



**PROYECTO FÍN DE MÁSTER.**

**DIFICULTADES DERIVADAS DE LA  
IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DEL  
RÉGIMEN DE VISITAS CON LOS HIJOS.**

TITULACIÓN:

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

ABRIL 2014

BEATRIZ EQUIZA JUANGO

Licenciada en Derecho.

Tutor/a: Raquel Luquin Bergareche.

## ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional.

ap. (aps.): apartado. (apartados).

AP: Audiencia Provincial.

art. (arts.): Artículo (artículos).

AT: Audiencia Territorial.

ATC: Auto del Tribunal Constitucional.

ATJCE: Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

ATPICE: Auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

ATSJ: Auto del Tribunal Superior de Justicia.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

Cap. (Caps.): Capítulo (Capítulos.)

CC: Código Civil.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CCEE: Comunidades Europeas.

CE: Constitución Española o Comunidad Europea, según el contexto.

CFGE: Circular de la Fiscalía General del Estado.

Dept. Departamento.

DF: Decreto Foral.

DFLeg.: Decreto Foral Legislativo.

DFNorm.: Decreto Foral Normativo.

DLeg.: Decreto Legislativo.

DLey: Decreto-Ley.

Dr.: Doctor

EEUU: Estados Unidos.

Etc.: Etcétera.

F.: Fundamento Jurídico.

IMAC: Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

J: Jurisprudencia.

JPI: Juzgado de Primera Instancia.

JUR: Documento de Jurisprudencia disponible en <http://www.westlaw.es> o <http://www.cendoj.es>

LArb: Ley de Arbitraje.

LECiv: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LF: Ley Foral.

L.O.: Ley Orgánica

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

NF: Norma Foral.

Num./nº: Número.

OF: (OO FF): Orden Foral (Ordenes Forales).

Párr.: Párrafo.

P.ej.: Por ejemplo.

PE: Parlamento Europeo.

Pág. (págs.): página (páginas)

PJ: Poder Judicial.

RJ: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.

Regl.: Reglamento.

Res.: Resolución.

RJNav.: Revista Jurídica de Navarra.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

SAP.: Sentencia de la Audiencia Provincial / Síndrome de Alienación Parental

Secc.: Sección.

SS: Siguietes.

ST: Sentencia.

STC (SSTC): Sentencia(s) del Tribunal Constitucional.

STS (SSTS): Sentencia(s) del Tribunal Supremo.

STSJ (SSTSJ): Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia.

TA: Texto Articulado.

TEDDHH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

Tít.: Título.

TR.: Texto Refundido.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal(es) Superior(es) de Justicia.

TSJyAP: Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

Vp. (Vvpp.): voto particular (Votos particulares).

## EL IUS VISITANDI O DERECHO DE COMUNICACIÓN DEL MENOR CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO

“El art. 39 de nuestra CE encomienda a los poderes públicos asegurar la *protección social, económica y jurídica de la familia* (art. 39.1 CE) y la *protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil* (art. 39.2 CE), erigiéndolos en principios que deberán inspirar la *legislación, la práctica judicial y la actuación de todos los poderes públicos* (art. 53.3 CE).

El artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 se refiere al derecho del menor “*que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores*”, y ello de modo regular, salvo “*si es contrario al interés superior del niño*”.

La Recomendación del Consejo de Europa nº R (98) del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar adoptada el 21 de enero de 1998 señala en su Exposición de Motivos que se ha de asegurar la protección de los intereses del niño y de su bienestar “*especialmente en los problemas de custodia y derecho de visitas*”.

La protección del interés de los menores se realiza de manera normalmente a través del ejercicio de la patria potestad y las funciones tutelares. Los progenitores (padre y madre) deberán *velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarles y procurarles una formación integral*, como contenido normal de la patria potestad (art. 154 CC). La *facultad-deber* de “*tener en compañía a los hijos*” es el modo idóneo para el ejercicio del deber de cuidado y educación de los mismos. Sin embargo, en supuestos de ruptura de la pareja, el progenitor que no tenga atribuida la custodia de los hijos conserva el derecho a comunicarse con ellos (mal denominado “régimen” o “*derecho de visitas*”), en la forma que acuerden las partes en convenio regulador ratificado judicialmente o, en su defecto, en los términos previstos en la resolución judicial que podrá determinar las condiciones temporales, espaciales y circunstanciales de ejercicio del *ius visitandi* (art. 94 CC).

En nuestro ordenamiento jurídico, en el marco del Derecho común del Código civil, el llamado *derecho de visitas*, viene regulado en el art. 94 CC, en concordancia con el art. 161 del mismo cuerpo legal. El art. 94 del Código Civil dispone que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores, gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Asimismo, y según dispone el art. 160 del mismo texto legal, los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen derecho<sup>1</sup> a relacionarse con sus hijos menores. Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años. (art.159 CC).

En la decisión que haya de adoptarse a este efecto no rige el Principio Dispositivo; de modo que el Órgano Jurisdiccional es soberano (art. 158 CC) para decidir aquel régimen que se considere más adecuado en interés de los hijos e hijas menores de edad (*favor minoris*).

El “régimen de visitas” no es un derecho propio y verdadero, sino un complejo de derechos-deberes cuyo adecuado cumplimiento no tiene por única finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino que también, tal y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 4/5/2006, tiene por finalidad

---

<sup>1</sup> Derecho que, como tal, debiera considerarse del hijo o hija, más que de sus padres.

Como señala LUQUIN BERGARECHE, R. “este *ius visitandi* ha sido configurado por la jurisprudencia como un *derecho-deber* encuadrado dentro de la categoría de los que se denominan “*derechos-función*”. Se tiende a pensar que este derecho es una prerrogativa que el Derecho concede a progenitores no custodios frente a los custodios en situaciones de ruptura de pareja, para nivelar el inevitable desdoblamiento de funciones parentales provocado por la separación física de los cónyuges, satisfaciendo derechos, deseos o necesidades afectivas de los progenitores. Su finalidad prioritaria no es la de dar satisfacción a los deseos del progenitor que no detenta el cuidado cotidiano de sus hijos, sino, fundamentalmente, la de amparar los intereses de estos hijos que gozan de la superior y preferente protección del ordenamiento jurídico (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de 11 de enero de 2002). Como ha declarado con reiteración la jurisprudencia, “*en el artículo 94 del Código Civil se configura el derecho, que también es una obligación del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad de comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, derecho-obligación que se inscribe en el marco de las relaciones paterno-filiales, siendo una faceta del desarrollo de la personalidad de los hijos importante y en cuya determinación, concreción y desarrollo ha de primar, no obstante el derecho del progenitor, el principio rector consagrado en el artículo 92 del Código Civil, acerca de que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, hasta el punto de que si son mayores de doce años o tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos al respecto*” (SAP Valencia, Sec. 10ª, de 11 de diciembre de 2002). LUQUIN BERGARECHE, R. “*Los Puntos de Encuentro Familiar como garantía del Interés del Menor en el ejercicio del Ius Visitandi*”. Revista Actualidad Civil Aranzadi Nº 3, 2012, p. 3

cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos para un desarrollo armónico y equilibrado de éstos.

En este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid el 25 de Mayo de 2001, dispone que se trata de un mecanismo adecuado de relación, trato, convivencia, transmisión de afectos e inquietudes entre los hijos y el padre o la madre con quien no conviven habitualmente. Igualmente, la Audiencia Provincial de Madrid el 26 de Junio de 2001, entiende que el régimen de visitas constituye un derecho-deber del progenitor frente a la prole, lo cual supone afianzar y perpetuar los lazos afectivos entre unos y otros.

El pleno equilibrio afectivo y emocional del menor exige una comunicación lo más fluida posible con su progenitor no custodio. Sin embargo, no puede obviarse que, cuando la relación paterno-filial no ha existido durante un tiempo, no parece aconsejable que desde un principio el menor pase a convivir y pernoctar con su progenitor la mitad de las vacaciones escolares, residiendo en lugares diferentes, dejando el establecimiento del régimen de vacaciones, una vez se constate una comunicación fluida y estable entre padre e hijo/a que posibilite la separación de su madre sin afectar a su estabilidad emocional.

El *ius visitandi* o derecho de comunicación con el menor, como bien señala la Sentencia del Tribunal Supremo 720/2002 de 9 de Julio, no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y al tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas en el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Así pues, la conveniencia e interés del menor exigen el establecimiento de un régimen de visitas amplio y flexible, en el que las relaciones entre el progenitor no custodio y el hijo sean continuas y normalizadas.

El establecimiento de un régimen de visitas, debe ser razonable no solo para preservar, sino también para favorecer la relación del progenitor que no ostenta su guarda y custodia con los hijos menores. Pero, ante todo, las decisiones sobre el régimen de visitas, estancias y comunicaciones de los hijos menores deben estar presididas, por un principio que en esta materia es esencial: *el interés y el beneficio de*

*los hijos*<sup>2</sup>. En este sentido, tal y como recalca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 14/9/2006, habría de recordarse que todas las medidas (tanto personales y patrimoniales) que afecten a los hijos menores, han de estar presididas por el principio del “*favor filii*” o beneficio de los menores. Es por ello que el Código Civil potencia la relación de los hijos con sus padres (especialmente con el que no ostenta su guarda y custodia). La patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad tal y como señala el art. 154 CC, o en el caso de que los padres vivieren separados y no decidieran de común acuerdo será el Juez, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad, establecido en el art. 159 del mismo texto legal.

El mejor régimen es aquel que no hay necesidad de establecerlo judicialmente<sup>3</sup>. Sin embargo, la realidad es que en numerosas ocasiones los desacuerdos, discrepancias o tensiones entre los progenitores hacen necesario imponer un período de visitas de rigurosa observancia por ambos para la protección del supremo interés del hijo menor. Pero en estos casos, la conveniencia y el beneficio del menor aconsejan amplitud, generosidad y facilidad en la comunicación con el progenitor que no convive con el menor, y la aplicación de medidas restrictivas o limitativas exige que concurran unos motivos graves debidamente acreditados, de los que se desprenda que la comunicación padre-hijo pudiera constituir un riesgo o perjuicio para este (p.ej. Sentencia de la AP Toledo, Sección 1ª, de 21/4/2004; Sentencia AP Sevilla, Sección 8ª, de 12/11/2003; Sentencia AP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 30/7/2001.

---

<sup>2</sup> En este sentido, señalamos algunas sentencias como las Sentencias del TS de 29/4/2013, la del 31/7/2009, la del 9/3/2012, la del 27/9/2011, p.ej.

<sup>3</sup> Lo que se trata a través de este “*derecho de comunicación y visita*” es lograr que los hijos tengan unos contactos lo más amplios y fluidos posibles con aquel de sus progenitores de cuya compañía cotidiana han sido privados, al constituir tales contactos, por regla general, un factor fundamental para el desarrollo y formación, en todos los órdenes, de la infancia: “*Se trata de un derecho claramente subordinado al interés del menor, y así está recogido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia: Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas de 1959; Resolución de 29-5-1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; y Convención del Consejo de Europa de 1980 sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Guarda de Niños, por ser el más valioso y necesitado de protección y debe ser cancelado al margen y por encima de los motivos que dieron lugar a la separación entrega el visitador [sic] y el titular de la guarda del menor. Y es que el «ius visitandi» cumple una evidente función familiar pues quiere la ley que aunque la familia atraviese una crisis o ruptura, incluso definitiva, se cumplan en la medida de lo posible, los fines asegurados al núcleo familiar, entre ellos, el del pleno desarrollo de la personalidad de los mismos. Así pues, la conveniencia e interés del menor exigen el establecimiento de un régimen de visitas amplio y flexible, en el que las relaciones entre el progenitor no custodio y el hijo sean fáciles, continuas y normalizadas*” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª, 4 de junio de 2006).



Se han venido apuntando algunas pautas orientativas que se pueden sentar como pilares de toda resolución sobre esta cuestión, las cuales vienen a ser:

1. Salvo supuestos excepcionales (privación de la patria potestad...), habrá de fijarse un sistema de comunicación entre el progenitor no custodio y sus hijos denominado “régimen de visitas”.

2. Dicho “régimen” estará sometido a fluctuaciones y cambios en función de la edad y el propio desarrollo afectivo del menor, así como en base al desarrollo de las relaciones entre el progenitor no custodio y el menor.

En este sentido, son muchos los estudios psicológicos realizados por expertos en la materia sobre la forma y duración del régimen de visitas, estando generalmente admitido que, en bebés hasta 6 meses de edad, es recomendable que las visitas sean frecuentes, de corta duración y en lugares cotidianos para el menor; no siendo recomendable, por el contrario, la estancia con el progenitor no custodio por la necesidad de mantener con la máxima estabilidad los hábitos de comida y sueño del niño. En este sentido, también se pronunció la Audiencia Provincial de Guadalajara en Sentencia del 4 de mayo de 2006.

## **I. Suspensión del derecho de visitas**

Este derecho, tal y como se establece en reiteradas Sentencias el Tribunal Supremo, entre otras: las SSTS 720/2002 de 9 de Julio, 30/4/1991, STS 19/10/1992, STS 22/5/1992 y STS 21/7/1993, sólo cede en caso de peligro concreto y real para la salud física o moral del menor.

Igualmente en este sentido se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, en relación a los casos de divorcio de parejas europeas que no

---

En los primeros años de vida, hasta los 2 ó 3 años de edad como media, es imprescindible la proximidad y estabilidad afectuosa de uno de los progenitores (siendo de ordinario la madre), pero la figura paterna aparece como imprescindible para fomentar, entre otras cosas, la autonomía infantil, por lo que las visitas deben de ser también constantes y de algo más de duración; pero procurando no romper la unidad del entrono del menor. Esto otorga seguridad al mismo, y se consigue mediante la fijación de un tiempo no excesivamente amplio de estancia pero suficiente para que se produzca la identificación de la figura del padre (que es normalmente el que no tiene la custodia), y del círculo espacial donde éste desarrolla su propia vida independiente de la del otro progenitor.

tuvieran la misma nacionalidad. Según esta Cámara, la suspensión del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone “*con elevada probabilidad, directa y seriamente*” en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto<sup>4</sup>.

Se ha hecho especial mención al interés o beneficio del menor (*favor minoris*), pero,

1. *¿Qué significa realmente esta expresión?*

A veces creemos saber cuál es el bien del menor, aplicando unos determinados criterios, olvidando que aunque los seres humanos obedecemos comúnmente a unas reglas generales, también constituimos una individualidad irrepetible y singular. Lo que es bueno para uno, es malo para otro y, viceversa.

Se debe tener en cuenta la posible interpretación con matices del mencionado principio general establecido en el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de Enero de 1996.

Uno de los problemas de mayor dificultad en solucionar, es la contradicción que puede presentarse cuando entran en colisión dos o más principios fundamentales que se oponen entre sí. Para resolver esos conflictos, hay derechos que se consideran preponderantes en relación con otros por la propia naturaleza del derecho. No obstante, debe analizarse y medirse la calidad y condición de los derechos afectados.

En lo que se refiere al carácter dispositivo o inquisitivo del Principio del *favor minoris* en esta materia, hay que sentar claramente que se trata de un principio inquisitivo. Es decir, El Juez puede resolver materias sobre las que nadie le ha pedido que se pronuncie y puede utilizar con mayor amplitud sus facultades para acordar pruebas no solicitadas por las partes. En este sentido, los arts. 91, 92, 93, 94 y 96 CC, con carácter imperativo, a pesar de ser preceptos de derecho civil, imponen al Juez la obligación de pronunciarse sobre el cuidado y educación de los hijos, el régimen de

---

4.Sin embargo, no constituye causa de restricción del sistema de comunicaciones el hecho de que la progenitora custodia conviva con un tercero, quien mantiene una óptima relación con el menor, puesto que esta circunstancia no es motivo ni causa para sustituir la figura paterna en la vida del menor.

visitas, estancias y comunicaciones de los menores con el padre que no conviva con ellos y determinar la contribución de cada uno de los progenitores para satisfacer alimentos, la atribución del uso de la vivienda familiar, etc.

En cuanto a la discrecionalidad del Juez para actuar en el proceso (por ejemplo, cuando uno de los cónyuges no solicita la custodia de los menores), de una parte el art. 751 LEC determina la indisponibilidad del objeto del proceso en los pleitos sobre filiación, matrimonio y menores,... y de otra el art.752.1 LEC faculta al Tribunal para decretar de oficio pruebas que considere pertinentes; y el 752.2 LEC le exime de toda vinculación con las disposiciones de las partes. En este sentido, y a modo de ejemplo, debemos señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1986 de 12 de Junio que dice: *“La incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir ex officio”*.

La facultad de acordar pruebas de oficio viene reiterada en el art.770. 4 LEC sobre el proceso matrimonial contencioso, con especial énfasis en las circunstancias de las que dependan los pronunciamientos sobre las medidas que afecten a los menores o incapaces.

El artículo 749.2 LEC dispone con carácter general, que en los procesos familiares (sobre capacidad, filiación, matrimonial y menores), será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados sea menor, incapaz o ausente. Igualmente ratificado por los arts. 753, 771.2, y 3, 773.3 y 774.2 del mismo cuerpo legal.

Para los procesos de mutuo acuerdo, el art. 777.5 LEC establece que “el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativo a los hijos...”

La diferencia entre ambos estriba en que en los procesos contenciosos, el Ministerio Fiscal es parte, mientras que en los procesos de mutuo acuerdo debe informar. *“Ser parte”* significa que se puede oponer a la demanda, promover excepciones, proponer la prueba... noción que no se debe confundir con la simple función de *informar*. Ello seguramente se deba a la naturaleza no contenciosa del proceso de mutuo acuerdo donde no cabe que el Fiscal realmente sea “parte”.

En la práctica actual, la función del Ministerio Fiscal está siendo ampliamente cuestionada. En primer lugar, porque la falta de medios humanos que afecta al Ministerio Público determina en muchas ocasiones que no se encuentre físicamente presente en los juicios donde se encuentran involucrados menores, o por la carencia y necesaria formación previa, etc.

Sin embargo, con la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de Julio de 2005 ha aumentado la incongruencia en la regulación de esta cuestión, ya que se exige el dictamen favorable del Ministerio Fiscal para que el Juez pueda acordar una custodia conjunta (art. 92.8 CC).

## **MODALIDADES DE REGIMENES O SISTEMAS DE COMUNICACIÓN ENTRE LOS PADRES NO CUSTODIOS Y SUS HIJOS MENORES**

Una de las consecuencias directas de la separación o divorcio de los progenitores es el establecimiento de sus respectivas residencias en diferentes domicilios tras acaecer la crisis matrimonial. Es entonces cuando se debe establecer un “régimen de visitas” o sistema de comunicación de los hijos a los fines de proveer el contacto y comunicación lo más amplia posible de los hijos con el progenitor no conviviente. (ANEXO I).

Se trata de un derecho-deber que persigue como objetivo estrechar las relaciones familiares, y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Por ello, debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, y es el de estos últimos *ius visitandi* basado en el *favor minoris* o prevalencia del interés del menor el que goza de preeminencia frente a cualquier otro que pudiera concurrir en el caso concreto.

La denominación tradicional dada a esta institución no siempre ha sido adecuadamente entendida por el lego. En efecto, de su literalidad podría decirse que sólo se puede realizar el contacto progenitor-hijo en forma de “visita” en el domicilio de quien detente la tenencia. Sin embargo esto no es correcto y muchas veces la visita en tal domicilio resulta perjudicial, ya que con ella puede afectarse la libertad en la relación entre el padre y el hijo no conviviente, a la vez que producir interferencias en el ámbito doméstico privado del otro progenitor.

La comunicación, por ende, puede realizarse tanto en el domicilio del menor como en el del padre no conviviente o en otro lugar que resulte propuesto conforme a las circunstancias. Para facilitar el correcto entendimiento de esta situación, hay que tener en cuenta que su fundamento echa raíces en la necesidad de cultivar el afecto, de estabilizar los vínculos familiares y de pretender su subsistencia real, efectiva y eficaz.

Por otro lado, la denominación “régimen”, evoca connotaciones peyorativas de sometimiento a un sistema restrictivo y la de “visitas” igualmente trae a la mente un sistema en el que parece circunscribirse la relación padre-hijo a un mero contacto presencial alterno algunos días y horas, cuando lo que se pone en juego es una más amplia comunicación (mensajes, afectos, construcción del vínculo afectivo en

definitiva) que, más aún en la era de la tecnología, viene posibilitada también a través de las comunicaciones telefónicas y electrónicas o telemáticas (chats, mensajes SMS, wassapp, mails o mensajes, etc.), las cuales pueden ser útiles en ciertos casos y condiciones en función de las circunstancias de cada caso. (En este sentido se pronuncia la Sentencia del TS de 29/11/2013).

Los diferentes *sistemas o regímenes* de estancias y visitas con el menor tras la ruptura de los progenitores pueden ser tan variados como las propias circunstancias vitales de cada familia. No obstante, del análisis de la Jurisprudencia resulta posible llegar a un breve resumen de los mismos.

En principio, conviene precisar que, aunque resulta habitual oír hablar en el “*usus fori*” de “derecho de visita<sup>5</sup>”, dentro de este concepto genérico (y con independencia de las comunicaciones verbales o escritas), se encuentran incluidas dos figuras muy diferentes:

a) *Visita*: en sentido estricto, es la permanencia del menor con el progenitor no custodio durante un corto periodo de tiempo, normalmente horas, y que no incluye pernocta.

b) *Estancia*: es la permanencia del menor con el progenitor no custodio durante un largo periodo de tiempo, normalmente varios días, y que incluye la pernocta.

