en relación a los hijos habidos por

por el Código para los supuestos de guarda administrativa (artículo 172.2), único referente legal al que puede acudir por razón de analogía, al suponer la atribución de la custodia del menor a un tercero, sin simultánea privación de la patria potestad. Ya tenga su origen en la solicitud de los padres (artículo 172.2.1), ya en una decisión judicial (artículo 172.2.4), la guarda se resuelve en la constitución de un acogimiento (artículo 172.3), que implica la asunción por los acogedores de los deberes inherentes a la convivencia y cuidado inmediato de los menores, tal y como se definen en el artículo 173.1: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. El precepto identifica la función de los acogedores con el contenido personal de la patria potestad (artículo 154.1), de ahí que les corresponda la adopción de las decisiones atinentes a tal esfera, al menos en cuanto no revistan especial trascendencia en la vida y formación del menor (Cfr. J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Granada, Comares, 1989, pág. 150; M^a. V. MAYOR DEL HOYO, *op. cit.*, págs. 350 a 362; M^a. M. HERAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 100 y 101.).

³³ Sobre los precedentes de la norma, *vid.*, F. RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol I, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 677 y 678.

³⁴ La Exposición de Motivos de la Ley apunta esta conclusión, al señalar que "Asimismo, el artículo 103, coherentemente con la modificación del artículo 90 (sic), prevé la decisión jurisdiccional, cuando falte el acuerdo entre los cónyuges, de encomendar en primer lugar a los abuelos la tutela de los hijos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes u otras personas o instituciones".

el otro de una relación anterior, a quienes se unen con frecuencia hijos comunes. En caso de ruptura, y eventual imposibilidad o inconveniencia de atribución de la guarda del niño a su progenitor, parece que debiera priorizarse la atribución de la guarda a su pareja, cumpliendo así la directriz de no separar a los hermanos.

Frente a la innecesaria explicitación de los abuelos como posibles guardadores provisionales de los menores, la reforma ha dejado sin resolver cuestiones de mayor calado, entre ellas, el propio sentido y alcance de la expresión "funciones tutelares" contenida en el precepto. Sabido es que las funciones tutelares absorben el contenido de la patria potestad, de ahí que, literalmente interpretada la norma, la medida habría de suponer su privación o, cuando menos, su suspensión³⁵. Tal entendimiento se nos antoja difícilmente sostenible. No parece aceptable que la privación de la patria potestad, siquiera temporal, pueda ser decretada en un auto, como medida provisional de un proceso matrimonial cuando, de acuerdo con el artículo 170 del C.c., tal privación sólo puede producirse en virtud de sentencia³⁶. Por otro lado, asociar la adopción de la medida a la pérdida de la patria potestad equivale a limitar su procedencia a los supuestos en que concurra causa legal de privación, olvidando la conveniencia de que el cuidado de los hijos se encomiende a terceras personas cuando los padres, sin incumplir gravemente sus deberes, se encuentran en una situación que les dificulta enormemente el ejercicio satisfactorio de la patria potestad (enfermedad, dificultades económicas graves...)³⁷.

³⁵ Así lo ha entendido una parte de la doctrina, que ve en el artículo 103 un supuesto de constitución de una tutela temporal y especial, reducida a los supuestos en que concurra causa de privación de la patria potestad. *Cfr.*, J. L. DE LOS MOZOS y M^a. J. HERRERO GARCIA, "Comentario al artículo 103", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, obra coordinada por J. L. LACRUZ BERDEJO, Madrid, Civitas, 1982, págs. 858 y 859; G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, obra dirigida por M. ALBALADEJO, t. II, 2^a ed., Madrid, EDERSA, 1982, pág. 463; A. M^a. ECHARTE FELIU, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada, Comares, 2000, pág. 108.

³⁶ *Cfr.*, M^a. P. CALDERÓN CUADRADO, *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la L.E.C.)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 127.

³⁷ *Cfr.*, F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1984, págs. 93 y 94; J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *op. cit.*, págs. 47 y 48; M^a. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, en *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 418.