De inicio, conviene destacar que resulta recomendable poner de manifiesto, tanto en el Convenio Regulador como en la Sentencia, que el sistema de visitas y estancias que se establezca reviste el carácter de régimen complementario con respecto de los acuerdos a los que, bien con carácter general, bien de forma puntual, puedan llegar los progenitores. Para que el sistema de estancias y visitas que se proponga no encuentre la oposición del Ministerio Fiscal, como defensor del interés del menor, ha de procurar ser lo más preciso y concreto, ya que éste, vela por el superior interés del menor. (art. 92.6 CC y art. 9 LOPJM).

En concreto, el criterio fundamental es la edad del menor. De modo que cuanto menor sea éste, más amplia debe ser la frecuencia de contacto con el progenitor no custodio. En este aspecto se incidirá después.

---

5. Aunque más adecuado resultaría denominarlo “*derecho a relacionarse con el menor*” que es la expresión que se contiene en el art. 160 CC.

## **I. Formas de cumplimiento *del ius visitandi*.**

Este derecho del padre o madre, se corresponde con otro correlativo del hijo, por lo que se debe procurar superar desavenencias y distanciamientos. Como contrapartida de la “guarda material” que detenta un progenitor, debe existir una verdadera “guarda espiritual” complementaria a cargo del otro.

Este derecho de “comunicación” no se limita a padres e hijos, sino que tiene mayor amplitud y es comprensivo también el contacto del menor con otros parientes, tales como los abuelos<sup>6</sup> y demás ascendientes y descendientes, hermanos. Se ha señalado que es razonable que así sea, ya que resultaría contrario al interés del menor fracturar sus vínculos familiares, aun cuando esta respondiera a la decisión de quien ejerce la patria potestad.

Cuando se plantean dificultades en el régimen de comunicación, es conveniente que las partes acepten sugerencias de los consejeros de familia o del órgano jurisdiccional. A tal efecto puede proponerse un régimen de entrevistas psicológicas, a fin de que los profesionales experimentados de los equipos técnicos colaboren en la solución. Los Tribunales podrán ordenar dichas entrevistas y, ante la falta de cooperación de los padres, podrán valorar la renuncia como un indicio desfavorable que podrá incidir en futuras relaciones. También podrá el Tribunal ordenar, en forma reservada y cautelar, la constatación por medio de asistentes sociales, del desarrollo de la vida familiar de cada progenitor a fin de verificar condiciones materiales del alojamiento y condiciones de vida en general.

Respecto de la forma de cumplimiento efectivo de las visitas, el Juez podrá establecerlas utilizando reglas más o menos elásticas o rígidas, según las características

---

<sup>6</sup>Este derecho de abuelos con nietos se regula en la Ley 42/2013 de 21 de Noviembre. Cierta doctrina como Gaya o Vereda, afirman que nos encontramos ante un derecho cuya naturaleza jurídica puede ser calificada de derecho-deber, derecho-función, o derecho de “finalidad altruista”, en la medida en que no se concede únicamente para satisfacer los intereses de su titular, sino los del menor visitado, respecto de quien sí que puede hablarse en puridad de un derecho subjetivo. Adopta esta tesis la SAP de Baleares de 11/3/2004, al indicar que no nos encontramos ante un derecho propio y verdadero de los familiares a satisfacer sus propios deseos, sino ante un complejo derecho-deber, que se encuentra encaminado, fundamentalmente, a satisfacer las necesidades afectivas y educacionales de los menores.

-Gaya Sicilia, R.: “El derecho de...”op. Cit., pág. 96.

-Verdera Izquierdo, B.: “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados. Diario La Ley (), año XXIII, núm. 5669, 4 de diciembre de 2002 (doctrina), Pág. 7.

SAP Jaén de 25 de febrero de 2004 (JUR 2004,105948), SAP de Las Palmas de 9 de mayo de 2002 (JUR 2002, 277801), SAP de Cáceres de 29 de julio de 2002 (JUR 2002, 233739).

del caso, y teniendo en cuenta como dato preponderante lo expresado por los progenitores y el interés del menor, quien puede ser escuchado<sup>7</sup>.

El régimen de visitas podrá, al igual que el de tenencia, ser acordado entre los progenitores. Son ellos los más adecuados para proponer sus modalidades aprovechando a tal fin pautas que la experiencia de convivencia previa les ha otorgado. Sólo ante la falta de acuerdo procede su determinación por vía judicial. La evaluación del desarrollo de regímenes anteriores, puede constituir fundamento serio para la fijación de otras características definitivas.

El régimen de visitas debe resultar favorecedor y enriquecedor de las relaciones entre padres e hijos a través de un trato fluido, constante y armónico entre todos ellos. Las decisiones, que en base a estos elementos tomen los Tribunales en relación al régimen de visitas, pueden ser experimentales. Ello significa que a veces será necesario comenzar con un régimen de visitas estructurado rígidamente para luego, conforme a su evolución y experiencia, establecerlo en forma más elástica. Así cuando el conflicto intraparental, en vez de adquirir potencia expansiva, se va desactivando, se advierten efectos saludables respecto de los hijos menores. Se manifiesta entonces una mayor tendencia a resolver civilizadamente y consensualmente las cuestiones atinentes a los hijos.

Se plantean también casos especiales en los que, por encono de los padres o dificultades profundas en la relación de estos entre sí o con alguno de los hijos, se advierta la necesidad de supervisión del contacto y a tal efecto se establezca un lugar seguro para los encuentros. Puede instrumentarse aprovechando el domicilio de parientes, casas de amigos, etc. También, en casos graves y cuando las circunstancias así lo aconsejen, podrán realizarse en la sede del Tribunal, bajo supervisión de profesionales de los equipos técnicos.

Cuando las dificultades se plantean por la realidad de un padre incumplidor o, por el contrario, por la existencia de uno obstaculizador, el Tribunal de familia debe verificar y controlar su forma de cumplimiento con el fin de desactivar estas actitudes, proponer alternativas y prevenir sobre las consecuencias gravosas que la situación puede ocasionarles.

---

<sup>7</sup>El Juez oirá a los menores que tuvieran suficiente juicio y en todo caso, a los mayores de 12 años. Art. 159CC; Convención de los Derechos del niño/a, art. 12-2º párrafo; LOPJM 1/1996, art. 9; Sentencia del Tribunal Supremo de 4/11/2013.



Es fundamental la ponderación que efectúe el Tribunal de las actitudes que adopte el cónyuge guardador en relación a la facilitación de los momentos de encuentro del hijo con el otro padre, al igual que el cumplimiento por el progenitor no guardador, ya que el incumplimiento de un régimen de contacto produce perjuicios psicológicos en el menor, quien generalmente se siente afectado por la ausencia. Sin embargo, no es posible imponer en forma coactiva el contacto. Es común que cuando los progenitores entienden cuáles son sus obligaciones y el beneficiario de su cumplimiento, comienzan a respetarlas. Caso contrario, el resultado final puede ser la desintegración parental.

### *1. ¿Cuál es el mejor régimen de visitas?*

A la hora de establecer “el régimen de visitas más adecuado” tras una ruptura, es muy importante tener en cuenta la edad de los menores que estén implicados en el mismo. Cada etapa evolutiva del menor tiene unas necesidades específicas, por lo que afectará a la hora de establecer la frecuencia y duración de las visitas, así como la existencia o no de pernoctas, y cómo distribuir las vacaciones. La frecuencia de las visitas del progenitor que no detenta la custodia es uno de los factores más importantes a tenerse en cuenta, sobre todo en menores de corta edad, de forma que puede afirmarse como regla general que, cuanto menor sea la edad niño, mayor debe ser la frecuencia de la comunicación con sus padres.

#### 1.1. LA PRIMERA INFANCIA (0 a 5 años).

A la hora de establecer la duración de las visitas, es conveniente tener en cuenta la edad de los menores; así con los niños muy pequeños es preferible que la duración sea corta, siempre que se respete una frecuencia amplia. De esta forma se interferirá lo menos posible en sus horarios (comida, baños, siesta,...).

A esta corta edad, los niños tienen una memoria a largo plazo muy limitada por lo que su forma de entender la variable “tiempo” también lo está. Así pues, una mayor

---

No debe vincularse el incumplimiento del régimen de visitas al menor, con el incumplimiento de la obligación alimentaria. Si ello se hiciera, también se estaría castigando al hijo, quien debe permanecer ajeno a los problemas legales existentes entre progenitores. No corresponde, en consecuencia, condicionar el régimen de visitas al cumplimiento de la obligación alimentaria. Tal incumplimiento otorga al progenitor custodio, acreedor de los alimentos, el derecho de ejecutar por la vía adecuada la mencionada condena, pero no cabe atribuirle alcance tal como para impedir las visitas del padre a sus hijos. Ya que en ese caso, no solo se perjudicaría al progenitor no custodio, sino al menor.

Es necesario, por último, persuadir a los cónyuges para que comprendan que si bien se puede haber quebrado irreversiblemente el afecto entre esposos, su relación como padres debe continuar y a tal efecto deben realizar esfuerzos para una buena comunicación.

frecuencia de visitas y comunicaciones con el menor es la mejor forma de garantizar el apego al progenitor que no ostente la custodia (según un estudio realizado por investigadores de la Universidad de Harvard<sup>8</sup>). De igual forma, en estos niños pequeños es bueno que la frecuencia temporal de la realización de las visitas y contactos sea fijada de forma más bien rígida, para que se vaya estableciendo un hábito en el niño y así aportarle mayor estabilidad.

## 1.2. EDAD PREESCOLAR Y ESCOLAR (5 A 11 AÑOS: hasta el inicio de la pre-adolescencia).

En estas edades, los diferentes contextos de socialización (colegio, grupo de amigos, etc.) adquieren gran importancia y el menor va ganando en autonomía, independencia, sociabilidad y madurez psicológica a todos los niveles<sup>9</sup>. Y a la hora de establecer la duración de cada una de las visitas, también es conveniente tener en cuenta la edad de los menores.

Es importante que la duración de las visitas o tiempo en que el menor pasa con el progenitor con quien no convive habitualmente, sea mayor. De esta forma, el progenitor no custodio podrá implicarse en todos los aspectos de la vida del menor (educación, establecimiento de límites, ocio,...) y compartir así más actividades con éste.

## 1.3 ADOLESCENCIA (12 a 17 años).

En la adolescencia, y de igual forma que nos referíamos a la hora de comentar la frecuencia, es necesario tener en cuenta las necesidades propias de esta edad. El adolescente es más autónomo y su vida pasa de estar centrada en su familia a centrarse en sus amigos. Es por esto que hay que intentar llegar a acuerdos entre los progenitores, lo más amplios posibles, en que se establezcan las normas de respeto parental que garanticen la fluidez de las “actividades sociales” del menor. Si se intenta imponer por parte de los padres o por parte del juez un régimen de visitas rígido a estos menores,

---

<sup>8</sup> Revista científica “Nature”.

<sup>9</sup> ROMAY MARÍNEZ, J Y GARCÍ MIRA, R. La familia potsmoderna: procesos constitutivos y parentalidad. Psicología Social y Problemas Sociales, Psicología Ambiental, Comunitaria y de la Educación. Biblioteca Nueva, Madrid.

puede generar en el menor un rechazo frontal a éste<sup>10</sup>.

La frecuencia de las visitas en la adolescencia dependerá también, de la interferencia que pueda tener con los estudios del menor o con sus actividades lúdicas. Esta es una etapa evolutiva caracterizada por la “negociación” entre padres e hijos, por lo que se recomienda intentar llegar a acuerdos con ellos. Teniendo siempre cuidado en no caer en la manipulación de los menores.

---

<sup>10</sup>.”Psicología de la adolescencia” J.C. Coleman, L.B. Hendry. Morata 2003; “Sé un adolescente” Andrew Matthews. Paperback, 2001; “Sobrevivir a la familia” Shaun Hoilett.

En los casos donde el menor está próximo a la mayoría de edad, de nada sirve establecer un régimen de visitas muy minucioso, puesto que la relación paterno-filial sólo se llevará a cabo si tanto el progenitor como los hijos lo desean, con flexibilidad, ya que si éstos no quieren cumplir, además de que cualquier imposición podría ser contraproducente y produciría efectos contrarios a los pretendidos por la ley de obtener un mejor grado de compenetración y mejora de las relaciones afectivas, se generen situaciones de rechazo.

## RELACIONES PATERNO-FILIALES TRAS LA RUPTURA DE LA PAREJA.

Ante el cese de la convivencia, el conjunto de derechos y funciones que integran la patria potestad, cuya titularidad corresponde a ambos progenitores con carácter general (arts. 154 y ss CC), sigue siendo el mismo. Sin embargo, el cese de la convivencia obliga a modificar el ejercicio de alguno de los derechos y funciones o deberes de los progenitores. De esta forma, el progenitor que deje de convivir con sus hijos menores, al quedar éstos bajo la guarda y custodia de su hasta entonces pareja, podrá comunicarse con ellos (*ius visitandi*), al margen de que este obligado (art. 94 CC y art. 777 LEC) a contribuir a la manutención de sus hijos menores y aun de los mayores de edad cuando no tengan independencia económica y sigan conviviendo con el progenitor custodio (Sentencia del Tribunal Supremo de 23/2/32000).

El TEDH ha manifestado en reiteradas ocasiones que los padres separados con hijos extramatrimoniales, no pueden estar en situación diferente y menos favorable respecto de la de los padres divorciados a la hora de dilucidar y reconocer el derecho de visitas a los hijos, y la negativa a este derecho sólo se justifica cuando un tribunal se pronuncia teniendo en cuenta el interés del menor con una argumentación objetiva y razonable. Ello es así porque la noción de la familia no debe estar restringida a las relaciones basadas en el matrimonio, sino que engloba también otras “familias” de hecho en las que las partes conviven fuera del lazo matrimonial. De modo que un hijo nacido de esta relación, forma parte *ipso facto* de dicha unidad “familiar” desde su nacimiento.

### I. La patria potestad.

La “patria potestad” Representa un conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos<sup>11</sup> y tiene como fundamento suplir las carencias de los hijos

---

<sup>11</sup>.Arts. 154 y ss CC. Hasta la reforma 13 de mayo del año 1981, la patria potestad sobre los hijos menores de edad correspondía al padre y, sólo en defecto del mismo, a la madre. A partir de 1981, la patria potestad corresponde a ambos progenitores, padre y madre.

La actual redacción del artículo 154 del Código Civil establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. Aclara también que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad. Comprende una serie de deberes y facultades que el propio precepto legal establece, y que van desde la obligación de velar por los hijos y tenerlos en la compañía, hasta educarlos, así como alimentarlos, representarlos y administrar sus bienes.

menores o incapaces, tanto de orden personal como patrimonial.

La patria potestad como función tuitiva se extiende durante toda la minoría de edad del hijo, y si éste es declarado incapaz, también durante la mayoría de edad, en lo que se denomina como “patria potestad prorrogada” (art. 154 CC y ss). El sentido y objeto de la patria potestad es atender a quien, al menos de momento, no puede valerse por sí mismo supliendo sus carencias tanto personales como patrimoniales y jurídicas, con una finalidad protectora de los intereses del menor o incapaz.

Por tanto, podríamos definir la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que ambos progenitores tienen respecto a sus hijos menores o incapaces, para garantizar su cuidado, alimentación, formación, educación, representación y administración de bienes, tendente a conseguir un adecuado desarrollo de la personalidad de los hijos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 2002, de la que fue ponente el Magistrado Don Alfonso Villagómez Rodil, destaca que la patria potestad es un derecho inherente a la paternidad-maternidad y viene configurada en nuestro ordenamiento jurídico “como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un *conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres* sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, *para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación* que pesa sobre dichos progenitores; constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo”.

Resalta también esta resolución judicial que la patria potestad puede ser privada judicialmente por causa del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, si bien destaca que esa privación debe ser un mecanismo tendente a la prevención o represión de sus abusos, siempre bajo el principio fundamental del beneficio del menor, en cuanto la conducta de uno o ambos progenitores pueda poner en peligro el desarrollo o formación física o moral del menor o incapaz.

La Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, que es precursora de la posterior Convención Europea sobre los Derechos del Niño de 20/11/1989, mantiene como principio que el niño, para el completo y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión y para ello deberá, siempre que ello sea posible, crecer al cuidado y bajo la responsabilidad de sus padres y, en cualquier caso, en una atmósfera de afecto y seguridad moral y maternal.

A pesar de que, como hemos visto, la titularidad de la patria potestad se configura en nuestro ordenamiento jurídico de forma conjunta, existen supuestos en los que la titularidad es *unipersonal*, es decir, viene atribuida de forma exclusiva a uno u otro progenitor y es, de forma excepcional, en determinados casos<sup>12</sup>.

Así el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de marzo de 1998, considera que “*es motivo determinante de la privación de la patria potestad el hecho de que el padre jamás se haya preocupado o velado por la situación de su hija y desde su nacimiento en 1988 hasta 1991 no haya satisfecho cantidad alguna para su sustento, y cuando lo hizo fue obligado por Sentencias de Tribunales.*”

Ilustrativa resulta en este punto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 1998, al declarar que, “la patria potestad, está conformada como una institución jurídica de derecho natural y de contenido esencialmente asistencial en cuanto que recoge en los artículos 153 y siguientes del Código Civil lo que ha venido en denominarse la responsabilidad parental. *La privación del derecho-deber que comporta tal relación de parentesco de primer grado, no puede acordarse, sino por la concurrencia de una causa de notoria gravedad, de la que se deriven grandes perjuicios para el menor*, tal y como establece el artículo 170 CC. En base de lo expuesto, la Audiencia considera que en el caso contemplado, no se desprende la gravedad de la conducta del padre, pues la falta de asistencia económica y el incumplimiento del régimen de visitas, es consecuencia de la negativa vivencia y desarrollo de la crisis entre los progenitores, sin que se hayan adoptado las medidas oportunas tendentes al cumplimiento forzoso de las obligaciones que atañen a ambos

---

<sup>12</sup>Casos:

- 1) Cuando uno de los progenitores haya sido declarado fallecido, o incapaz.
- 2) Cuando la filiación se haya determinado por Sentencia firme contra la oposición de uno de los progenitores.
- 3) Cuando uno de los progenitores haya sido privado de su potestad sobre los hijos por Sentencia fundada en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

Esta es la causa más habitual de privación de la patria potestad. Los motivos que dan lugar a su aplicación son variados, pero en la práctica la causa más invocada es la falta de cumplimiento de las obligaciones económicas.

- 4) En casos de urgente necesidad.
- 5) En defecto o ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres.

Este último supuesto puede conducir a plantearnos si en los casos de separación, nulidad y divorcio, la titularidad de la patria potestad se atribuirá de forma exclusiva al progenitor con el que convivan los menores.

progenitores.” En igual sentido se expresa la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 21 septiembre de 1999.

Lo cierto es que en torno a este tema se dan dos posturas doctrinales distintas:

-Por un sector, se mantiene que el penúltimo párrafo del artículo 156 CC, es de aplicación tan sólo a filiaciones no matrimoniales y que para los supuestos de ruptura matrimonial, es de aplicación el artículo 92 CC que mantiene el ejercicio conjunto de la patria potestad.

-Mientras que otro sector doctrinal, mantiene que el principio constitucional de igualdad, impide tratamientos distintos a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y que, por tanto, el artículo 156 CC es de aplicación a todos los supuestos de falta de convivencia y que, a falta de acuerdo, la patria potestad será ejercida por el progenitor con quien convivan los menores.

En la práctica de nuestros tribunales, y en los supuestos de separación, nulidad o divorcio, salvo que exista causa grave, se otorga a ambos progenitores el ejercicio conjunto de la patria potestad.

#### *1. Extinción de la patria potestad.*

Las causas de extinción, no plantean ningún problema desde el punto de vista práctico y están reguladas en el artículo 169 CC<sup>13</sup>.

#### *2. Ejercicio de la patria potestad.*

El ejercicio de la patria potestad comprende, según el artículo 154 CC, el deber de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, ejercer la representación y administración de los bienes de los hijos.

El Código Civil en su artículo 156 diferencia claramente entre:

*-Patria potestad:* La responsabilidad general en la toma de decisiones de mayor trascendencia que afectan a los menores, como por ejemplo, colegio al que irán

---

<sup>13</sup>La muerte o declaración de fallecimiento de los padres.

-La muerte o declaración de fallecimiento del hijo.

-La emancipación del hijo.

-La adopción del hijo.

los menores, intervenciones quirúrgicas,...

*-Guarda y custodia:* Tiene un contenido más inmediato de cuidado y atención de los menores como alimentos, administración ordinaria de sus bienes,...

Cuando nos referimos al ejercicio de las funciones que derivan de la patria potestad, debemos partir de la idea de que, siempre que sea posible, esas funciones han de continuar, pese a la situación de crisis o ruptura de la pareja. Si bien el derecho-deber de estar en compañía del menor, deberá llevarse obviamente por separado entre uno y otro de los progenitores, porque éstos establecerán en el futuro su residencia en domicilios distintos y porque ha de garantizarse la separación entre quienes ya no desean estar juntos.

La distinción entre ejercicio conjunto de la patria potestad y atribución del mismo a uno solo de los progenitores, viene regulada en el artículo 156 del Código Civil, que realiza una primera distinción según los progenitores convivan o no. Si los progenitores no conviven juntos, dicha norma dispone que la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, salvo que el Juez determine el ejercicio conjunto. Esta redacción del precepto ha originado confusiones en la práctica, entendiéndose erróneamente que el ejercicio conjunto de la patria potestad no es compatible con que los padres vivan separados. Pero todavía la confusión es mayor si añadimos el concepto de guarda y custodia.

### 2.1 *Ejercicio conjunto de la patria potestad.*

En el momento en que se produce la ruptura de pareja habiendo hijos menores, ambos progenitores deben saber que, salvo raras excepciones en que se prive a un progenitor de la patria potestad de sus hijos (por ejemplo, si ha habido intentos de privarles de su vida, abusos sexuales, etc.<sup>14</sup>) lo normal es que ambos progenitores

---

<sup>14</sup>.Sentencia de la AP Barcelona, Sección 12ª, de 11/5/2004; Sentencia de la AP Guadalajara, Sección 1ª, de 28/4/2004; Sentencia de la AP Toledo, Sección 1ª, de 21/4/2004.

Resumiendo diremos que la titularidad de la patria potestad se corresponde con el poder general o global que la ley concede a los padres sobre los hijos menores o incapaces. Ese poder general viene integrado por las propias facultades, derechos y obligaciones que el artículo 154CC prevé.

La patria potestad, habrá de ejercerse siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respecto a su integridad física y psicológica. Esta puede ser ejercida, de forma conjunta o unilateralmente por uno de los progenitores.



compartan las facultades inherentes a la patria potestad, la cual deberán ejercer de modo conjunto en beneficio del menor, obligándose por tanto a adoptar de mutuo acuerdo cuantas decisiones de trascendencia afecten a sus hijos; es decir, ambos deben, aún estando divorciados, decidir de común acuerdo cosas tan importantes como a qué colegio deben ir sus hijos, la conveniencia o no de un cambio de domicilio, (sea o no dentro de la misma ciudad), si pueden viajar o no al extranjero, decisiones de trascendencia para su educación y formación (como por ejemplo, si van a ir a un colegio bilingüe o modelo lingüístico a elegir de entre los ofertados en los centros educativos, y de modo especial, aquellas relativas a su salud (como si hay que realizarles alguna intervención quirúrgica...))

En principio, salvo que exista causa de privación, la titularidad de la patria potestad es conjunta de ambos progenitores sobre el común descendiente, siendo también compartido su ejercicio por los mismos, sin atribuciones totales o parciales, ni distribución de sus funciones.

## *2.2 Ejercicio unilateral de la patria potestad.*

Resultan aplicables las disposiciones del artículo 90 del Código Civil recientemente modificadas por la Ley 15/2005 de 8 de Julio, respecto a la posibilidad de pactar el ejercicio unilateralmente de la patria potestad. En los procesos contenciosos, según la Ley 15/2005, los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. Se prevé así que el Juez que ha de adoptar las medidas judiciales sobre el cuidado, atención y educación de los hijos, podrá optar por el ejercicio conjunto de la patria potestad en beneficio de los hijos.

---

Los padres que tengan la patria potestad, ostentan la representación legal de sus hijos menores no emancipados, exceptuando:

-Actos relativos a derechos de la personalidad o que el hijo pueda realizar por sí mismo (artículo 162.1ºCC).

-Si existe conflicto de intereses entre padres e hijo. (arts. 162.2º y 163 CC).

-En lo que respecta a viene excluidos de la administración de los padres. (art. 162.3ºCC).

## II. Guarda y custodia

La Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.

La guarda y custodia es una de las funciones implícitas en la patria potestad, que como consecuencia de la ruptura de la pareja, puede pasar a ser ejercida únicamente por uno de los progenitores (por ejemplo el que se quede con los menores, decidirá acerca del ejercicio ordinario de la patria potestad: educación, alimentos, administración ordinaria de sus bienes,...) o por ambos (custodia compartida), o incluso se le puede encomendar a otros parientes. Las decisiones generales o extraordinarias corresponden al ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos, que es un derecho de ambos progenitores.

Dentro de los temas que afectan a los hijos menores o incapacitados en los casos de ruptura de la convivencia entre sus padres, el primero que se ve afectado por la crisis es la guarda y custodia sobre ellos o la convivencia con ellos.

Nuestra legislación para referirse a esta situación, emplea expresiones como “cuidado de los hijos” del artículo 90 del Código Civil, o “con cuál de los cónyuges hayan de quedar los hijos” artículo 103 del mismo texto legal.

Lathrop define la guarda y custodia como: *“Aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el*

---

Resumiendo, podemos concluir con que la mayoría de las resoluciones judiciales y, prácticamente la totalidad de los convenios reguladores que se suscriben en la práctica, independientemente de lo que se convenga en materia de custodia, mantienen el ejercicio conjunto de la patria potestad, ya que ello resulta lo más beneficioso para el menor.

No obstante, las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad, han de ser resueltas por el Juez, quien deberá atribuir a uno de los padres la facultad de decidir en cada caso concreto.

Según el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de octubre de 1983, concretamente en su considerando segundo, establece que el derecho de guarda y custodia es parte integrante de la patria potestad.

*cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.”<sup>15</sup>.*

Guillarte, la define como: *“Aquella potestad que atribuye el derecho a convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los períodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia.”*

Por tanto, podríamos definir la facultad de guarda como una facultad doméstica que comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario, es decir, alimentación, cuidado inmediato, imposición de normas de disciplina, consuelo, estudios, etc. Esta facultad de guarda se comparte entre ambos progenitores, en los tiempos de convivencia en que los hijos comunes, permanecen con cada uno de ellos. En consecuencia, caerían dentro de la órbita de las funciones de patria potestad todas aquellas decisiones de especial relevancia que acontezcan en la vida del menor y que deberán ser asumidas de forma conjunta por ambos progenitores, tales como orientación en los estudios, decisiones dentro del ámbito de la salud, orientación religiosa, cambios de lugar de residencia, de colegios, etc., y dentro de la custodia los aspectos más cotidianos que suponen en todos los ámbitos la actuación diaria de estas funciones en el día a día de los menores. Cuando los titulares de la patria potestad no viven juntos y, en consecuencia, uno de ellos no comparte el domicilio con los hijos que se encuentran bajo su patria potestad, se produce una situación de excepción que es preciso regular. Cuando el Juez no se pronuncia, por el artículo 156 párrafo 5 del CC, el conviviente con

---

Según el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de Octubre de 1983, concretamente en su considerando segundo, establece que el derecho de guarda y custodia es parte integrante de la patria potestad.

El art. 92CC establece que, “el Juez al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido procurando no separar a los hermanos”.

<sup>15</sup>Lathrop Gómez, Fabiola. Custodia compartida de los hijos. La Ley, 2008.

el menor ostenta el ejercicio de la patria potestad y el otro tiene una potestad vacía de funciones.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4/11/2002 manifiesta que *“la cesación de la convivencia familiar lleva consigo la imposibilidad de permanencia de los hijos con ambos progenitores, debiendo necesariamente encomendarse la custodia de los mismos a uno de ellos, sin que tal atribución lleve consigo la incapacidad o insuficiencia del otro progenitor para realizar labores educativas de los menores, sino simplemente la necesidad física de permanencia con uno de ellos.”*

Es importantísimo tener en cuenta que tras la ruptura, los dos progenitores van a seguir siendo padres de sus hijos y mientras sus hijos sean menores van a tener que seguir tomando decisiones respecto a ellos como antes de la ruptura. El progenitor custodio (con el que vivirán día a día los menores) no debe confundir las atribuciones que implica la custodia con las de la patria potestad, pues aunque día a día los niños vivan con él, no puede decidir sólo si cambia a sus hijos de colegio, si se trasladan de ciudad o si opera a su hijo de una miopía por ejemplo.

Lo importante es que el progenitor custodio, que va a tener acceso a toda la información de sus hijos, vaya informando al no custodio de todas aquellas cuestiones importantes de sus hijos (cómo van en el colegio académicamente, si tienen algún problema grave de salud, etc.) y así cuando haya que tomar decisiones deben hablarlo y decidir siempre lo mejor para el o los menores.

### *1. Clases de guarda y custodia.*

De entre las clases, podemos distinguir entre la *custodia unilateral* y la denominada comúnmente como *custodia compartida*.

-La guarda y custodia unilateral es, según Lathrop, aquella en la que *“el menor reside con uno de sus padres, quien le otorga el cuidado directo que dicha convivencia exige”*.

San Segundo, habla de la guarda y custodia exclusiva como *“aquella en la que la convivencia se atribuye a uno sólo de los progenitores, si bien el otro progenitor tiene un derecho de visitas salvo que por concurrir alguna causa grave sea privado de la misma”*.

Lo habitual consiste en que uno de los progenitores ostente el cuidado de los hijos menores, bien porque así lo decidan de mutuo acuerdo en el convenio regulador de su separación, divorcio o regularización de la pareja de hecho, o bien porque el Juez así lo determine cuando no se alcance un acuerdo.

-Por el contrario, entenderemos como guarda y custodia compartida<sup>16</sup>, aquella que se da cuando el cuidado de los menores se reparte de algún modo y en función de diferentes criterios (tiempo, etc.) entre ambos padres. Es la LEC de 2000 la que, por primera vez, introduce en un texto legal el término *guarda y custodia*. El Código Civil mantenía expresiones como “*tener consigo*” (art. 94 CC), o “*cuidado y educación*” (art. 92 CC). La Ley 15/2005 de 8 de Julio, que como se ha dicho, modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, incluye expresamente en el contenido de Código Civil el concepto de *custodia* y también el de *custodia conjunta o compartida*.

El último párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 establece que: “Consiguientemente, *los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida*. En todo caso, determinará, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”.

A partir de la Ley 15/2005, el Juez excepcionalmente, a instancia de alguna de las partes y con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida aún cuando no exista acuerdo entre los cónyuges a favor del interés de los menores, salvo que alguna de las partes esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos e hijas que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia de género o violencia doméstica.

---

<sup>16</sup>La custodia compartida supone un reconocimiento por ley de que ambos progenitores pueden estar en compañía de sus hijos. Se trata, no de compartir la patria potestad como conjunto de los derechos y deberes más amplio, sino de que los períodos de estancias del menor con uno y con otro de los progenitores sean tan amplios para ambos que podamos hablar de un reparto equitativo del tiempo y consiguientemente de la atención, cuidado y relaciones de vínculo con el hijo/a, de tal forma que el menor esté en compañía de sus dos progenitores, pues es el menor la brújula que ha de guiar el establecimiento de este sistema de coparentalidad, como uno de los derechos derivados de la patria potestad, se realice de una forma igualitaria que permita entender que ambos comparten el cuidado de los hijos.

Contra la resolución judicial que fije, de forma temporal y como medida provisional, la guarda y custodia compartida no cabe la interposición de recurso alguno.

La guarda y custodia compartida se encuentra actualmente regulada por el art. 92 CC español, reformado por la Ley 15/2005 de 8 de Julio, y que establece que, en defecto de acuerdo entre los padres, se configura la guarda y custodia compartida como excepcional, siendo necesario recabar informe favorable del Ministerio Fiscal.

Dicho artículo cuando establece que: *“el Juez al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido procurando no separar a los hermanos.”*

Puede ser acordada por los cónyuges o decidida por el Juez:

1. En el caso en que los padres acuerden la guarda y custodia compartida de sus hijos e hijas comunes mediante convenio regulador, éste habrá de pasar a informe del Ministerio Fiscal y posteriormente tendrá que ser aprobado por el Juez. Dicho acuerdo podrá ser previo o haberse llegado a él en el transcurso del procedimiento (artículo 92.5 CC).

El Juez oirá a los menores con suficiente juicio para conocer su opinión, ya que es la vida de los menores la que está en juego, y también examinará la relación de los progenitores entre sí y con sus hijos a fin de determinar si este régimen de guarda y custodia es idóneo para ellos o no. El Juez habrá de fundamentar esta decisión en la sentencia o adoptar las medidas necesarias para que se cumpla, procurando no separar a los hermanos.

Si los padres no acuerdan la guarda y custodia conjunta pero el Juez valora que el interés superior del menor está más protegido con su adopción, de manera excepcional en el caso de que lo pida una de las partes y el Ministerio Fiscal informa

---

Tampoco se trata de que para hacer cualquier cosa tenga que consultar al progenitor no custodio, sino simplemente tener bien claros dos conceptos:

-Saber qué decisiones puede tomar unilateralmente (por ejemplo, qué les pone cada día de ropa o qué comida les da, si van o no a un cumpleaños o al cine o si va al médico porque le duele la garganta)

-Y cuáles no (si pasan todo el verano en el extranjero o debe repetir curso porque ha suspendido).

favorablemente, el Juez podrá establecer el régimen de custodia compartida (art. 92.8 CC).

El Código Civil en su artículo 91 establece que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio (y en aquellas en las que se discuta la guarda y custodia en supuestos de cesación de la convivencia en parejas de hecho por analogía, puesto que aunque no exista vínculo conyugal, sí existirá el mismo problema de hecho, la existencia de una ruptura de pareja y de hijos habidos en la misma respecto de los cuales habrá que establecer un sistema de guarda y custodia), será el Juez en caso de que no haya acuerdo o no se aprobase el convenio regulador establecido en el artículo 90 CC, quien determine las medidas referentes al ejercicio de la patria potestad, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva actualmente con ellos, el régimen de visitas con los abuelos, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución de las cargas del matrimonio y alimentos, la liquidación del régimen económico matrimonial y pensión compensatoria en su caso.

En el caso de Navarra, sin embargo no se contempla la custodia compartida como preferente, sino que al igual que recoge la norma estatal, es el Juez quien decide sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta factores de juicio como la edad de los hijos e hijas, la relación existente entre los padres y en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y en particular, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y sus familias extensas; el arraigo social y familiar de los hijos, la opción de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de 12 años, con especial consideración a los mayores de 14 años; la aptitud y voluntad de los padres será asegurar la estabilidad de los hijos, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, o los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado. (ANEXO II).

---

El ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos menores se acordará cuando así lo soliciten los progenitores en la propuesta del convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

# PROBLEMÁTICA PRÁCTICA DERIVADA DE LOS DISTINTOS ASPECTOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

## I. Pernocta

*Pernoctar* es un verbo que proviene del término latino *pernoctāre*. La noción hace referencia al hecho de permanecer durante la noche en un espacio que no es el hogar habitual. Quien pernocta, por lo tanto, no duerme en su casa.

Comenzaremos precisando algunos puntos que han de considerarse previamente.

Para empezar a analizarlo, partiremos de la premisa de que el progenitor no custodio presenta la misma aptitud o capacidad parental que el otro progenitor, y de que en el proceso no se ha demostrado incapacidad, imposibilidad y /o indisposición del no custodio para el cuidado de un bebé o criatura. Si se dan tales casos, la decisión judicial respecto a las visitas y la pernocta se mueven bajo otros parámetros.

Dicho esto, conviene acotar el límite inferior respecto a la edad del niño. Nos referimos a niños muy pequeños pero que ya no son lactantes.

### 1. La pernocta en niños muy pequeños.

Debe resaltarse que científicos psicólogos forenses, clínicos y parte de la doctrina (AP de A Coruña, Secc. 4ª, Sentencia de 3 de abril de 2006, AP de Albacete, Sec. 1ª, Sentencia de 1 de junio de 2004, p.ej.) se han encontrado con que apenas existen estudios referidos a la pernocta de menores de corta edad y que según lo manifestado por los expertos, no parece haber ni un solo estudio clínico que demuestre que la pernocta del menor con el no custodio sea perjudicial.

Una de las teorías que goza de mayor predicamento y que han sido desarrolladas sobre este tema es la denominada “teoría del apego”, introducida por Bowlby en 1944

---

Desde un punto de vista jurídico, se trata de un asunto que genera viva polémica jurisprudencial y doctrinal, pues las posturas sobre este punto, cuando la medida debe ser adoptada judicialmente, suelen ser radicalmente contrapuestas. Mientras unas Audiencias Provinciales se inclinan hacia una postura contraria a esta posibilidad, otras se muestran abiertamente a favor.



sobre la importancia que la figura del cuidador tenía para el menor, figura que tradicionalmente se atribuía a la madre como cuidadora principal y de cómo podría afectar al menor la separación de su cuidador. Esta teoría desaconseja la separación del menor de su figura de apego o cuidador, para evitar posibles traumas que la experiencia de una situación extraña podría ocasionar en el menor.

A la hora de establecer las pernoctas de niños pequeños, es importante tener en cuenta si éstas se van a dar desde el primer momento de la separación, o si ha transcurrido un tiempo largo sin pernoctas desde la separación hasta el establecimiento del régimen de visitas.

Desde el punto de vista forense, en principio y de manera genérica, siguiendo las pautas de la psicología evolutiva, debe destacarse que el sistema de estancias y visitas que se establezca judicial o convencionalmente habrá de estar adaptado y acorde con el desarrollo del niño (lactancia, escolarización, autonomía, pre adolescencia y adolescencia...) que presentan diferentes requerimientos y necesidades hacia el menor. En concreto, el *criterio fundamental* respecto de la frecuencia de los periodos de las estancias *es la edad del hijo*<sup>16</sup>. De modo que cuanto menor sea el niño, más amplia y rígida debe ser la frecuencia de contacto con el progenitor no custodio.

#### 1.1 *Razones que aconsejan acotar un límite inferior de edad para las pernoctas del menor.*

Lo habitual será que desde que el niño nazca esté siendo amamantado por su madre; por ello, es razonable estimar que mientras se alimente mediante lactancia natural exclusivamente (según la OMS, la lactancia natural exclusiva resulta recomendable hasta los 6 meses), el niño deba pernoctar en todo caso con su madre para que ésta pueda darle el pecho con la regularidad que aquel demande en las tomas nocturnas, cuestión sobre la que está de acuerdo incluso la Jurisprudencia abiertamente

---

<sup>16</sup>.Sentencia de la AP Soria, Sección 1ª de 4/5/2006, Sentencia de la AP Baleares, Sección3ª de 17/10/2003.

En niños muy pequeños, si ambos progenitores estaban presentes a diario en el cuidado del menor (cena, baño...), se puede establecer pernoctas desde el principio teniendo especial cuidado en mantener los mismos horarios y rutinas (luz encendida, pañal,...), e incluso incluir objetos familiares (peluche, mantita,...).

a favor de la pernocta del padre con niños muy pequeños. (SAP Pontevedra 6ª de 23 de septiembre de 2010, SAP Barcelona 12ª de 14 de mayo de 2010).

Sin embargo, existen sentencias donde no se tiene tanto en cuenta la edad del menor, como por ejemplo, Sentencia nº 265/2012 de AP Zaragoza, Sección 2ª, 15 de Mayo de 2012, que dice: “Debe igualmente tenerse en cuenta que ambos progenitores constante matrimonio compatibilizaron su trabajo con el cuidado del menor y así se contempla en la Sentencia apelada que fija un sistema de visitas de lunes a viernes de 7'30 a 14'30, cuestión que no ha sido controvertida por la actora salvo el apartado de la pernocta, esta situación permite efectivamente mantener el régimen de visitas progresivo tal como fija la Sentencia *apelada pudiendo establecerse la pernocta a partir de los dos años de edad*. Igualmente como en el periodo a partir de los 24 meses las visitas siguen comenzando el lunes por la mañana no existe inconveniente que el fin de semana que corresponda la visita se prorrogue hasta el lunes por la tarde, *a los efectos de evitar inútiles desplazamientos al menor*, ampliación que también puede mantenerse una vez el menor se escolarice, pues no se contempla en el mismo ningún perjuicio al menor.”

Ha de precisarse que, aun en las resoluciones más abiertamente contrarias a la posibilidad de pernocta de niños muy pequeños con su padre, en principio, deben respetarse los acuerdos a los que pudieran llegar las partes (Convenio Regulador, acuerdo en proceso contencioso...) en torno a la posibilidad de pernocta del niño.

## *2. La pernocta en niños en edad preescolar.*

En niños en edad preescolar, y si no ha habido pernoctas anteriormente, o el progenitor no custodio no estaba presente de forma habitual en el momento de acostar al menor y despertarlo antes de la separación o ruptura, es conveniente que éstas se establezcan de forma gradual. En estos casos es preferible que se vayan iniciando fines de semana y no en periodos vacacionales para así proporcionar al niño una adaptación gradual al nuevo escenario post-ruptura.

Respecto al límite superior de edad, no se suele poner objeción a la pernocta con su padre en niños mayores de 3 años (SAP Jaén 3ª de 20 de diciembre de 2010).

No entraremos aquí a señalar la abundante contradictoria y contrapuesta Jurisprudencia sobre este asunto, pero puede resultar ilustrativo y revelador reseñar

sendas resoluciones en uno y otro sentido, de las más recientes y significativas que pueden dar una elocuente idea del actual estado de la cuestión. En este sentido, parecería conveniente que el Tribunal Supremo llegase a pronunciarse sobre este tema, lo que evitaría no pocas disputas en los juzgados de instancia.

Así, de un lado, en sentido *contrario a la pernocta de niños no lactantes menores de 3 años*, la SAP Jaén 3ª de 20 de diciembre de 2010 expone que: *“considerando esta Sala, respecto a la pernocta del padre con el hijo, que su fijación a partir de que el menor cumpla los tres años es correcta, ya que se atiende al criterio que viene mantenido la propia Sala, salvo que los progenitores acuerden otra cosa diferente y que se funda en la conveniencia de que la niña permanezca hasta que cumpla esa edad, en la que generalmente termina el periodo de lactancia, pernoctando de manera continuada con la madre, ya que durante ese periodo depende en su mayor medida de la madre”*.