Por las razones apuntadas, entendemos que el artículo 103 recoge una figura diversa a la tutela y necesariamente más restringida: una guarda de origen judicial cuyo contenido define erróneamente el precepto³⁸. En la fijación de las funciones inherentes al cargo, creemos aplicable cuanto se ha dicho a propósito de la guarda atribuida a los abuelos al amparo del artículo 158, de modo que se indentifican con el contenido personal de la patria potestad³⁹. Dentro de tal ámbito, corresponderá al juez concretar las funciones que competen a los abuelos, teniendo presente que cualquier exceso sobre aquél implicaría una privación, cuando menos parcial, de la patria potestad, inviable en sede de medidas provisionales.

El alcance de la expresión legal "*funciones tutelares*" no es el único extremo que la Ley de 2003 ha dejado sin resolver. Por el contrario, la inclusión de la atribución de la guarda a los abuelos entre las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda, sin la paralela reforma del artículo 92, mantiene la cuestión de su procedencia como medida definitiva o contenido de la sentencia⁴⁰. Entendemos que se trata de una cuestión más aparente que real, pues la propia naturaleza cautelar de las medidas provisionales, como anticipo de los efectos de la sentencia, impone la respuesta afirmativa. La excepcionalidad de la medida no debe conducirnos a una interpretación restrictiva del artículo 103 C.c. Si los padres no están en condiciones de tener a los hijos bajo su custodia, es comprensible que ésta se confiera, desde que sea necesario (incluso con anterioridad a la presentación de la demanda), a las personas más próximas al menor. Pero las circunstancias que han dado lugar a la atribución provisional de la guarda pueden permanecer activas, lo que aconseja su continuación tras recaer sentencia de nulidad, separación o divorcio. El fundamento legal de la viabilidad de la medida se encontraría, tanto en la posible aplicación

³⁸ Cfr., F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Convenios reguladores...* loc. cit., pág. 94, n. 18; J. M. RUIZ-RICO RUIZ, op. cit., pág. 48, para quien el artículo 103 dibuja una nueva figura, que califica de "guarda legal" o "guarda jurídica".

³⁹ Atribuyen un contenido estrictamente personal a la función tutelar recogida en el artículo 103 C.c. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *ibidem*; J. M. RUIZ-RICO RUIZ, op. cit., pág. 49; M^a. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, loc. cit., pág. 418; M^a. D. ARIAS DÍAZ, "Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos", *La Ley*, Año xxvi, núm. 6184, Lunes, 7 de febrero de 2005, pág. 3.

⁴⁰ Ampliamente reformado por la Ley 15/2005, el artículo 92 C.c. sigue silenciando la posibilidad de atribución de la custodia de los menores a sus abuelos u otras personas que así lo consientan.

análoga del artículo 103, como en la aplicación directa del artículo 158, que permite adoptar todo tipo de medidas protectoras “dentro de cualquier proceso civil o penal”⁴¹.

Debe observarse que el contenido de la guarda atribuida a los abuelos puede diverger cuando es decretada como medida definitiva o contenido de la sentencia, supuesto en que no se verá necesariamente afectada por los límites funcionales antes apuntados. Es sabido que la sentencia que pone fin a los procesos matrimoniales podrá acordar la privación de la patria potestad “cuando en el proceso se revele causa para ello” (artículo 92.3). De este modo, siempre que se alegue y pruebe, en los términos del artículo 170, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, la atribución de la guarda a los abuelos con facultades de representación y /o administración constituirá una legítima suspensión de tales funciones a los padres, al quedar garantizada la exigencia de sentencia, resultado de un proceso contencioso donde se garanticen los principios de audiencia y contradicción del progenitor o progenitores afectados.

⁴¹ Cfr. J. FERRER RIBA, *loc. cit.*, págs. 79 y 80. Como señala este autor, el carácter definitivo de la medida no impide que pueda acotarse su duración y que quepa su modificación, si varían las circunstancias.