Igualmente señala que: *“el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, ratificado por España el 30 de noviembre de 1989, es un criterio consolidado en el ámbito estatal en virtud de la publicación de la Ley 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que previene expresamente la aplicación de medidas atendiendo al interés superior de los menores.”*

Y, de otro lado, en el extremo opuesto, sin encontrar problema alguno en que un *niño muy pequeño no lactante pernocte* junto con su padre, la SAP Barcelona 12ª de 14 de mayo de 2010 nos explica: *“...no por ello debe dejar de señalarse que la teoría de que los niños menores de esa edad (3 años) no deben pernoctar fuera del domicilio materno (pero sí paterno) responde a prejuicios que descansan en la discriminación sexista. Salvo el supuesto de lactancia natural, no así cuando es artificial, debe partirse de la capacidad abstracta de ambos progenitores para cuidar adecuadamente a su descendencia. Cosa distinta es que conste que un progenitor (que también puede ser la madre) ha demostrado incapacidad, imposibilidad y /o indisposición para el cuidado de un bebé o criatura. Ésa es la otra razón que esgrime la apelante. En el presente caso, nada consta en autos que indique que el padre no quiere y es capaz de cuidar a su hija y por ello no puede ser privado, de acuerdo con el artículo 135 del Código de Familia, del régimen de relación con su hija que la sentencia apelada ha fijado, que debe, por ello, confirmarse.”*

En este mismo sentido, encontramos otras sentencias como:

a. La Sentencia nº 197/2011 de AP A Coruña, Sección 5ª, 6 de Mayo de 2011, establece lo siguiente: “*no se aportó elemento de juicio alguno, a no ser la apreciación subjetiva de la madre, encaminado a acreditar la inconveniencia de que las visitas de dos días a la semana se hagan sin presencia de la madre o de un familiar de ella, y que no se autorice la pernocta hasta que el menor cumpla 3 años* `que en la actualidad tiene una *importancia relativa* puesto que el menor ya ha cumplido en abril 2 años y desde que tiene un año se está cumpliendo el régimen de visitas con pernocta’; sin que adivine este tribunal en que estudios psicológicos se fundamenta la apelante para afirmar que la pernocta del menor fuera del domicilio materno le causa un sufrimiento innecesario al menor, y que es una medida extremadamente dura, por no estar presente la madre, puesto que lo mismo sucedería si por motivos laborales se decidiera enviar al menor a una guardería o se contratase a una `canguro´ para poder salir alguna noche. Se desestima la apelación.”

b. Sentencia nº 437/2004 de AP Sevilla, Sección 6ª, 9 de Septiembre de 2004, la cual establece lo siguiente: “Se estima razonable la solicitud de que *se amplíe a los tres años de edad de los menores la posibilidad de que pernocten* en el domicilio paterno y en beneficio de los menores y sin pérdida de la relación fluida con sus progenitores.”

Sin embargo, existen también otras sentencias, donde no se reconoce el derecho a pernoctar con los hijos menores por otras *causas ajenas a la edad del menor*, así por ejemplo, señalaremos a modo de ejemplo:

Sentencia nº 254/2011 de AP Tarragona, Sección 1.ª de 4 de Julio de 2011, que establece lo siguiente: “Recorre también el apelante respecto del régimen de visitas restringido, que *elimina la pernocta* con el padre y que considera injustificado por perjudicar la integridad emocional de la hija. El *motivo* debe ser rechazado al obrar en las presentes actuaciones un *informe técnico donde se pone de manifiesto la desconexión del padre con el entorno de la hija y su excesivo el consumo de bebidas alcohólicas, que aconsejan* mantener el régimen de visitas fijado por el Juzgador a quo, es decir, *sin pernocta*, pero que en modo alguno impide que la relación paterno-filial pueda ir desarrollándose de forma pacífica y que paulatinamente se normalice sin

ocasionar perjuicios de ningún tipo a la menor de edad. En primera instancia se estima parcialmente la demanda. Se desestima la apelación.”

Respecto al *límite superior de edad*, estas mismas resoluciones no parecen poner objeción a la pernocta con su padre en niños mayores de 3 años (SAP Jaén 3ª de 20 de diciembre de 2010). Lo cierto es que, a partir de los 3 años, el niño, que por supuesto no es lactante, ya ha adquirido un importante desarrollo de su capacidad psicomotora (motricidad, movimientos, etc.) y de sociabilidad (lenguaje, etc.). Puede decirse que en la etapa de los 2 a 3 años la transformación del bebe a niño alcanza su total plenitud: con 3 años el niño andará, hablará y posiblemente ya comerá solo, se vestirá solo, no mojará la cama por la noche, controlará esfínteres...y además comenzará su escolarización en Educación Infantil, un reto y una posibilidad de mayores aprendizajes.

Como ya señalaba Llorente Pintos en su trabajo doctrinal “*El régimen de visitas: La corta edad como impedimento para la pernocta*” quizás, evitando posturas maximalistas y extremistas, lo más adecuado deba resultar la necesidad de que cada caso se estudie específica e individualmente, de que los profesionales no nos dejemos arrastrar por premisas generales que por su propio carácter son en la mayor parte de los casos manifiestamente injustas. Cada niño, cada menor, es un ser que merece la máxima protección y el tan repetido principio de interés del menor no debe convertirse en una lista de principios generales que atenten contra el interés de cada caso concreto. El *interés del menor (favor minoris)* como principio rector de los procedimientos de familia exige, en primer lugar, un estudio personalizado de cada caso para poder emitir una resolución que proteja al menor en cuestión.

En este contexto, y más allá de la polémica en torno a la pernocta, lo cierto es que en los procesos de familia no son infrecuentes los regímenes de estancia o custodia de niños de corta edad con su padre de carácter gradual o progresivo.

### *3. La pernocta en la etapa adolescente.*

Las pernoctas en la etapa adolescente no suelen aceptarse bien por parte de los menores que ya esta próximos a cumplir la mayoría de edad porque suelen afectar a sus

---

Llorente Pintos en su trabajo doctrinal “*El régimen de visitas: La corta edad como impedimento para la pernocta*” (Revista de Derecho de Familia nº 22, Lex Nova, 2006)

actividades lúdicas, o por razones como la limitación de espacio en la vivienda (los adolescentes quieren tener su cuarto con sus cosas), etc.

Durante la adolescencia, y al igual que suele ocurrir en familias en las que no ha habido una separación matrimonial, los menores no suelen aceptar vacaciones largas con sus progenitores apartados de sus amigos o actividades lúdicas, y los Jueces y Tribunales acogen esto como algo normal en el desarrollo evolutivo de las personas que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el régimen de visitas y sus modalidades a estas edades. En estos casos lo ideal es negociar por parte de los progenitores, solos o con ayuda de un profesional externo (p.ej. la figura del mediador) los planes posibles para el disfrute de las vacaciones, con presencia incluso de los mismos menores en los procesos de mediación, siempre en atención a la edad de los menores y a su madurez.

---

Incapacidad, ineptitud, indisposición, etc. del progenitor no custodio:

Anteriormente se ha hecho referencia a los supuestos en que el progenitor no custodio se encuentre en situación de incapacidad, ineptitud, indisposición, o imposibilidad para asumir funciones parentales. En estos casos, suele optarse por parte de los Jueces y Tribunales por la fijación de un régimen de estancias y visitas restrictivo y limitado.

La limitación del derecho de visitas, al igual que su no fijación, se ha visto por la Jurisprudencia con disfavor y con sentido restrictivo. No obstante si la situación que existe, exige la adopción de ciertas limitaciones al régimen de visitas, deberán asimismo ser objeto de estipulación. Éstas pueden ser de distinto tipo, como son:

*-Limitación temporal:* La limitación temporal, tiene por objeto que los menores pasen menos tiempo en compañía del progenitor no custodio. Habitualmente se refiere a una limitación en cuanto a la pernocta. Judicialmente, se adopta dicha restricción, y así lo viene estimando la Jurisprudencia, cuando dada la situación vital en que se encuentre el progenitor no custodio por incapacidad, ineptitud, inadecuación, precariedad, horarios laborales, usos y costumbres del progenitor, etc., pueda suponer un riesgo para el menor que no implique la necesidad de una suspensión de las visitas, pero sí, rodearlo de ciertas garantías como pudiera ser el caso de no pernoctar en su domicilio. Con relativa frecuencia, la limitación en cuanto a la pernocta se ha venido asociando a la edad del menor (hasta 3 años), cuando no necesariamente tiene por qué ser así, sino simplemente a las ya comentadas circunstancias vitales del progenitor no custodio o, en su caso, a la necesidad de lactancia natural materna.

Ahora bien, ciertamente la corta edad del menor (Desde 0 hasta 5 años) suele requerir el establecimiento de un régimen específico de visitas y estancias: Como señalan los psicólogos forenses (Trabazo Arias), cuanto menor sea el niño, más amplia y rígida debe ser la frecuencia de contacto con el progenitor no custodio. Además para estas edades, probablemente no será conveniente establecer un régimen específico de estancias para los periodos vacacionales, sino continuar con el establecido para el resto del año. En estas edades no es inusual establecer un régimen gradual de frecuencia de contacto bien diario o de partes el día (hasta 1 año de edad), de días alternos (hasta 3 años) o cada dos días como máximo (hasta 5 años de edad).

También, suele acordarse limitaciones temporales cuando la falta de contacto entre el progenitor no custodio y los hijos, haya provocado una situación de falta de afecto y desconocimiento entre ambos, lo que puede suponer un grave perjuicio para los menores, y aunque ello se pueda modificar, debe recuperarse la relación antes de introducir la pernocta.

El derecho del menor a ser oído en todos los asuntos que le afecten, reconocido en el art. 12 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990.

Se introduce la idea de los menores de edad como sujetos de derechos y se gradúa su ejercicio directo por los mismos en función de su desarrollo evolutivo, a través del derecho a ser escuchados si tuvieran suficiente juicio en todas las cuestiones que les afectan; y en todo caso siempre que tuvieran 12 años. Este derecho se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico, que, según dice la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) refleja así *"progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás"*.

La LOPJM entiende que, según los conocimientos científicos actuales, la mejor forma de garantizar, social y jurídicamente, la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera, podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro.

Para materializar y garantizar esta aspiración, la LOPJM regula en su artículo 9 el derecho del menor a ser oído.

a. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma

---

En el marco de la política de protección integral de la familia y de los menores propugnada por el art. 39 CE, y para dar cumplimiento al compromiso asumido con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se promulgó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta Ley, como señala su Exposición de Motivos, *"marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo"*.

A consecuencia de las transformaciones sociales y culturales de nuestra sociedad, se ha producido un cambio en el estatus social del niño y se ha dado un nuevo enfoque a la protección de los derechos de la infancia, que consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

b. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

La LEC 1/2000 establece en su art. 777.5 (en su redacción según Ley 15/2005, de 8 de julio), para los procesos matrimoniales y de menores *de mutuo acuerdo*:

*"Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor"*.

A su vez, el art. 770.4ª LEC, referido a los procesos matrimoniales y de menores de *carácter contencioso*, reformado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial dispone:

*"Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista, se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años."*

*En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles, se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de*



*sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario".*

Por su parte, el artículo 92 del Código Civil, en su vigente redacción según Ley 15/2005, establece en sus apartados 2 y 6, lo siguiente:

*“El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.*

*En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, parte o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia de la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".*

Así pues, partiendo de la normativa actual que se acaba de citar ¿En qué casos es preceptivo oír a los menores de más de 12 años o de menos edad pero con suficiente juicio?

El régimen de audiencia de los menores que parece desprenderse de la normativa transcrita es, que tanto en los procesos contenciosos, como en los de mutuo acuerdo, el Juez debe oír a los hijos mayores de 12 años o menores de esa edad pero con suficiente juicio, sólo cuando lo considere necesario de oficio o a petición de parte del Ministerio Fiscal o del propio menor, siempre que se den las tres circunstancias siguientes:

a) *Que exista controversia entre los progenitores sobre una medida o decisión relativa a los hijos.* Si existe acuerdo entre los padres, no parece que sea necesario explorar a los menores para conocer su voluntad, porque debe presumirse que cuando ambos progenitores actúan de mutuo acuerdo, lo hacen en interés y beneficio de los hijos comunes y, además, porque puede ser contraproducente y perjudicial para los menores acudir al Juzgado para ser oídos, al suponer tal circunstancia una indebida implicación e inmersión de los hijos en el conflicto de sus progenitores y poder originar en aquéllos un indeseable conflicto de lealtades al trasladárseles la percepción de haber sido su voluntad el factor relevante para la decisión adoptada.

b) *Que se deba decidir en el proceso sobre una cuestión que afecte a los menores de forma personal* (régimen de guarda y custodia, de comunicaciones y estancias o discrepancias en el ejercicio de la patria potestad).

c) *Que no se conozca la opinión de los menores a través de sus representantes legales, de peritos o testigos cualificados intervinientes en el proceso.* Al respecto, se ha de tener en cuenta la última doctrina del Tribunal Constitucional sobre audiencia de los menores, recogida en las SSTC 139/2008, de 26 de mayo, y 163/2009, de 29 de junio, que, haciendo una interpretación integrada de los artículos. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996 y 92.2 y 6 del CC, señala que:

*"La audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9.2 de la ley orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92. 6 CC)".*

Así pues, podrá prescindirse de dicha audiencia cuando la opinión del menor ya sea conocida a través del informe pericial psicosocial emitido por el equipo técnico del Juzgado, con base en las manifestaciones hechas por el menor a los peritos. Queda así matizada la anterior doctrina del Tribunal Constitucional que había establecido con rotundidad la nulidad de las resoluciones judiciales relativas a hijos menores dictadas por el Juez en los procesos de familia, sin haber practicado la previa exploración de los mismos cuando éstos hubieren cumplido la edad de 12 años o tuvieren suficiente juicio, aunque no hubieren alcanzado esa edad.

*La relevancia de la voluntad del menor adolescente para la toma de decisiones que le afectan.*

Como vemos, la Ley pone especial énfasis en la necesidad de oír a los menores que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de 12 años, antes de adoptar decisiones que les afecten en su esfera personal. La Ley fija de esta manera indirecta, en los 12 años la edad a partir de la cual se presume legalmente que un menor tiene suficiente juicio para emitir una opinión fundada sobre los asuntos que le conciernen. Ese mandato legal supone reconocer un mayor valor o relevancia a la opinión del menor desde que éste llega a la adolescencia, es decir, a ese período comprendido entre el

inicio de la pubertad y el completo desarrollo físico del organismo, que para los niños se inicia en torno a los 13 ó 14 años y para las niñas un poco antes, en torno a los 11 ó 12.

Puede decirse que, con carácter general, tanto el Código Civil español, como los Derechos civiles forales y especiales, establecen específicamente el derecho del menor mayor de 12 años o de menos edad pero con suficiente juicio a ser oído para manifestar su opinión antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona. Específicamente, se establece ese derecho a ser escuchado antes de adoptar decisiones relativas al sistema de guarda y custodia, sobre el régimen de comunicaciones y estancias con los progenitores y con los hermanos u otros parientes o allegados, y, en general, en relación con cualquier asunto referido al ejercicio de la patria potestad. En este sentido podríamos plantearnos la siguiente cuestión: ¿Qué valor debe atribuirse por el Juez a la voluntad manifestada por el propio menor adolescente en relación con la elección u opinión personal de preferir que el padre o la madre, distintos de los que hasta entonces eran progenitores custodios según resolución judicial o el convenio regulador, asuman ahora su custodia?, es decir, ¿Podría decidir el Juez resolver ignorando o contrariando la voluntad libremente expresada por el menor o, por el contrario, queda de algún modo vinculado por la opinión del mismo?

La respuesta a tales interrogantes no es, desde luego, sencilla.

En una primera aproximación al problema, ha de partirse de la premisa de que el Juez, al adoptar cualquier decisión o medida que afecte a la esfera personal, familiar o social del menor, ha de tener, como criterio básico, la consecución y protección del interés y beneficio del menor (*favor minoris*), y de que éste no ha de coincidir siempre y necesariamente con la voluntad manifestada por el mismo.

- Una segunda consideración a tener en cuenta es que la voluntad manifestada por el menor, sólo se erige en un factor de decisiva importancia para la resolución de la controversia existente entre los progenitores sobre un asunto concerniente al menor cuando es reflejo de una decisión *madura, firme, autónoma y razonada*, que responde a hechos, motivaciones o circunstancias objetivas y no a meros deseos caprichosos o a la influencia negativa de uno de los progenitores.

En este sentido, dice la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986, de 15 de diciembre, sobre Intervención del Ministerio Fiscal en los Procesos de Separación y

Divorcio, en su apartado II C), dedicado a las "Actuaciones del Ministerio Fiscal en la práctica", que:

*“Para valorar ajustadamente las manifestaciones del menor, hay que tener en cuenta no sólo lo que literalmente diga, sino, también y sobre todo, cómo lo dice, pues no debe olvidarse que en ocasiones sus declaraciones están mediatizadas”.*

Esa orientación al Fiscal, en orden a la valoración de la exploración de los menores, conserva plena vigencia y es igualmente válida para el Juez.

Por último, no puede obviarse el hecho de que, aun siendo la voluntad del menor caprichosa e infundada, movida por el puro interés material o crematístico, o producto de la manipulación, en el caso de adolescentes próximos a alcanzar la mayoría de edad, de 15, 16 ó 17 años, no es posible desconocer la voluntad de los mismos a la hora de establecer el sistema de custodia, de atribuir la guarda a uno u otro progenitor, o de fijar un determinado régimen de comunicaciones y estancias con el progenitor custodio. En estos casos, atribuir la custodia del menor a aquel progenitor con quien el menor no desea vivir, o imponer un régimen de estancias contrario a los deseos del menor, son decisiones inviables porque resultan de imposible ejecución. Y es que, en el caso de adolescentes próximos a alcanzar la mayoría de edad, no es posible desconocer la voluntad de los mismos a la hora de fijar un determinado régimen de comunicaciones y estancias con el progenitor no custodio o de hacerlo cumplir.

Así pues, imponer un régimen de estancias contrario a los deseos del menor, es una decisión improcedente en cuanto inviable, ya que será completamente ineficaz y de imposible ejecución.

No existe un modo de conseguir la ejecución judicial de un pronunciamiento sobre comunicaciones y estancias contrario a los deseos de un menor adolescente, y además, ello podría tener un efecto contraproducente en la estabilidad psíquica del menor al imponérsele un contacto no deseado con uno de sus progenitores, y crearía una situación de tensión y rechazo del menor hacia dicho progenitor que sólo contribuiría al deterioro del vínculo afectivo entre ambos. Así suelen entenderlo también los propios progenitores rechazados que, en la mayoría de los casos, manifiestan no querer que se obligue a sus hijos a verles. Esto es lo que ocurre con el régimen de custodia de menores de edades comprendidas entre los 15 y los 17 años. La voluntad de dichos

menores de querer vivir con el padre o la madre es determinante de la atribución judicial de la guarda y custodia de los mismos a uno u otro progenitor. En estos casos, constatada en la exploración la voluntad firme e inequívoca de un menor de querer mantenerse bajo la guarda de un progenitor con el que ya convive, o de trasladarse a vivir con el otro, resultaría completamente ineficaz una resolución judicial contraria a la decisión del menor, a quien le bastaría escaparse e ir a vivir con el progenitor por él elegido para convertir en inútil la resolución judicial de guarda adoptada en contra de su voluntad.

Por tal razón, la Sentencia dictada por el titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Madrid, con fecha 4 de abril de 2006, en los autos de modificación de medidas n.º 1449/2005, atribuyó la guarda y custodia de tres hijos de 17, 15 y 12 años al padre, pese a ostentarla anteriormente la madre, al haber abandonado los tres menores el domicilio materno y haberse trasladado al paterno y manifestar, en la exploración, que no pensaban regresar, en ningún caso, con la madre.

Por lo que se refiere a los regímenes de comunicaciones y estancias de menores de 15 a 17 años, en la praxis judicial cada vez con mayor frecuencia, es costumbre no fijar un concreto régimen de visitas, comunicaciones y estancias del progenitor no custodio con los hijos de esas edades. Son criterios habituales en tales casos, según se constata de la lectura de la Jurisprudencia<sup>17</sup>, los siguientes:

- a- *Establecer un régimen puramente orientativo o indicativo, abierto a los cambios y modificaciones puntuales que padre e hijo puedan pactar.*

En este caso, el régimen de estancias abierto se aplica sin rigidez alguna y con total flexibilidad, respetando, en todo caso, la necesidad del menor de dedicar parte de su tiempo disponible a cumplir sus obligaciones escolares y sus deseos de dedicar una parte importante de su tiempo de ocio a cubrir su necesidad de relación con sus amigos y conocidos.

---

<sup>17</sup>Sentencia de la AP Alicante, Sección 4ª, de 27/9/2005; Sentencia de la AP Alicante, Sección 10ª, de 23/12/2003; Sentencia de la AP Valencia, Sección 10ª, de 10/5/2006.

- b- *No establecer un concreto régimen de visitas y estancias permitiendo que las mismas se desarrollen en el tiempo, forma y lugar que libremente convengan el menor y su progenitor no custodio.*

En este caso, el régimen de visitas y estancias no existe como tal, es completamente libre, de modo que el progenitor no custodio y el hijo podrán comunicar y relacionarse entre sí en el tiempo, forma y lugar que libremente convengan en cada caso, con el fin de que puedan compatibilizar sus necesidades afectivas de relación y el cumplimiento de las obligaciones laborales, escolares y compromisos sociales de cada uno de ellos.

La voluntad del menor adolescente adquiere relevancia para la toma de decisiones judiciales relativas al régimen de visitas, comunicaciones y estancias tanto en los procesos declarativos dirigidos a establecer por primera vez el régimen de comunicación con el progenitor no custodio, como en los procesos cuyo objeto sea la modificación del régimen anteriormente establecido, y además, en los procesos de ejecución, una vez establecido un concreto régimen de estancias, cuando el progenitor no custodio demanda su cumplimiento y el custodio aduce la negativa del menor a relacionarse y permanecer con el no custodio.

Los Jueces y Tribunales se inclinan por considerar que sería totalmente inadecuado el establecimiento de un régimen de visitas con el progenitor no custodio para el menor; ya que sería de imposible cumplimiento y sería contraproducente para el menor; primando por encima de todo, el interés de éste<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup>.En este sentido, pondremos a modo de ejemplo dos sentencias:

-La Sentencia de fecha 28 de enero de 2010, en los autos de modificación de medidas seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid con el nº 833/2009, que se basa en el rechazo a la figura paterna de una menor de 14 años, en la mala relación existente entre la misma y su padre, y en la incomunicación y falta de contactos entre ambos en el último año para suspender el régimen de comunicaciones y estancias establecido en la precedente sentencia reguladora de las relaciones paterno filiales. La sentencia razona la suspensión diciendo:

"(...) a tenor de las prescripciones contenidas en el artículo 94 del Código civil, *no parece conveniente para el interés y beneficio de la menor establecer un concreto régimen de comunicaciones y estancias de dicha menor con su padre en cuanto, dada la edad de la menor, 14 años, el rechazo actual de la misma hacia la figura paterna y la mala relación paterno- filial existente, objetivada con absoluta claridad en los hechos declarados probados en la sentencia dictada con fecha 6 de julio de 2009 en los autos de juicio de faltas nº 85/2009, del juzgado de Instrucción nº 7 de Torrejón de Ardoz, que ponen de manifiesto un comportamiento del padre hacia la menor totalmente inadecuado, el establecimiento de un concreto régimen de visitas sería contraproducente para la buena relación paterno-filial en la medida en que sería percibido por la menor como una imposición de una relación que en este momento no desea, agravando la actitud de rechazo hacia la figura paterna, al margen de que, ante la negativa voluntaria de la*

Sin embargo, no siempre la decisión judicial hace el deseo del menor, pues, debiendo primar su interés y beneficio por encima, incluso de su propia voluntad, no se atiende a ésta cuando la negativa a las visitas se considera infundada y perjudicial para el menor. En este sentido, la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid, con fecha 19 de junio de 2009, en los autos de modificación de medidas nº 987/2008, desestima la demanda en que *se pedía suspender el régimen de visitas de una menor de 13 años y medio* y establecer que la menor pudiera visitar al padre en las fechas y horarios libremente pactados por ambos, y pernoctar en el domicilio paterno tan sólo cuando lo deseara, razonándolo de este modo:

"(...) del examen y valoración conjunta de la prueba practicada, en especial del *informe pericial psicosocial emitido por el equipo psicosocial* adscrito a este juzgado con fecha 25 de mayo de 2008, y de las manifestaciones realizadas por los peritos psicólogo y social en el acto de la ratificación, cabe deducir que *no existen razones objetivas que justifiquen el que la menor no quiera ver a su padre*. Concurren dos circunstancias que pueden explicar el porqué del rechazo que muestra la menor a su padre que son, según cabe inferir del informe expresado; de una parte, la excesiva e indebida implicación de la menor en el conflicto de sus progenitores; y de otra, la

---

menor a ir con su padre, resultaría de imposible ejecución forzosa el cumplimiento de cualquier régimen de visitas y estancias que se estableciera".

-La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid, dictada con fecha 21 de septiembre de 2010, en los autos de modificación de medidas de divorcio nº 1202/2009, se respeta la voluntad de un menor de 15 años y 10 meses de no querer tener contactos regulares con su padre y se suspende el régimen de visitas establecido, señalando:

"En el informe psicológico se señala que el menor Mario ha visitado a su padre con cierta regularidad hasta hace aproximadamente tres años y que Mario manifiesta no querer visitar más a su padre porque dice que su padre no le trata como a un hijo y aclara que no le llama y no se preocupa por él. Pone como ejemplo el hecho de que, cuando se rompió el codo y estuvo tres meses convaleciente, su padre nunca fue a verle. También refiere que, cuando iba a ver a su padre, éste profería graves y reiterados insultos en su presencia contra su madre y familia materna, lo que le producía gran sufrimiento. Según manifiesta, Mario propuso a su padre hace algún tiempo flexibilizar el régimen de visitas para poder realizar actividades con el grupo de amigos que se iba creando en G., y hacerlo compatible con el régimen de visitas, a lo que el padre se negó.

Las manifestaciones del menor ponen así de manifiesto desinterés paterno por el hijo, rigidez paterna en entender las necesidades de relación del menor con sus iguales y una actitud paterna ofensiva para la familia materna que, aparte de constituir un comportamiento del padre totalmente inadecuado, revelan una gran carencia de habilidades para manejar su relación con su hijo menor y establecer vínculos afectivos con el mismo. Estas motivaciones del menor constituyen causas objetivas suficientes para justificar la *negativa del menor a cumplir el régimen de visitas establecido y aconsejan no fijar un régimen concreto y determinado, dejando al libre acuerdo del menor con su padre la forma, tiempo y lugar en que ambos comunicarán en lo sucesivo*".

diferencia de estilos educativos de uno y otro progenitor y cierta carencia de habilidades paternas para relacionarse adecuadamente con la menor.

Por lo que se refiere a la primera, no puede negarse que la indebida implicación de la menor en el conflicto que enfrenta a sus progenitores es imputable a la madre, con la que la menor hace causa común, hasta el punto de afirmar, tanto la madre como la hija que «hemos puesto la demanda». No es sólo que resulte indebido que la menor posea la abundante información que maneja sobre el conflicto que enfrenta a sus progenitores, que la hace posicionarse del lado de uno, la progenitora custodia con la que convive, frente al otro, el padre no custodio, es que además, ello conduce a una inversión de los papeles o roles que en el grupo familiar corresponde a los progenitores y a la menor pues traspassa a ésta la toma de decisiones que competen a aquéllos atribuyendo en última instancia a la menor la responsabilidad de actos que conciernen a sus progenitores.

En otro orden de cuestiones, parece evidente que *dejar exclusivamente en manos de la menor la toma de decisiones que a ella le afecten comporta un importante riesgo* por el inevitable efecto dominó que la misma puede tener para los restantes aspectos de importancia en la vida de la menor, como el escolar, el educativo, y, en general, cualquier decisión relativa al vestuario, comida, mobiliario de su habitación, etc. *No quiere decirse, en modo alguno, que haya de prescindirse de oír a la menor* antes de adoptar cualquier decisión de trascendencia que le afecte, ya que la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor obliga a ello, *pero ha de evitarse trasladar a la menor la percepción de que es ella la que toma las decisiones que afectan a su vida* al margen de las opiniones, consideraciones o indicaciones de sus progenitores, quienes tienen asignado por la ley la función de velar por la adecuada protección de los intereses de sus hijos menores actuando incluso en contra de la voluntad de éstos.

(...) No concurre, por tanto, alteración sustancial alguna de circunstancias que aconseje, en interés del menor, modificar el régimen de estancias de la menor con su padre en los términos interesados por la parte actora, pues «existe el riesgo de que la niña deje de ver a su padre si se le deja libertad para hacerlo», según manifestó el perito en el acto de la ratificación. Es necesario, además, que la menor deje de involucrarse en el conflicto de sus progenitores para no generar en ella un conflicto de lealtades.



Por otra parte, se hace necesaria una inmediata mejora de las relaciones del padre con la menor, que, según dice el informe, «mantiene interiorizados sentimientos de resentimiento hacia al padre que le provocan una actitud de rechazo». El informe pericial psicosocial recomienda el mantenimiento del régimen de visitas establecido (...), no se aprecia una desvinculación y sí una relación a recuperar. La figura paterna mantiene y favorece el encuentro paterno-filial, al que la madre no se opone, pues considera que el padre es fundamental para un crecimiento armónico".

En la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, es posible encontrar resoluciones que resuelven apartándose del deseo manifestado en el proceso por menores adolescentes, por entender que así lo exige el interés superior del menor, y otras que consideran tal voluntad determinante de la decisión sobre custodia o visitas.

---

Así por ejemplo:

-La Sentencia de la AP de Toledo, Sección 1ª, 155/2000, de 17 de abril, 39/2000, ponente Tasende Calvo, denegó el cambio de guarda de una hija de 12 años y su hermano pequeño, que ostentaba el padre, pese a la voluntad manifestada por los menores de querer vivir con su madre, argumentando (FJ 2º):

*"(...) el juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos, los cuales habrán de ser oídos sobre este particular concerniente a su cuidado y educación, que les afecta de manera tan personal, «si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años» (art. 92, párrafo segundo, CC).*

El deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Ahora bien, este interés puede, en determinados supuestos, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, sin perjuicio de reconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado (...) el deseo de los hijos constituye una circunstancia esencial capaz de fundamentar una eventual modificación de la medida relativa a su guarda y custodia, dada la trascendencia que dicha voluntad tiene a la hora de apreciar las condiciones de convivencia más beneficiosas para el menor, desde la perspectiva de su desarrollo afectivo y protección integral (art. 39 CE), siempre que, naturalmente, ese deseo responda a una voluntad autónoma, firme y decidida, ajena a inducciones o influencias extrañas y a caprichos o inclinaciones pasajeros, que no se acomodan al verdadero interés legalmente tutelado, y que exprese una voluntad razonable y razonada en base a unas causas objetivas que sean susceptibles de valoración judicial con el auxilio, en su caso, de especialistas".

-La Sentencia de la AP de Salamanca de 4 de noviembre de 1992, ponente Nieto Nafría, deniega el cambio de guarda y custodia basándose en la sola voluntad de los menores al manifestar aquéllos sus preferencias por distintos progenitores:

*"Porque para transferir la guarda y custodia de los hijos comunes de uno a otro cónyuge no basta con el expreso deseo de los niños, que puede hallarse muy mediatizado por los deseos o intereses de sus progenitores, sino por aquél unido a circunstancias objetivas preferentes, que aquí ni siquiera se explicitan con seriedad. (...) cuando los hijos se manifiestan de forma divergente, el juzgador debe tener*

## II. IUS VISITANDI Y LACTANCIA DEL MENOR.

La separación o el divorcio de los padres es una circunstancia que puede darse mientras el niño todavía siga tomando el pecho. Son muchos los intereses que se ponen en juego, pero por encima de cualquiera de ellos debe primar el derecho del niño a ser

---

presente las recomendaciones del art. 92 CC: procurar no separar a los hermanos y dividir su custodia tan sólo cuando así convenga a los hijos".

-La Sentencia de la AP de Segovia, 239/1997, de 1 de octubre, 121/1996, ponente Romera Martínez, señala en su FJ 3º:

"(...) y si bien se ordena que «si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten» (artículo 154 del Código Civil) ello no significa que el querer del hijo vincule al juzgador aunque éste, en buena lógica, deba valorar las causas que motiven su voluntad razonada de aquél (...)"

-La Sentencia de la AP de Valencia, Sección 10ª, 14/2004, de 13 de enero, 880/2003, ponente de Motta García-España, indica:

"Por ello *los tribunales deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor*, aquello que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino lo que es aun más importante, en el futuro y en esta búsqueda de lo beneficioso para el menor debe tomarse en consideración que, aquello que el niño quiere, no es necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene por qué coincidir lo adecuado con su opinión".

-La Sentencia de la AP de A Coruña, Sección 3ª, 503/2009, de 4 de diciembre, 179/2009, ponente Fernández-Porto García, confirma la atribución de la custodia de una menor de 16 años al padre respetando la decisión de ésta de permanecer viviendo con él cuando la madre abandonó el domicilio conyugal para vivir con su nueva pareja y mantiene el régimen de visitas fijado (sábados alternos de 10 a 18 horas) para no entorpecer las actividades deportivas de la menor. Dice esta Sentencia:

"FJ 2º (...) Lucía cuenta en la actualidad con *16 años de edad* y está próxima a cumplir los 17. En tales edades, *la opinión de la menor tiene unos matices muy distintos a las manifestaciones o deseos de niños que no alcanzaron la pubertad o infantes*. A esa edad, próxima a la mayoría de edad, en plena adolescencia, y cuando están desarrollando su personalidad, *la capacidad de imponer un régimen de guarda contra su voluntad está limitada*. Es una pretensión imposible".

"FJ 3º (...) *Cuando los hijos menores de edad tienen edades de 15, 16 ó 17 años*, realmente pronunciarse sobre un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio carece de todo sentido práctico. A esas edades, *el menor visitará a los familiares con los que no convive cuanto tenga por conveniente*. Es más, sus apetencias personales suelen ser: salir con sus amigos los fines de semana, no estar de paseo con su padre o su madre... Sus relaciones sociales se modifican profundamente. Los padres tienen tendencia a ver a sus hijos siempre como «pequeños» que deben ser objeto de protección, cualquiera que sea la edad que tengan, con olvido de que tienen su propia personalidad autónoma. Es por ello que, *cuando en estos casos, se fija un régimen de visitas, es más por imposición legal formal, que por dictar una medida efectiva reguladora de las relaciones paterno filiales*. (...) Lucía visitará a su madre cuando tenga por conveniente y desee hacerlo: no puede imponérsele ya un régimen de visitas concreto y vinculante".

amamantado<sup>19</sup>. Por tanto es necesario proteger la lactancia materna en caso de separación de los padres.

Lo ideal en un divorcio es que la pareja aparque sus diferencias en todo lo relacionado con los niños. Difícil tarea, ya que muchos padres separados no sólo no son capaces de cooperar por el bien y las necesidades de sus hijos, sino que los manipulan en contra del otro, lo que resulta claramente perjudicial para el menor y una gran fuente de inestabilidad presente y futura. Nos centraremos en los niños muy pequeños, ya que por su edad, son los que necesitan ser amamantados por su madre. Tema éste, muy relacionado con el tema de la pernocta, ambos generadores de cierta polémica en cuanto a su conveniencia y adecuación en caso de ruptura de la pareja.

Lo habitual será que desde que el niño nazca esté siendo amamantado por su madre; por ello, es razonable estimar que mientras se alimente mediante lactancia natural exclusivamente, el niño deba pernoctar en todo caso con su madre para que ésta pueda darle el pecho con la regularidad que aquel demande en las tomas nocturnas, cuestión sobre la que está de acuerdo incluso la Jurisprudencia abiertamente a favor de la pernocta del padre con niños muy pequeños. (SAP Pontevedra 6ª de 23 de septiembre de 2010, SAP Barcelona 12ª de 14 de mayo de 2010).

Durante los primeros meses de vida, los períodos de lactancia se alternan con los de descanso en los que el bebé permanece dormido, dependiendo éste de la madre para obtener no sólo su sustento sino también su bienestar, de modo que si una toma se retrasa en exceso, el niño se sentirá incómodo a causa del apetito y la madre por molestias físicas (pechos). No obstante, transcurridos los cuatro o seis primeros meses de vida, es posible introducir en la dieta del lactante otros alimentos alternándolos con la leche materna la cual sigue aportando nutrientes y anticuerpos y estimulando en el bebé la producción de sus propios anticuerpos. Cuando el bebé ha desarrollado un horario suficientemente regular para pronosticar cuándo querrá ser alimentado (entre las seis semanas y los tres meses de vida posiblemente), es posible saltarse alguna toma, pudiendo ofrecerle el biberón a partir de las seis semanas (biberón pudiendo incluso

---

<sup>19</sup>.Según la OMS, la lactancia natural exclusiva resulta recomendable hasta los 6 meses), el niño deba pernoctar en todo caso con su madre para que ésta pueda darle el pecho con la regularidad que aquel demande ser alimentado, cuestión sobre la que está de acuerdo incluso la Jurisprudencia abiertamente a favor de la pernocta del padre con niños muy pequeños. (Sentencia de la AP Pontevedra 6ª de 23 de septiembre de 2010, Sentencia de la AP Barcelona 12ª de 14 de mayo de 2010).

utilizar leche materna previamente extraída y conservada o bien un biberón de leche preparada al instante).

En este sentido, citamos algunas resoluciones judiciales que hacen referencia al tema que abordamos:

-La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 16/1/2006, establece que la lactancia y hábitos de descanso del hijo, en modo alguno, justifican privar al padre de visitarlo hasta que cumpla un año.

La madre (recurrente), solicita la suspensión del régimen de visitas establecido en la sentencia de separación, hasta que el hijo cumpla el primer año de edad.

(...) la lactancia del menor y los hábitos de descanso del mismo no son argumentos suficientes por sí solos para impedir que el padre pueda acceder al contacto físico y afectivo con su hijo, no constando, de otro lado acreditada, ni invocada, una situación de inidoneidad de aquél para atender correctamente al hijo en los períodos en los que pueda permanecer en su compañía, si bien el niño no tiene edad suficiente para pernoctar fuera del domicilio materno.

Cuando el bebé cuente con la edad de entre seis semanas y tres meses de vida más o menos, es posible ofrecerle biberón utilizando leche materna previamente extraída y conservada o biberón de leche preparado al instante.

Nada impide, si existe la deseable colaboración entre ambos progenitores, que el régimen de visitas establecido a favor del padre en la resolución impugnada pueda desarrollarse plenamente con la indispensable flexibilidad en función de las circunstancias concretas concurrentes en cada momento, hasta que el menor alcance la edad adecuada para pernoctar fuera del domicilio materno, sin que por ello se vean afectados sus hábitos de vida, alimento, descanso y cuidado, generalmente fijada entre los 2 y 3 años de edad (no concurriendo circunstancias extraordinarias que aconsejen la adopción de especiales medidas de protección).

Por lo tanto, la Sala decide no instaurar el régimen ordinario de visitas por ser prematuro durante el primer año de vida del menor, siendo la opción más prudente esperar hasta que el menor alcance los 3 años de edad para desarrollar el régimen de visitas con la deseable amplitud.

-La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 31/7/2001 dice, en el mismo sentido que, no es admisible cortar la relación entre el padre y el hijo recién nacido basándose en la ausencia de vínculos estables entre los mismos.

La separación de los cónyuges se produjo cuando la hija contaba con un mes de edad, quedando la hija lactante bajo la custodia de la madre, por lo que no existen vínculos estables entre el padre y la menor, dada la escasísima duración de la convivencia familiar, así como la edad de la hija.

La madre (apelante) solicita cortar la relación de afectividad establecida en instancia de su hija con el padre, alegando que si se cumple lo establecido, la hija pasará todos los fines de semana con el padre. Sin embargo, el fallo de dicha sentencia establece que el régimen de estancia a favor del padre será los sábados de 11:00h a 13:00 horas de la mañana y de 18:00h a 20:00h de su tarde. Es decir, pasaría más horas la hija durante los fines de semana con la madre.

¿Qué sucederá con un niño de quince o veinte meses que sólo ve a su padre cuatro días al mes?

Tradicionalmente, se ha entendido que no debe concederse pernocta a progenitores con niños de corta edad para evitarle los trastornos que le supondría dormir en una habitación que no es la suya habitual. Esos trastornos adaptativos se ha demostrado que pueden darse en las primeras ocasiones, pero los niños se adaptan rápidamente y en poco tiempo, esa segunda habitación no será en absoluto algo extraño para él.

### **III. IUS VISITANDI Y RELACIONES DE AFECTIVIDAD Y APEGO ENTRE PROGENITORES Y SUS HIJOS .**

Cuando los progenitores tienen problemas de comunicación, financieros, con los familiares, etc., comienzan lo que se denomina por los psicólogos y terapeutas “divorcio

---

No resulta admisible que con la corta edad de la hija se pretenda desde ahora cortar una relación de afectividad con el padre (de forma que si todavía no se ha podido forjar una relación de afectividad sólida, debido a la edad de la menor y al poco tiempo que pasa con su padre, cortando ésta desde ahora, difícilmente se consolidará a futuro, ya que la menor crecería sin la figura de su padre. Siendo durante los primeros años de su vida-3 primeros-, en los que se establecen esos lazos). Como digo, cuanto más se retrase o se dificulte el establecimiento de una relación continua de afectividad entre la menor y su padre, más complicado será el normal establecimiento de la misma.

emocional”, el cual crea tensiones casi insoportables, creando una atmósfera perjudicial para todos los miembros de la familia como un sistema que es. Los niños comienzan a vivir esta separación afectiva de sus padres a través de numerosos mensajes enviados por canales de comunicación verbal y no verbal: gritos, enojos, agresiones, salidas constantes de uno u otro de los padres de la casa en común, etc., y empiezan a sentir angustia, miedo, tristeza, etc., incluso perciben la situación como algo amenazante, creyendo que ellos pueden ser los culpables de lo que está sucediendo porque se portan mal, van mal en la escuela, no quieren comerse lo que les da; porque pelean con sus hermanos o compañeros. Cosas como “dile a tu padre que no me hable”; “dile a tu madre que es una odiosa”, como si fueran los transmisores de insultos y groserías, convierten a los niños en depósito de agresiones, porque el niño siente que los insultos son para él y no que van dirigidos a los otros. Todo esto lleva al niño a sentirse abandonado, solo y, por supuesto, su pérdida es muy dolorosa. Ese hogar en el que se sentía seguro, con hábitos constantes, relaciones afectivas amorosas; en donde confiaba que podía estar bien, ahora empieza a desmoronarse poco a poco a través de observar las discusiones constantes de las personas a las cuales admira y que ahora ya no son las mismas.

Cuando el divorcio comienza ya como realidad procesal (interposición de la demanda de medidas previas, o provisionales o demanda de nulidad, separación o divorcio), el niño, sobre todo a ciertas edades, puede percibir aún más el desamparo: ahora sus padres lo colocan en el centro y en la mayoría de las ocasiones, uno u otro padre lo utilizan para dañarse; el niño no entiende porque los padres discuten a cada rato o por qué él tiene que ir y decirle al otro que por qué no da dinero, que por qué no habla por teléfono; que por qué no se ocupa de él, que si es un inútil o que si es un mujeriego o una mala persona. *“Ya ves, te lo dije, tu padre (o tu madre) nunca cambia; hasta parece como si no te quisiera, porque no te atiende”*. Todo esto provoca en el niño una serie de ideas que, en muchas ocasiones, lo llevan a sentirse humillado, triste, rencoroso; apartado de todo.

El divorcio para los hijos, aun cuando pareciera que no les afecta, es un punto importante que marca su vida en muchas áreas. Son niños divididos, es decir que separan su sentir de su pensar y de esa manera pueden adaptarse a lo que sucede a su alrededor; inclusive escuchamos decir: *“yo no siento nada”, “tampoco puedo hacer*

nada”; “eso no me afecta”. Estos mecanismos de defensa los llevan a sobrevivir pero inconscientemente nunca dejan de sentir ese dolor. Ahora bien, dependiendo de la edad que el niño tiene cuando sus padres se divorcian, las conductas pueden ser diferentes tanto en lo afectivo como en lo social.

La *terapia de juego* es un medio que lo ayudará a deshacerse de aquellos aspectos que no le tocan para que logre adaptarse a todos los medios en los que se desenvuelve: la escuela, su familia, los amigos y que sea un niño más feliz con el mundo que lo rodea. Para ello, una vez llevada a efecto la separación física entre padre o madre e hijos, es muy importante el régimen de visitas que se establezca entre el progenitor no conviviente con sus hijos para que estos crezcan con esa figura. En este sentido, cuanto más amplio sea el régimen de visitas, mejor será para los menores, en caso de que no se establezca una custodia compartida, la cual todavía los beneficiaría más.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 29/3/2006: El derecho de visitas se corresponde con un derecho-deber, de contenido afectivo, manteniendo la relación padre-hijo.

Teniendo en cuenta las manifestaciones del padre, no se aprecia inconveniente alguno para que el régimen de visitas se establezca de forma más amplia, ya que favorecerá un mejor contacto de éste con su hijo, que ya cuenta con 3 años y medio de edad, y estrechará el régimen la relación con su hermano.

El principio *favor filii*, ha sido tenido en cuenta en el convenio regulador, estableciendo el criterio de flexibilidad en atención al trabajo del padre.

---

El derecho de visitas regulado en el artículo 94 en concordancia con los artículos 160 y 161 del Código Civil, se corresponde con un derecho-deber que tiene por finalidad no tanto satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores para un desarrollo equilibrado de los niños, tratándose de un derecho de contenido puramente afectivo, integrado en el ámbito familiar, que permite la expresión o manifestación de sentimientos de apego tan necesarios para el desarrollo personal de progenitores e hijos, manteniendo la corriente afectiva padre e hijos en una situación en la que en principio podría dificultarlo, como sería la separación o el divorcio, bajo la inspiración de atender principalmente al interés superior de los menores (artículo 2 de la LO 1/96 de 15 enero de Protección Jurídica del Menor).

## **RAZONES OBJETIVAS QUE JUSTIFICAN LAS MODULACIONES EN EL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS**

En algunos casos, el régimen de visitas inicialmente establecido puede sufrir modificaciones por razón del acaecimiento de circunstancias que determinan la necesidad de introducir modulaciones en el cumplimiento del *ius visitandi* de los menores. Aunque son muchas las posibles dificultades y circunstancias obstativas o modificativas que determinan este “*Ius Variandi*”, que nos podemos encontrar en la práctica en el cumplimiento de la comunicación o visitas, analizaremos las más frecuentes en la práctica, que, por ello, han sido objeto de atención jurisprudencial.

### **I. Posibles dificultades.**

#### *1. Enfermedad del progenitor no custodio o del menor.*

Otra dificultad que puede aparecer a la hora de establecer un régimen de visitas, es la existencia en el progenitor no custodio, por ejemplo, de un trastorno mental.

En estos casos, el primer paso es realizar una correcta evaluación del estado del progenitor que está afectado por una patología mental, valorando sobre todo cómo puede afectar su trastorno a su capacidad mental, es decir, su capacidad para cuidar de forma adecuada y responsable del menor.

Una vez realizada esta valoración, se establecería un régimen de visitas más estricto en función de qué responsabilidades es capaz de desempeñar el progenitor.

Si existiese la posibilidad de un apoyo familiar (abuelos, nueva pareja,...) hacia el progenitor con trastorno mental, se podría valorar que el régimen de visitas fuese más amplio. De todas formas, es importante en estos casos que haya un seguimiento por parte del Juzgado, así como una presentación periódica de informes del estado del progenitor que padece el trastorno, para revisar, si fuese necesario, el régimen de visitas o en su caso, suspenderlo.

A modo de ejemplo, citaremos alguna sentencia para ver que establece la jurisprudencia en este sentido.

#### *1.1 En caso de que sea el hijo el que esté enfermo:*



-La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 6/4/2006 establece que: No se advierte la conveniencia de limitar a priori la duración de las visitas de un progenitor al hijo enfermo en casa del otro, permitidas en el convenio.

Para el caso de que las visitas sean en casa de la madre, procede determinar el tiempo máximo a fin de preservar la intimidad del domicilio de la madre e hijos y de evitar posibles enfrentamientos.

-La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7/10/2004 establece la: Posibilidad de visita a las menores por el progenitor no custodio en caso de enfermedades graves, no ante cualquier enfermedad.

Durante las enfermedades graves, el padre podrá visitar a sus hijas en el lugar en que se encuentren, en la forma que se determine en ejecución de sentencia en caso de surgir discrepancias al respecto entre las partes. No bastará por tanto que se trate de enfermedades corrientes, como la gripe, que no hacen precisa por su corta duración, una compañía del padre.

*1.2 En caso de que sea el progenitor no custodio quien se encuentre enfermo:*

-La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 14/10/2003 dispone que: La salud mental del padre y su incidencia en la esfera psíquica de la niña, determinan el régimen de visitas.

En el informe psicológico se insiste en las buenas relaciones entre el padre y la niña, aunque no es suficiente para el Tribunal sobre si el padecimiento psíquico del padre puede afectar a las relaciones con su hijo, y en su caso, cuál sería la forma y modo idóneos en que deberían relacionarse.

Se determinará lo más beneficioso para la menor, adoptándose las medidas cautelares necesarias para que se vayan resolviendo los problemas de relación que pudieran plantearse.

---

Siendo tantas y tan distintas las situaciones que en la realidad pueden plantearse, no se advierte la necesidad ni siquiera la conveniencia de que la duración de las visitas de un progenitor al hijo enfermo en el domicilio del otro, quede limitada a "priori" por un tope máximo de tiempo, sino que deben ser ambos progenitores quienes de mutuo acuerdo decidan cuál debe ser la duración de cada una de ellas, atendidas las circunstancias y gravedad de cada caso y lógicamente mirando siempre por el interés y beneficio del hijo enfermo.

Teniendo en cuenta la capacidad del progenitor para tener en su compañía a la menor dada la enfermedad que padece y sus efectos, síntomas y conductas que provoca o pueden provocar en la misma. Mientras tanto, deberá continuar el sistema establecido en las medidas cautelares. El padre podrá estar en compañía de su hija los tres últimos sábados de cada mes de 12:00 a 19:30 horas.

### *2. Existencia de una relación conflictiva entre ambos progenitores.*

Quizás de todas las dificultades que pueden presentarse a la hora de establecer un régimen de visitas y mantener el buen funcionamiento del mismo, una de las más frecuentes es la existencia de una relación muy conflictiva entre ambos progenitores, que puede llegar a haber dado lugar al dictado de una medida preventiva u orden de alejamiento del menor o entre los progenitores, o haberse precedido el divorcio de violencia física y psíquica objeto de denuncia ante la jurisdicción penal u órganos jurisdiccionales de violencia contra la mujer. Si esta situación se da, es recomendable para el ejercicio del *ius visitandi* de los menores implicados en estas crisis evitar los momentos de previsible mayor tensión o carga afectiva, como pueden ser, el encuentro con los padres del menor en el momento de recogida o entrega de éste.

Una solución podrá ser la de buscar un intermediario que realice los intercambios o que éstos se hagan en el colegio o en los denominados Puntos de Encuentro Familiar, con el fin de evitar el encuentro entre ambos progenitores.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 24/3/2003 establecía que Para evitar conflictos entre el padre y el novio de la madre, el punto de contacto se efectuará en un organismo dedicado a la mediación de los mismos.

### *3. Negativa del menor a relacionarse con el progenitor no custodio.*

Uno de los problemas que se plantea con cierta frecuencia en la práctica en los procesos de familia y cuya solución es más problemática, es el derivado de la negativa de menores, sobre todo adolescentes, a relacionarse, cumpliendo el régimen de visitas y estancias establecido, con el progenitor no custodio<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup>Cuando existe rechazo por parte del menor hacia el progenitor ausente, así como suele no estar previsto en los acuerdos de visitas con quién pasarán las fiestas los niños, los mismos progenitores suelen no anticiparse a tratarlo entre ellos y con sus hijos ante la proximidad de las mismas. Cuando se produce

Nos encontramos, en efecto, en ocasiones, que una vez fijado un concreto régimen de visitas, comunicaciones y estancias del progenitor no custodio con el hijo menor adolescente, éste rechaza darle cumplimiento justificando su negativa en motivos diversos.

Se trata de menores de edades comprendidas entre 14 y 17 años que, por razón de su edad y madurez, poseen un alto grado de entendimiento y manifiestan, de manera expresa y rotunda, su deseo de no relacionarse con el progenitor no custodio, mostrando bien un rechazo frontal y abierto a comunicar con él, bien desinterés, desgana o simple ausencia de motivación para encontrarse y establecer contacto con dicho progenitor.

Ante la resistencia o fuertes reticencias del menor a ver, comunicarse y relacionarse con el progenitor no custodio, las opciones son las siguientes:

-Ejecutar la resolución en sus propios términos, obligando al hijo a relacionarse con dicho progenitor, ignorando el rechazo mostrado por el menor a tales contactos.

-Considerar inviable la ejecución de la resolución en cuanto a las visitas y optar por diversas soluciones jurídicas alternativas.

De una parte, tenemos un interés, jurídicamente digno de protección, del progenitor no custodio por mantener contactos con el hijo menor a través del régimen establecido, amparado además, por el derecho a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos, y el beneficio que, al menos en abstracto, supone para el menor el mantenimiento y refuerzo de lazos y vínculos afectivos con ambos progenitores.

---

la comunicación suele ser en un último momento, en general, son malos entendidos. El resultado es la enfada en lugar del diálogo y la rabieta entre ambos, que los hijos perciben aunque nada se les diga, con lo cual el conflicto emocional que llevó a la separación de sus padres se le transfiere a los hijos, incorporando el mismo sentimiento contra el progenitor ausente.

De este modo se disocia a los niños que por un lado, como hijos, sienten que el ausente los abandona, y por otro, identificados con el rechazo del progenitor que tiene la guarda contra el otro, y por tanto, pueden llegar a odiar al progenitor ausente.

En esta posición de incomunicación, los padres piensan y actúan en función de sus propios sentimientos e intereses sin contemplar los intereses de sus hijos, aunque es lo que suelen invocar.

Sin embargo, la inclusión del progenitor ausente, tiene más importancia de la que se cree. El vínculo emocional con el progenitor ausente les permite a los hijos generar un límite en su vinculación con el progenitor que tiene la guarda. Les permite crecer y en determinado momento abandonar el hogar para hacer su vida. La aceptación por los hijos del progenitor ausente es hoy muy importante.

De otra parte, tenemos la persona de un menor adolescente, con un alto grado de madurez y comprensión, con capacidad natural e intelectual suficiente para tomar decisiones libres en el ámbito de su autonomía personal, que muestra un rechazo hacia la figura de uno de sus progenitores (el no custodio) y no desea relacionarse con él. El respeto a esa decisión personal del menor debe formar parte de su dignidad personal, pues sería contrario a ésta imponerle por vía forzosa una convivencia y relación que el mismo no desea.

### 3.1 Ejecución por incumplimiento del régimen de visitas y estancias.

En el ámbito de la ejecución por incumplimiento del régimen de visitas y estancias de menores adolescentes, cuando el progenitor no custodio solicita el despacho de ejecución instando que se requiera al custodio para que dé puntual cumplimiento al régimen de visitas, el custodio suele basarse casi siempre en que la falta de cumplimiento se debe a la propia decisión del menor y no a la obstaculización del custodio. En estos casos, constatada la negativa del menor adolescente a dar cumplimiento al régimen de visitas y estancias, no se considera procedente la ejecución forzosa en cuanto, como dice el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid, de 29 de septiembre de 2010:

*"En el ámbito de las relaciones personales de los padres con los hijos, cuando éstos tienen un alto grado de madurez, por su proximidad a la mayor edad, como ocurre en este caso, parece preferible convencer que imponer, máxime cuando el empleo de medios coercitivos (como la intervención de la fuerza pública) para la entrega, además de no ser los más adecuados para la normalización de relaciones paterno-filiales, se antojan como imposibles en su ejecución efectiva".*

Y es que, en definitiva, no se puede responsabilizar a un progenitor custodio de la negativa de un hijo menor adolescente a dar cumplimiento del régimen de visitas, cuando el menor, por su edad, posee la madurez y el discernimiento necesarios para decidir, si quiere estar o permanecer con el progenitor no custodio.

Aunque teóricamente, el restablecimiento o el mantenimiento de contactos del hijo con el progenitor no custodio, se considera beneficioso para el menor al ser la vía idónea para constituir un vínculo afectivo y una relación paterno-filial sólida, también ha de tenerse en consideración que la protección del interés del menor, exige preservar

su estabilidad emocional y, en definitiva, su salud psíquica que podría resultar gravemente afectada y originar secuelas de carácter psicológico en el menor si se le imponen contactos no deseados por él, con una persona que rechaza. Por ello, en estos casos, la posición claramente mayoritaria de los Juzgados y Audiencias se inclina por acordar la suspensión, al menos provisional, del régimen de visitas y estancias establecido y buscar vías alternativas para recomponer las relaciones personales del menor con el progenitor rechazado. En materia de relaciones personales entre padres e hijos adolescentes, se considera preferible convencer a imponer.

Sin embargo, pasado el tiempo, cuanto mayor haya sido el período de interrupción de las relaciones paterno-filiales y mayor la edad del menor, más grande será la dificultad para lograr la reanudación y normalización de relaciones entre el menor y su progenitor, y más necesario será establecer que el eventual restablecimiento de los contactos sea tutelado y supervisado, pues el progenitor puede haberse convertido en un desconocido para el menor. Cuando la falta de contacto es prolongada y es imputable a la desidia del progenitor no custodio, si es el niño quien se niega a admitir un régimen de visitas normalizado, esa negativa habrá de considerarse fundada<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup>.En este sentido, a modo de ejemplo, el Auto de la AP Málaga, Sección 6ª, 38/2006, de 16 de febrero, 68/2006, ponente: Soledad Jurado Rodríguez, deniega al padre el despacho de ejecución interesado para comunicar con su hijo de diez años, al que no veía desde los tres, con base en que tal pretensión no consiste en mantener la relación con su hijo, sino en reiniciarla, y el modo en que se produce esa reanudación ha de supeditarse al interés del menor, pues, en otro caso "(...) quedaría el equilibrio emocional del niño a expensas de los vaivenes afectivos de su padre".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 27/9/2005 determina que El rechazo y hostilidad de la hija de 12 años hacia el padre, refiriendo sentimientos de temor, desaconsejan la materialización de un régimen de visitas.

En la exploración realizada a la menor, manifestó una abierta hostilidad en relación a su padre, con rechazo absoluto a cualquier tipo de contacto, refiriendo sentimientos de temor y rechazando incluso la mediación a efectos de materialización del régimen de visitas.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 3/5/2006 establece que la negativa del hijo de 16 años a comunicarse con la madre desaconseja el régimen ordinario, que sólo agravaría la crisis existente entre ambos.

De la exploración del menor se desprende su claro deseo de convivir con el padre, negándose a mantener contacto con la madre, sin que se desprenda la existencia del Síndrome de Alienación Parental del menor. Este régimen de visitas limitado se presenta como el más efectivo dadas las concretas circunstancias de la relación familiar, teniendo en cuenta la previsible falta de resultados prácticos que se lograrían con el régimen ordinario, ya que el menor cuenta con 16 años, suficiente para generar indeseables situaciones de incumplimiento, que solo servirían para agravar la situación de crisis existente entre madre e hijo.

#### *4. Problemática del ius visitandi en fechas de relevancia familiar: periodos vacacionales, Navidad y festividades de cumpleaños del menor y del progenitor no custodio.*

Centrándonos sobre todo en niños de corta edad, donde la problemática se manifiesta en toda su crudeza, las vacaciones suponen un período largo de separación del menor con uno u otro progenitor, por lo que no se recomiendan hasta los 3 años. En la medida de lo posible, es preferible que se siga con el mismo régimen de visitas establecido normalmente, para así garantizar el contacto continuado con ambos progenitores.

En la edad preescolar, hasta los 5 ó 6 años, se recomienda (Pagani-Kurtz y Derevensky<sup>22</sup>, Leventahal<sup>23</sup>, Skaft<sup>24</sup>, p.ej.) que se distribuyan en períodos de 15 días alternos. Si esto no fuera posible, otra opción es introducir alguna visita del otro progenitor a lo largo del período vacacional.

---

<sup>22</sup>.”Access by Noncustodial Parents Effects Upon Children’s Postdivorce Coping Resources”, *Journal of Divorce and Remarriage*, 27, págs. 43-55.

<sup>23</sup>.”Divorce, custody and visitations in mid-childhood”, en R.M. Galatzer Levy y L. Kraus (Eds.), *The scientific basis of child custody decisions*, John Wiley and Sons, New York, pág. 22.

<sup>24</sup>.Child custody evaluation. A practical guide, Beberly Hills: Sage.

---

Posibles soluciones: El abanico de soluciones jurídicas ante estas situaciones comprende una variada gama de medidas. Cabe señalar:

- a) La suspensión temporal del régimen de visitas establecido hasta que se produzca una mejora verificable de las relaciones del menor con su progenitor no custodio.
- b) La reanudación de los contactos a través de un régimen de visitas progresivo.
- c) El sometimiento del propio menor y del progenitor custodio (o, según las circunstancias, de ambos progenitores) a programas de terapia o apoyo impartido por un equipo multidisciplinar de los recursos sociales existentes (psicólogo, trabajador social, educador, etc.) orientados a mejorar la relación entre aquellos, removiendo los obstáculos que impidan una relación normalizada entre el progenitor no custodio y el menor, y en su caso en el aprendizaje y utilización de habilidades para interrelacionarse adecuadamente con el menor.
- d) La instauración provisional de un régimen de visitas tutelado a desarrollar en las dependencias de un Punto de Encuentro Familiar, bajo la supervisión de un profesional del mismo, como modo de reiniciar progresivamente los contactos interrumpidos antes de la completa normalización del régimen.
- e) La suspensión temporal del régimen de visitas y la derivación del menor al Centro de Atención a la Infancia correspondiente para instaurar un programa de terapia al menor que le ayude a superar la visión negativa del progenitor rechazado cuando tal actitud se deba a un proceso de manipulación por parte del custodio.

Durante la adolescencia, y al igual que suele ocurrir en familias en las que no ha habido una separación matrimonial, los menores no suelen aceptar vacaciones largas apartados de sus amigos o actividades lúdicas. En estos casos, lo ideal es negociar los planes posibles para las vacaciones.

#### 4.1 Vacaciones de verano.

Las vacaciones de verano comprenderán, por ejemplo, desde la finalización del curso escolar hasta el inicio del siguiente, estando el menor en compañía de sus progenitores en períodos iguales.

4.1.1 En primer lugar, citaremos algunas sentencias que hacen una distribución por mitades de los períodos vacacionales:

*-Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 30/12/2002: Disfrute por mitad de los períodos vacacionales en orden a incentivar la comunicación paterno-filial:*

El apelante solicita modificación del derecho de visitas, ya que no se establece nada respecto al régimen de visitas. Respondiendo el derecho de visitas a proteger e incentivar la comunicación paterno-filial, al no constar circunstancia que justifique la adopción de un régimen de visitas distinto y atendiendo al interés del menor, la Sala considera procedente que los períodos vacacionales de vacaciones de verano, se disfruten por mitad con los progenitores, procediendo cada año a la elección del período a uno de los progenitores si no llegan a otro acuerdo, comenzando la elección de dichas vacaciones al demandado que no ha podido disfrutar el período vacacional hasta la fecha.

*-Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17/10/2002: Conveniencia de visitas durante la mitad del período vacacional, sin limitarlas a un mes en verano.*

La actora sostiene que debe modificarse el régimen de visitas fijado para vacaciones de verano, debiendo sustituirse el señalado (mitad del período vacacional), por el de un mes en el verano. La Sala no observa que concurra circunstancia alguna que haga aconsejable restringir el régimen de comunicación establecido, ya que no se ha acreditado inidoneidad del padre para poder tener consigo a los menores durante dicho

período, no siendo obstáculo tampoco la edad de los mismos, que ya cuentan con 9 y 3 años<sup>25</sup>.

#### 4.1.2 Distribución por quincenas de los períodos vacacionales:

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real del 20/4/2006: La elección de las quincenas que disfrutará el padre en verano y la de la mitad de las vacaciones de Navidad, la hará el padre para que coincidan con sus vacaciones laborales.

Interesa el recurrente en el particular que se examina, un pronunciamiento por el que se acuerde que “*cada progenitor tendrá consigo al menor la mitad de las vacaciones de verano (que se distribuirán por quincenas), Semana Santa y Navidad, debiendo coincidir el período en que el padre tenga consigo a su hijo en vacaciones con las propias vacaciones laborales del citado progenitor, en tanto la madre no trabaje por cuenta ajena. Cuando la madre trabaje, corresponderá a la misma elegir el período de vacaciones que prefiera estar con el niño en años pares, y, al padre en años impares.*”

(...) la propuesta del recurrente, en cuanto progenitor no custodio, permite una más profunda relación entre padre e hijo: si, al menos una parte de las vacaciones escolares coinciden con las laborales del padre, parece obvio que puede conseguirse que las etapas de ocio del hijo resulten más fructíferas y contribuir a una relación normal y enriquecedora de la personalidad del menor. Por ello, y dado que la madre no está sujeta a esa limitación, y mientras no realice un trabajo por cuenta ajena, se estima más razonable y acorde con la finalidad de las comunicaciones, establecer que, como se

---

<sup>25</sup>. Una solución que suele implementarse en la práctica del foro es la que consiste en determinar que a la madre le corresponderá por ejemplo, el 1º y 3º período en los años pares y el 2º y el 4º en los años impares, y al padre a la inversa, el 2º y 4º en los años pares y el 1º y 3º en los años impares. Los periodos son los siguientes:

- 1.- Un primer periodo, desde el día siguiente al comienzo de las vacaciones a las 12:00 horas hasta el 15 de julio a las 20:00 horas.
- 2.- Un segundo periodo, desde el 15 de julio a las 20:00 horas hasta el 31 de julio a las 20:00 horas.
- 3.- Un tercer periodo desde el 31 de julio a las 20:00 horas hasta el 15 de agosto a las 20:00 horas.
- 4.- Un cuarto periodo desde el 15 de agosto a las 20:00 horas hasta las 20:00 horas del día anterior al inicio del curso escolar.



interesa, y sabido que las vacaciones del recurrente las disfruta quince días en verano y quince en Navidad, establecer, como régimen de visitas que cada progenitor tendrá consigo al menor la mitad de las vacaciones de Verano (que se distribuirán por quincenas), Semana Santa y Navidad. La elección de las quincenas que disfrutará el padre en Verano y la de la mitad de las vacaciones de Navidad, la hará este progenitor no custodio, con el fin de hacerlas coincidir (las vacaciones escolares son más extensas que las laborales) con sus vacaciones laborales.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 31/5/2005: Para que padre e hijo extramatrimonial adquieran una relación con carácter ordinario, concediendo una quincena en Agosto.

En la Sentencia recurrida se ha establecido un régimen de visitas reducido al domingo desde las 11:00 horas hasta las 20:00 horas y los días 25 de diciembre y 1 de enero. En base a las pretensiones de las partes y los motivos de disconformidad alegados, se estima conveniente conceder la segunda quincena del mes de agosto al actor, dada la edad del menor y que no se aporta por la madre ningún dato objetivo, ni siquiera se alega, que pueda desaconsejar la pernocta del menor con su padre, circunstancia que se entiende necesaria e indispensable para que la relación adquiriera ese carácter ordinario y normal que ha de divulgarse de la relación entre los padres y los hijos que, como consecuencia de la ruptura de la relación afectiva de los padres, no conviven con el menor.

#### 4.1.3 Distribución por semanas.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 4/5/2005: Durante las vacaciones escolares y en tanto el hijo sea menor de siete años, se formarán cuatro períodos durante Julio y Agosto.

En orden al régimen de estancias del menor con el padre durante los períodos vacacionales, el informe pericial judicial psicosocial recomienda que se extienda (a favor del progenitor que no ostenta la guarda y custodia del menor) a la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, en períodos de tiempo no superiores a dos semanas, hasta que el menor cumpla los 7 años de edad. Pues bien, atendida la edad del menor y los acontecimientos que se han sucedido en el desarrollo del régimen de visitas, estancias y comunicaciones del hijo menor con el padre, la Sala

considera adecuada y conveniente para el menor la previsión que efectúa el dictamen pericial y, por tanto, a él debe acomodarse (en la medida de lo posible) el régimen que se establezca en la resolución judicial que lo apruebe. Por tanto, respecto a las vacaciones escolares de verano y en tanto que el hijo sea menor de 7 años, se dispondrán cuatro períodos durante los meses de Julio y Agosto:

El primero, desde el día 1 hasta el 15 de Julio ambos inclusive.

El segundo desde el día 16 hasta el 31 de Julio ambos inclusive.

El tercero, desde el día 1 hasta el 16 de Agosto, ambos también incluidos.

Y el cuarto desde el día 17 hasta el 31 de Agosto, incluidos.

De manera que los períodos primero y tercero corresponderán a un progenitor y el segundo y el cuarto al otro, y así cada uno de ellos pasará en verano 31 días exactos con el hijo, eligiendo el padre en los años impares y la madre en los pares.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del 1/2/2005: El informe sobre el menor aconseja no prolongar en vacaciones la estancia continuada por un progenitor más de 7 días.

La Sentencia de instancia modifica el régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio con respecto al período vacacional, para que sin reducción del período total vacacional, su duración continuada con un progenitor no supere los 7 días. La decisión del Juez de instancia se vio apoyada en la exploración practicada al menor y la misma viene reforzada por el informe psicosocial que en ejecución de la sentencia de divorcio se acordó de oficio. No se altera sustancialmente el régimen de visitas en período vacacional, por cuanto este período total no se ve disminuido por la decisión judicial, sino que solo se altera el hecho de que no se prolongue la estancia continuada durante más de 7 días.

#### 4.2 Vacaciones de Semana Santa.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24/11/2002: Mantenimiento de amplio régimen de visitas sobre puentes y semana blanca en criterio de *favor minoris*.

Aún excediendo del marco de las pretensiones deducidas en instancia por ambas partes, se asientan sólidamente en el criterio del *favor minoris*, en su proyección sobre las previsiones del artículo 94 CC, al haber de procurarse, desde la decisión judicial que el menor tenga unos contactos (los más amplios y fluidos posibles) con aquel de sus progenitores de cuya compañía cotidiana ha sido inocentemente privado, dado que tales relaciones se crean en un factor de decisiva importancia en orden al desarrollo y formación, en todos los órdenes del sujeto infantil. Ninguna razón de peso alega la recurrente para desvirtuar el referido criterio judicial, que ofrece evidentes ventajas respecto a las vacaciones de Semana Santa, por la corta duración de las mismas y el consiguiente inconveniente de su fraccionamiento en cada año.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de 16/7/2001: La larga distancia entre los domicilios de los padres aconseja no dividir las vacaciones de Semana Santa.

Doña Inmaculada solicitó que las vacaciones de Semana Santa las pasase la menor enteramente con su padre, en lo que se mostró conforme también la defensa letrada de este último, debiendo accederse a tal pretensión y revocar la sentencia de instancia en tal extremo. Ya que la distancia en kilómetros entre el lugar de residencia de la menor (en Vilanova i la Geltrú), y la del padre (en la provincia de León), parece lo más beneficioso para ambos no tener que dividir el escaso período de vacaciones de Semana Santa en dos mitades, sino atribuir las en su totalidad al progenitor que tiene a su favor el régimen de visitas, el progenitor varón.

#### 4.3 Vacaciones de Navidad.

La Navidad es el periodo de reuniones por excelencia, donde toda la familia se junta para celebrar estos días y pasar las fiestas unidos. Sin embargo, en las familias con padres separados o divorciados surge un verdadero dilema en estas fechas: ¿qué hacer con su hijo?, ¿con quién de los dos progenitores pasará la Navidad?, ¿cómo le afectará?

---

Así p.ej., las vacaciones de Semana Santa, se podrían dividir en dos periodos:

1.- Un primer periodo, desde el día siguiente al comienzo de las vacaciones escolares a las 12:00 horas, hasta el miércoles de Gloria (previo al Jueves Santo) a las 20:00 horas.

2.- Un segundo periodo desde el miércoles de Gloria a las 20:00 horas, hasta las 20:00 horas del día antes de que comiencen las clases del colegio.

La celebración de las fiestas navideñas en hogares con padres separados en ocasiones se complica seriamente, ya que al menor le gustaría pasar la Nochebuena con sus progenitores; le gustaría que las celebraran todos juntos, o preferiría quedarse en la casa en la que vive habitualmente. En esta situación, el progenitor que no tiene la guarda, sino esta o no se comunica con los niños durante estas fiestas, les dejará a éstos un sentimiento de pérdida muy doloroso porque percibe como abandono amoroso esta ausencia.

Es muy importante la comunicación, dado que es la que garantiza que, ante la realidad de que los hijos no pueden estar al mismo tiempo con ambos padres, y que estos, separados, no tienen por qué verse compelidos a participar en la misma fiesta, es la comunicación la que permite la presencia, no física, pero sí del cariño del progenitor ausente. Esta presencia afectiva del ausente puede materializarse con una llamada telefónica o ir a su encuentro después de la celebración y estar un rato con sus hijos, y todas las variables con que la buena voluntad de ambos padres pueda facilitar la presencia afectiva del progenitor que en estas fiestas no está con los niños.

En cuanto a las vacaciones de navidad, para ver que establece la jurisprudencia al respecto, señalaremos a modo de ejemplo alguna sentencia.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 30/5/2005: El hecho de que la madre aproveche Navidad y Semana Santa para visitar a su familia, no es inconveniente para que estas vacaciones se distribuyan por mitad.

No parece lógico que al Sr Clara se le prive de la compañía de la menor durante las Navidades, siendo la alegación de la Sra. que en estas fechas tiene vacaciones y puede visitar a su familia en Badajoz en compañía de su hija. Lo cual no es motivo suficiente para perjudicar la relación padre e hija, máxime cuando teniendo las vacaciones de Navidad en los colegios una duración aproximada de dos semanas, la mitad de dicho período se muestra como suficiente para permitir dicho desplazamiento. Se acuerda que tanto en vacaciones de Navidad como en las de Semana Santa, se distribuyan por mitad entre los progenitores.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, 19/4/2002: Régimen restrictivo que excluye la estancia de los hijos con el padre durante las vacaciones de Navidad y Semana Santa. Considerando el hecho de que la situación de alejamiento de

los menores de Burlada por haberse desplazado a Tenerife va alcanzar los tres años, el establecimiento de un régimen de visitas como el fijado en la sentencia recurrida (mitad de los períodos vacacionales escolares de Navidad, Semana Santa y Verano), puede resultar “ab initio”, excesivo. No puede olvidarse que los menores, van a ser alejados, en tres ocasiones a lo largo del año del entorno social donde están habituados a vivir desde hace aproximadamente tres años. Además el mayor verbaliza su deseo, que no es el de mantener una estrecha convivencia con su padre, sino esencialmente, con su abuela paterna y sus primos. Por su parte, la menor ni tan siquiera quiere ver a su padre. En estas circunstancias no es necesario reiterar el prevalente interés de los menores. Parece adecuado establecer un régimen progresivo de relación y compañía del padre con sus hijos. La progresividad del régimen se articulará:

El régimen de estancia previo al traslado de los menores de Tenerife a Pamplona, se iniciará en las vacaciones escolares de verano, debiendo ponerse de acuerdo los progenitores, en que mitad de dicho período los menores habrán de estar en compañía de uno u otro cónyuge. En caso de discordia se estará a lo dispuesto en instancia, es decir, la madre elegirá los años pares y el padre en los impares.

#### 4.4 Cumpleaños.

Uno de los temas que más controversia genera es el relativo al cumpleaños de los menores.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28/2/2006 entiende que: Celebrar el cumpleaños del hijo conjuntamente con los padres, generaría tensión en el menor, por lo que se suprime tal medida.

Se impugna la decisión del Juzgador “a quo” de que el cumpleaños del hijo se celebre conjuntamente con ambos padres, máximo cuando también el padre viene a mostrarse conforme con la supresión de tal extremo, pues, ello podría dar lugar, al

---

Las vacaciones de Navidad, pueden dividirse en dos periodos:

1.- Un primer periodo, desde el día siguiente al comienzo de las vacaciones a las 12:00 horas hasta el 30 de diciembre a las 20:00 horas.

2.- Un segundo periodo desde el día 30 de diciembre a las 20:00 horas hasta las 20:00 horas del día antes de que comiencen las clases del colegio o guardería.

A la madre le corresponderá el 1º período en los años pares y el 2º en los años impares y al padre a la inversa, el 2º en los años pares y el 1º en los años impares. (sin pernocta, recogiendo al niño cada día del periodo que le corresponda de 12 a 20 horas).

menos por el momento, a situaciones de tensión o conflicto (reconocido por ambos) y que resultaría perjudiciales para el menor. Es por ello, que se procede a suprimir, acordando en su lugar, que los padres decidirán de común acuerdo, con cuál de ellos celebrará el menor cada uno de sus cumpleaños. En caso de desacuerdo, los celebrará con la madre los años pares y con el padre los impares.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14/2/2006 entiende que es mejor optar por la: Exclusión del régimen los días de cumpleaños de padres e hijos por alterar la rutina de horarios en las etapas estivales y lectivas en que tienen lugar.

Los cumpleaños de padres e hijos se producen siempre en etapas vacacionales, por lo que se procede a la exclusión de dichos días, en tanto que los de los progenitores pueden coincidir con períodos lectivos de los menores, con lo que se alteraría la rutina de horarios. Por tanto, procede sustituir dichas estancias por las correspondientes al día del padre y de la madre, por su coincidencia con días festivos.

-La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 9/7/2002 dispone que: Si los padres no pueden celebrar juntos el cumpleaños y santo del menor, se aplicará el régimen general.

Si los padres no tienen capacidad para celebrar juntos con el niño esos dos días al año, deberán ponerse de acuerdo con cuál de ellos tendrá lugar la celebración, y en caso de discrepancia, se aplicará el régimen general.

## IUS VISITANDI Y CONSTATAACION JUDICIAL DE LA EXISTENCIA DE UN SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (SAP).

El Síndrome de Alienación Parental (SAP), fue definido por el Doctor Psicólogo Richard Gardner en 1985<sup>26</sup>, como un:

*“trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, es decir, uno de los progenitores manipula al menor con el fin de que este rechace al otro”.*

Es importante señalar que el denominado “SAP” se diagnostica en los menores cuando esta manipulación ya se ha producido, es decir, no es suficiente que el *progenitor alienador* lleve a cabo una conducta de manipulación sobre el menor (generalmente el custodio) para inducirle a odiar o rechazar al otro progenitor (habitualmente no custodio), sino que es necesario que esta conducta realmente tenga efecto. Lamentablemente este hace que la intervención psicológica para reparar el daño sea muy complicada, ya que nos encontramos con menores convencidos de que su odio hacia el progenitor alienado está totalmente justificado.

El SAP aparece en un menor tras un proceso que puede variar en el tiempo según los casos, cuanto más tiempo pase el progenitor manipulador con su hijo, más tiempo tendrá para desarrollar su campaña de injurias y desacreditación. Lo que más llama la atención en el SAP es la ausencia de ambivalencia en el odio del menor. Frente a este odio, el menor suele considerar al progenitor alienador como una persona sin ninguna tacha, una víctima vulnerable a la que tiene que defender. Además, cuando al menor se le sugiere que puede haber sido en algún modo manipulado, se defiende asegurando que siempre ha pensado así y que nadie le ha dicho lo que tenía que pensar.

---

<sup>26</sup>Richard Gardner en 1985 definió el SAP en la segunda edición de su libro: “El Síndrome de Alienación Parental”. Págs. 25-26.

El *progenitor alienado* recibe este ataque por parte de su hijo inicialmente con gran estupor y posteriormente, cuando va viendo cómo pasa el tiempo y la manipulación aumenta, con gran frustración e indefensión. La lentitud de las decisiones judiciales contribuyen en muchos casos a aumentar esta sensación al no encontrar medios para pasar este proceso manipulativo. En la mayoría de los casos en los que son varios los menores implicados, la manipulación se extiende a todos ellos con el fin de que hagan un frente común hacia el progenitor alienado.

El SAP tiene consecuencias a largo plazo. En los casos en los que la intervención es efectiva, por un lado el menor tiene que enfrentarse a un fuerte sentimiento con uno de sus progenitores y por el otro tiene que reconocer que la persona en la que confiaba ciegamente lo ha utilizado.

A finales de los años 70', los Tribunales de los EEUU, consideraron sexista el principio de dar la custodia a la madre cuando los menores son pequeños, cambiándolo por adoptar la posición que primaba el superior interés de los hijos.

La visión de un progenitor custodio y otro visitante se consideró discriminatoria, provocando la necesidad de que se alcanzaran los acuerdos de custodia. En estos acuerdos de custodia la progenitora no tenía ya un papel tan fuerte, al pasar de ser la mejor alternativa de custodia, a una de las dos posibles alternativas, cuya idoneidad debía ser evaluada (Gardner<sup>27</sup>, 1989).

En este escenario es donde el autor define su síndrome, otorgando un papel relevante en su surgimiento a la litigación por la custodia de los hijos. Sin embargo, en nuestro país y países de nuestro entorno, esta situación no se da de igual modo. Nuestro Código Civil, en sus artículos 92 y 93, viene a ocuparse del *favor filii*, principio que hace referencia al superior interés del menor a la hora de la toma de cualquier decisión que el afecte. Pero al contrario que en EEUU, este principio cohabita con el principio discriminatorio de la madre como mejor alternativa de custodia.

---

Gardner, R (1992). *The parental alienation síndrome: A guide for mental health and legal professionals*. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics.

Waldron, K.H. y Joanis, D.E. (1996). Understandig and collaboratively trating parental alienation syndrome. *American Journal of Family Law*, 10,121-133.

<sup>27</sup>Gardner, R. (1989). *Family evaluation in Child Custody Mediation, Arbitration, and Litigation*. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics.



Esta situación está tan institucionalizada que en una sentencia del Juzgado de 1ª instancia n.º3 de Córdoba en 2001, se falló que *“teniendo en cuenta que la menor es muy pequeña, parece más ajustado a derecho que permanezcan los dos junto a la madre, siguiendo el criterio técnicamente adoptado por la psicología”*.

Una afirmación errónea pero ilustrativa del estado actual de la situación en nuestro país, donde las valoraciones culturales y morales en esta área, predominan sobre los conocimientos técnicos.

## **I. Denuncias falsas.**

Los datos que en los últimos años se están ofreciendo acerca del incremento espectacular de las falsas denuncias de abusos sexuales a menores, dentro de un contexto de disputa marital, tanto en relación con la guarda y custodia de los niños como con los problemas patrimoniales, consideran que estas se encuentran por encima del 60%<sup>28</sup>.

Durante los últimos 15 ó 20 años ha habido un espectacular aumento de las acusaciones de abuso sexual en contextos de divorcio. La mayoría de los profesionales consideran que los más altos porcentajes de acusaciones falsas tienen lugar en esa circunstancia. Por ello, tales acusaciones han sido objeto de una atención creciente. No existe acuerdo sobre el porcentaje de acusaciones de abuso sexual en niños que resultan falsas, y la mayoría de las estimaciones oscilan entre el 20% y el 80%<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup>Gardner cita casos frecuentes, como cuando el padre que tiene la custodia no quiere que el otro visite a su hijo, se lo hace saber al hijo expresamente o implícitamente cuando lo descalifica o habla de ello a terceros delante del menor, éste en un principio demuestra su negativa a ver al padre (Richard A. Gardner *Recent Trends in Divorce and Custody Litigation*). Resultan interesantes las conclusiones del Sexto Simposio Anual en Psicología Forense, realizado en Las Vegas el 13 de marzo de 1990, titulado *“Personality Characteristics of falsely Accusing Parents In Custody Disputes”* (Características de la Personalidad de los padres que realizan acusaciones falsas en Juicios de Custodia). Los especialistas reunidos, citando a Richard Gardner, concluyen que las falsas acusaciones de abuso sexual han aumentado en los últimos tiempos, en especial durante la tramitación de juicios de divorcio o batallas sobre la custodia del menor. Cito textualmente: *“Un pequeño número de padres en batallas por custodia o controversias sobre visitas han explotado la epidemia de abuso sexual, utilizando dichos argumentos para promover sus propios intereses a costa de sus hijos y de su ex esposo. Los argumentos se han tornado una forma de éxito seguro para obtener la atención del juez y cortar las visitas”*.

<sup>29</sup>En España, profesionales interesados en la temática, se han empezado a inquietarse por el aumento de relatos de abuso sexual infantil que resultan no haber sucedido. El Dr. Eduardo J. Padilla, en un artículo reciente, al hacer la *“Evaluación de la posible influencia de adultos en el relato del niño”*

Son muy frecuentes las denuncias falsas por abusos sexuales. Cuando un primer profesional no se aviene a los deseos del progenitor acusador, es habitual que éste obligue a sus hijos a intentarlo con otros profesionales, provocando múltiples evaluaciones, con la única intención de que la investigación continúe. (Bresse et al.<sup>30</sup>, 1986; Rand<sup>31</sup>, 1989,1990).

Favorecer la prolongación de esta situación, cuando la falta de contacto es una de las armas esenciales para logara la alienación, es facilitar de modo indirecto los fines patológicos del progenitor alienante.

Este controvertido tema necesita, para su estudio, de un punto de partida que parece olvidamos en España. Y es el hecho de que el artículo 10.2 de la Constitución nos dice que, “la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento” (STC 303/1993, de 25 de octubre).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto situaciones de alienación parental como el Caso Mincheva contra Bulgaria, en Sentencia de 2 septiembre 2010, diciendo en su apartado 99: “El Tribunal estima igualmente que al no obrar con la debida diligencia, las autoridades internas, con su comportamiento, favorecieron un proceso de alienación parental en detrimento de la demandante, vulnerándose así su derecho al respeto de la vida familiar, garantizado por el artículo 8”. Establece así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el concepto jurídico “alienación parental” y declara que vulnera el derecho humano al respeto de la vida familiar del progenitor alienado, condenando al Estado cuyas autoridades lo permiten. Mensaje que debe servir a los juzgados y tribunales españoles para tomar conciencia de una situación que sesga la relación paterno-filial generalmente para siempre, por la excesiva duración de la misma tras largos procedimientos judiciales.

---

<sup>30</sup>:Bresee, P., Stearns, G.B., Bess, B.H., &Packer, L.S. (1986). Allegationes of child sexual abuse in child custody disputes: A therapeutic assessment model. *American Journal of Orthopsychiatry*, 56, 560-569.

<sup>31</sup>: Rand, D.C. (1989). Munchausen Syndrome By Proxy as a Possible Factor When Abuse is Falsely Alleged. *Issues in Child Abuse Accusationes*, 1(4),32-34.Rand, D.C (1990). Munchausen Syndrome By Proxy: Integreation of Classic and contemporary Types. *Issues in Child Abuse Accusationes*, 2 (2), 83-89.

Y es que mas allá de las consecuencias psíquicas que se produce entre padre o madre, e hijo, que son tremendas, lo importante es el resultado irreconciliable por el que se hace a un niño ajeno a su padre o a su madre vulnerando el derecho humano del progenitor que establece el art. 8 del Convenio. Ciertamente, así lo entiende también nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia de 30-6-2009, FJ 5 párr. 4º, cuando afirma que: “Pero de estas sentencias *se debe extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos*”.

## **II. Tipos de SAP.**

Se distinguen tres tipos de SAP que venían a definir tres estadios de intensidad del proceso de alienación.

La principal razón de esta clasificación se encuentra en el intento de facilitar la aproximación legal y psicoterapéutica.

### *1. Tipo leve.*

En estos casos se producen las visitas con el progenitor no custodio, sin que haya grandes episodios de conflicto. La campaña de denigración ha comenzado pero sus ataques tienen una baja intensidad y mínima presencia.

El hijo muestra habitualmente un pensamiento independiente, aunque apoye puntualmente al progenitor alienador. La inmersión judicial de los menores se encuentra en grado mínimo y no se han producido largos períodos de separación entre el progenitor y los hijos causados por problemas legales.

Los hijos aún encuentran vínculos emocionales fuertes con su progenitor, semejantes a los establecidos en la época previa de convivencia familiar. Una resolución

---

Ya había dicho nuestro Tribunal Supremo respecto de un niño del divorcio que es “imposible pretender su aislamiento total y permanente respecto a su comunicación con el padre” (TS, Sala de lo Civil, sentencia 115/1999 de 10 febrero FJ 4).

No obstante, hay que hacer notar que recientemente España ha sido condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Saleck Bardi contra España*, en Sentencia de 24 de mayo de 2011, donde afirma que: “En los asuntos relativos a la vida familiar, la ruptura del contacto con un niño muy pequeño puede conducir a una alteración creciente de la relación con sus padres”, pese a que la declaración de la niña reveló su “negativa a volver con su madre y a mantener todo contacto con ella”. Las autoridades españolas permitieron hacer a esta niña ajena a su madre, vulnerando su derecho humano al respeto de la vida familiar.

judicial en este momento, puede resolver el problema, si éste viene determinado por la lucha por la custodia de los hijos.

## 2. *Tipo moderado.*

Las visitas con el progenitor no custodio comienzan a ser conflictivas, sobre todo en los momentos de la entrega de los hijos, siendo habitual episodios de enfrentamiento.

Las razones que los menores dan para justificar los ataques aumentan en frecuencia e intensidad. Las expresiones emocionales comienzan a limitarse.

La inmersión judicial de los menores es frecuente. Son informados de los procesos abiertos, su situación actual, recibiendo actualizaciones puntuales de cada iniciativa legal tomada por el otro progenitor. Comienzan a producirse interferencias en las visitas, provocadas por denuncias o diferentes excusas como enfermedades, exámenes... que habitualmente coinciden con el tiempo del régimen de visitas correspondiente al progenitor alienado.

Los vínculos afectivos se deterioran, comenzando a distanciarse.

En este estadio y en el caso de haber varios hijos, es habitual que el mayor de los hijos participe de la extensión de la alienación a los hermanos pequeños. De este modo podremos encontrar que el hermano mayor manifieste un tipo de SAP severo, mientras que el otro hermano más pequeño puede ser de tipo moderado. En función de las características que expresen. Una estrategia frecuente en este caso es el uso del mayor, por parte del progenitor alienador, como informador de las visitas acaecidas, siendo ampliamente interrogado a la vuelta de estas.

## 3. *Tipo severo.*

La campaña de denigración es extrema, continua en el tiempo y en el espacio. Las visitas con el progenitor no custodio comienzan a ser imposibles, cuando no se anulan directamente. Si estas visitas se dan, discurren entre la provocación y el entorpecimiento. En casos extremos, puede producirse un mutismo selectivo durante horas. Los sentimientos de odio o rechazo hacia el progenitor alienado son extremos, mientras que el otro es defendido y amado de modo absoluto e irracional, por encima de cualquier razón. De darse algún tipo de conversación, se utilizará para recabar

información que posteriormente, en manos del progenitor alienador o de los propios hijos, será utilizada como nuevo arma en la campaña de denigración y ataques. Los hijos se revelan como sujetos independientes, con sus propias ideas y acciones que justifican más allá de los argumentos y expresiones del progenitor alienador, lo que permite a éste alejarse de su campaña y ofrecer una imagen independiente y buenas intenciones. Los vínculos afectivos con el progenitor se rompen por completo.

El progenitor alienador reconoce el problema de relación de sus hijos con el otro progenitor, pero considera que no puede hacer nada, ya que parte de los deseos expresos de los hijos. El tema principal del delirio del progenitor alienador es la protección. Las cualidades negativas de su ex cónyuge son exageradas, proyectando en él sus propios miedos y fantasías. Los hijos expresan su visión paranoica de igual modo que sus progenitores alienadores. Comparten sus principales argumentos, preocupaciones y acusaciones. Su deseo central es ser libres para poder ver a su progenitor cuando ellos deseen, y no ser forzados a compartir un tiempo por obligación; ya que si son forzados a ello, pueden expresar pánico y conductas agresivas.

## **NUEVAS ORIENTACIONES EN MATERIA DE CUSTODIA DE MENORES: DE LA CUSTODIA UNILATERAL A LA COMPARTIDA**

Al hablar de custodia compartida, se hace referencia a un sistema de guarda alternada, en el que el menor en unos momentos está con el padre y en otros está con la madre, manteniendo ambos progenitores el resto de los derechos y deberes que el artículo 154 CC establece como contenido de la patria potestad. (ANEXO III). La actual redacción del art. 92 CC, procedente 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<sup>32</sup>, ha motivado que se planteen diversas interpretaciones en torno al sistema de custodia de los menores. Más concretamente, la atención se ha centrado en el sistema de custodia conjunta o compartida.

Las posibilidades para que el Juez acuerde el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, son dos:

---

<sup>32</sup>.BOE núm. 163, de 9 de Julio de 2005, vigente desde el 10 de Julio de 2005.

Este sistema de guarda no puede referirse al sistema de guarda conjunta, ya que ambos progenitores no van a vivir bajo el mismo techo, y por tanto no van a convivir simultáneamente con los hijos comunes.

De lo que se trata, es de abordar en cada caso, cuál es el mejor sistema de relación de los menores con cada uno de sus progenitores tras la separación, y ese contenido podrá ser de lo más variado y admite innumerables posibilidades, según las circunstancias (capacidad de los progenitores, cercanía de los domicilios,...)

Entre las características de los progenitores, puede decirse que cuanto más predisposición tenga la pareja para entenderse en el futuro, cuanto más convencidos estén de que compartir la custodia es el mejor sistema para ellos y para sus hijos, es obvio que más posibilidades tendrá de tener éxito.

La custodia compartida facilita el contacto y relación personal con ambos progenitores, reduciendo demandas de elección, exclusividad o pérdida, lo que es vivido por los niños de forma positiva.

El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

-Que ambos progenitores así lo soliciten en la propuesta de convenio regulador o lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento (art.92.5 CC).

-Que faltando el supuesto anterior, excepcionalmente y a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, el Juez considere que sólo atribuyendo la custodia conjunta se protege adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.8 CC). Para la aplicación del art.92.8 CC, se exige la ausencia de acuerdo de los progenitores sobre el sistema de guarda y custodia. Aún así, podrá decretarse esta medida si concurren los presupuestos establecidos.

En primer lugar, que uno de los progenitores lo solicite: La custodia compartida no es una medida que pueda adoptarse de oficio, sino únicamente, a instancia de una de las partes en caso de desacuerdo. Sin la petición de, al menos, uno de los progenitores no podrá acordarse. Si bien, tal y como establece la Sentencia de 28/9/2009<sup>33</sup> el art. 91CC "... permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder...". También dispone que el Juez determinará las medidas que hayan de adoptarse. El artículo 92.8 CC exige siempre, que para atribuir la guarda y custodia compartida debe concurrir petición de parte.

En segundo lugar, el Juez debe recabar informe del Ministerio Fiscal: Ya no es necesario que el informe tenga que ser favorable, tal y como establece el artículo 92.8CC. La Sentencia 185/2012 de 17 de octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso de "favorable" del informe del Ministerio Fiscal que se establece en dicho artículo.

Con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad, el Juez sólo podía adoptar la decisión de atribuir la custodia compartida en el caso de que la Fiscalía hubiera informado favorablemente, ya que si el informe no era favorable, no podía el Juez acordar tal sistema de custodia.

A juicio del Tribunal Constitucional "la custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente, es decir, debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado

---

<sup>33</sup>.(RJ 2009, 7257)

que es beneficiosa para el menor, de modo que la decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal.”

Conforme al art. 117.3 CE, no permitir una decisión judicial que se aparte de la opinión del Ministerio Público, limita injustificadamente la potestad jurisdiccional del Poder judicial. El Juez tiene facultad para adoptar cuantas medidas considere beneficiosas para el menor<sup>34</sup>, por lo tanto, corresponde al órgano judicial comprobar que concurren los requisitos legales, valorarlos y juzgar sobre la idoneidad de su adopción.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29/4/2013<sup>35</sup> que casa y anula la sentencia recurrida únicamente en lo relativo a la denegación de la guarda y custodia compartida de la hija menor del matrimonio, estableciendo que la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 20/12/2011<sup>36</sup>, plantea como problemas lo que, a juicio del Tribunal Supremo, son virtudes de este régimen, como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, sin fundar la decisión en el interés del menor, al que no hace alusión alguna.

El Tribunal Supremo declara como doctrina jurisprudencial que la custodia compartida, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en mientras lo sea. Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 7/7/2011<sup>37</sup>. La sentencia del Tribunal Supremo de 22/7/2011<sup>38</sup>, admite la posibilidad de que el Juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La excepcionalidad es que se admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro.

---

<sup>34</sup>.Lo que realmente vulnera la plena potestad jurisdiccional es un informe desfavorable del Ministerio Fiscal. Siendo favorable, el Juez podrá acordar o denegar la custodia compartida si estima que acordándola o denegándola se protege el interés superior del menor. Es en el caso de ser desfavorable el dictamen del Fiscal en el que quedará limitada la exclusividad y plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional, puesto que no podrá decretarla a pesar de que valore dicho régimen de guarda como el más idóneo para proteger el interés del menor.

<sup>35</sup>. (RJ 2013, 3269), <sup>36</sup>. (JUR 2012, 223327), <sup>38</sup>.(RJ 2011, 5676),



La Sentencia del Tribunal Supremo de 19/7/2013<sup>39</sup>, hace referencia a la doctrina declarada por la sentencia de 29/4/2013 en relación con la normalidad con la que debe admitirse el sistema de guarda y custodia conjunta para aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos (FJ. 2º).

El Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Si para que el interés del menor quede protegido, es idónea la custodia compartida, tal sistema será el que proceda; en caso contrario, se declarará improcedente. Por tanto, la prioridad por un régimen u otro queda determinada por el interés superior del menor y así se pone de manifiesto en la jurisprudencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 10/1/2012<sup>40</sup>, (citando las sentencias STS 11/3/2010<sup>41</sup>, 21/2/2011<sup>42</sup>, 7/7/2011<sup>43</sup>), establece que hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes, y lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés. En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 27/4/2012<sup>44</sup>, cuando dice que “el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este”.

La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el Juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, por ejemplo: STS 7/6/2013<sup>45</sup>, STS 154/2012 de 9 de marzo, STS 579/2011, de 22 de julio y STS 578/2011, de 21 de julio. Si el recurrente, no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor y no justifica en el recurso de casación que la sentencia recurrida haya atendido incorrectamente al interés del menor, el motivo se desestima.

Se ha consolidado la jurisprudencia que determina los criterios que deben concurrir para atribuir la guarda y custodia compartida. La STS de 8/10/2009<sup>46</sup>, en

---

<sup>39</sup>. (RJ 2013, 5002), <sup>40</sup>.(RJ 2012, 3642) Fundamento de Derecho Cuarto, <sup>41</sup>. (RJ 2010, 2340), <sup>42</sup>. (RJ 2011, 2362), <sup>43</sup>. (RJ 2011, 50089), <sup>44</sup>. (RJ 2012, 6105), <sup>45</sup>. (RJ 2013, 3943), <sup>46</sup>. (RJ 2009, 4606).

primer lugar señala que el CC contiene una cláusula abierta que obliga al Juez a acordar la custodia compartida siempre en interés del menor y que resulta muy difícil concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios.

Se han repetido estos pronunciamientos en sentencias como STS 10/3/2010<sup>47</sup>, 11/3/2010<sup>48</sup>, 7/7/2011<sup>49</sup>, 22/7/2011<sup>50</sup> y, últimamente, se sienta como doctrina jurisprudencial en la STS 29/4/2013<sup>51</sup>.

Los autores Francisca Fariña, Ramón Arce, Mercedes Novo y Dolores Seijo señalan que la mejor opción de custodia para el niño es la custodia compartida llevada a cabo con plena coparentalidad. Principio especialmente relevante cuando la vinculación afectiva del menor es alta, tanto con el padre como con la madre, y ambos progenitores se han ocupado del hijo. Circunstancias que cada vez, en mayor medida, aparecen en los procedimientos de divorcio. En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia de Barcelona, sección 18, del 20 de febrero de 2007, nº 102/07.

Tras la reforma del 2005 en regulación voluntaria, puede establecerse la custodia compartida o, por mutuo acuerdo o en caso de controversia, por el juez, si se dan determinados requisitos al amparo del Art.92.8 Código Civil: El juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo así se protege adecuadamente el interés del menor. Además, la sociedad va avanzando hacia esa línea de custodia compartida, en que tanto el padre como la madre se implicaron desde pequeños en el cuidado de sus hijos y ninguno quiere renunciar a hacerlo tras la separación o divorcio.

---

<sup>47</sup>. (RJ 2010, 2329), <sup>48</sup>. (RJ 2010, 2340), <sup>49</sup>. (RJ 2011, 5008), <sup>50</sup>. (RJ 2011, 5676), <sup>51</sup>. (RJ 2013, 3269)

## **UN ENFOQUE AUTOCOMPOSITIVO EN LA REGULACION DEL IUS VISITANDI DE LOS MENORES: LA MEDIACIÓN**

Hay muchos tipos y clases de mediación, sin embargo, nos vamos a centrar en la mediación familiar.

La mediación no debería considerarse, como un medio “alternativo” de resolución de conflictos. Entendiendo por alternativo aquel otro instrumento o vía (alter) que difiere y se aparta del normalmente utilizado por los implicados en el conflicto en su vida cotidiana.

Durante el matrimonio o vida en pareja, las personas se enfrentan a multitud de situaciones conflictivas. Sin embargo a nadie se le ocurriría sugerirles que acudieran a terceros (amigos, parientes...) para que resolvieran por ellos, sino que se entiende que son los protagonistas de su vida y deben decidir por sí mismos.

En el campo de las rupturas matrimoniales se ha llegado a la creencia generalizada y socialmente compartida de que, una vez disuelto el vínculo matrimonial o suspendida la vida en común de los miembros de la pareja, las consecuencias y problemas tanto de orden patrimonial como personal (custodia, régimen de visitas...), debe decidir las una tercera persona, el Juez. (ANEXO IV)

Lo deseable sería que las personas por sí solas solucionaran sus conflictos interpersonales, pero si esto no se da, necesitan de la ayuda de un profesional para que les saque de esa situación. Una persona experta, conocedora de ciertas técnicas y con experiencia en el manejo de habilidades que les facilite la comunicación y haga posible una negociación pactada de cara al futuro. Esta persona es el mediador<sup>52</sup>.

La mediación familiar<sup>53</sup> es “un proceso de construcción y de reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes

---

<sup>52</sup>.Todo proceso de negociación es un proceso de intercambio de información, procede mencionar algunos aspectos de la comunicación humana y su relevancia como proceso de envío y recepción de mensajes que es necesario sean correctamente descifrados y codificados por el emisor y receptor de la comunicación, evitando toda posible influencia perturbadora en ese proceso.

<sup>53</sup>.Definición extraída, en traducción libre del autor, de la que ha adoptado el Consejo Nacional Consultivo de la Mediación Familiar en Francia, institución creada por la Ley 305/2002, de 4 marzo.

afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar, para facilitar, a través de la realización de entrevistas confidenciales, la reanudación de la comunicación entre las partes y la autogestión del conflicto dentro del ámbito privado familiar, teniendo en consideración la peculiaridad de las situaciones, su diversidad y la evolución de las relaciones familiares”.

La diferencia de un mediador con un abogado es clara:

-El abogado: Es de parte y le es encomendada la defensa en juicio de los intereses de su cliente. El abogado lo que hace usualmente con sus clientes es negociar soluciones. En mi opinión, no se puede ser parte y mediador a la vez, ya que existe un claro conflicto de intereses que hace que el letrado termine por inclinar la balanza necesariamente de un lado y ello va en contra frontalmente con los principios que rigen la mediación familiar, especialmente la imparcialidad y neutralidad.

-El mediador: Pretende que las personas lleguen a sus propios acuerdos y soluciones sin tener en cuenta las leyes más que como el conjunto de reglas que se aplicarían en el caso de que ellas no fueran capaces de encontrar otras mejores. Ello no obsta a que el mediador debiera conocer el derecho (civil y familiar), pudiendo incluso proceder de profesiones jurídicas. Sin embargo, cambiando de perspectiva, ya que va a adoptar un determinado asunto como mediador

La mediación es un instrumento para facilitar que la pareja en crisis y que ha decidido optar por la separación o divorcio, regule por sí misma los efectos y consecuencias. La función del mediador no es de reconciliación de la pareja, de modo que si visualiza alguna sombra de duda en torno a la decisión de separarse o divorciarse, debería desistir de continuar el proceso de mediación iniciado y derivar el caso a otro profesional cualificado para ello, como un terapeuta familiar.

## **I. Distinción de figuras afines.**

### *1. Arbitraje.*

En el arbitraje las partes carecen del protagonismo que tienen en la mediación, que son los verdaderos constructores del acuerdo. El árbitro o colegio arbitral es el autor de la decisión (laudo), que guarda una mayor semejanza con la sentencia judicial.

En el arbitraje, las partes intervienen en un proceso de exposición de hechos, aportación y práctica de pruebas, similar al típico de la controversia judicial, pero la decisión no depende en absoluto de ellas, sino que es el tercero en todo caso el que decide.

Su decisión es de obligado cumplimiento, y sometida a los recursos ordinarios que la ley prevé. La participación en el proceso de arbitraje, aun cuando inicialmente es voluntaria, deviene posteriormente obligatoria, hasta el punto de que la jurisdicción no es competente si se ha pactado por las partes previamente acudir a este método alternativo; y ésta es una de las principales diferencias con la mediación, en la que la voluntariedad no sólo es inicial, sino que también condiciona todo el proceso, de tal forma que cualquiera de las partes puede anunciar que lo da por finalizado, apartándose del mismo, sin consecuencia alguna en el ulterior proceso judicial.

## 2. Conciliación judicial.

Las diferencias con la mediación son evidentes. El Juez o funcionario del ámbito judicial que interviene, lo hace revestido de la “*auctoritas*” de su función, mientras que el mediador está despojado por completo de la misma. La intervención en mediación se basa en la voluntariedad de las partes de someterse a un proceso de tal naturaleza, mientras que en intento conciliatorio la voluntariedad está mucho más atenuada. La comparecencia en el ámbito conciliatorio es pública, sin que en ningún caso rija para las partes el principio de confidencialidad que impera en la mediación, por lo que cualquier cosa que en este entorno manifiesten podrá perjudicarles en el proceso subsiguiente si no se alcanza el acuerdo. Finalmente, la intervención de un mediador independiente, neutral, debidamente formado y entrenado para el ejercicio de esta función es la diferencia de mayor relevancia entre la conciliación y la mediación, sin perjuicio de que en el contexto conciliatorio se puedan utilizar técnicas propias de la mediación.

## 3. Negociación.

La característica esencial que muestra la diferencia entre negociación y mediación es que en la negociación únicamente intervienen las propias partes o, en todo

caso, éstas son asistidas o representadas por sus letrados y asesores, por lo que la presencia del tercero neutral, del mediador, es la nota fundamental entre una y otra institución.

## **II. Características de la mediación.**

Frente al proceso judicial la mediación es mucho menos rígida, en el sentido de que no existen reglas preestablecidas a las que deban someterse las partes ni en el ámbito formal o procesal ni tampoco en cuanto al derecho material, es decir, en cuanto a la ley aplicable a la controversia, con la única excepción de los principios constitucionales que previenen la indefensión y de las materias de orden público.

El principio de autonomía de la voluntad de las partes, es el eje sobre el que gravita la esencia de la mediación.

1. *Voluntariedad*: La participación en un proceso de mediación es siempre voluntaria. No se puede imponer forzosamente a ninguna persona que colabore en la “reconstrucción” de una relación viable de futuro. Lo cual supone la cooperación entre las personas que, en principio, están enfrentadas. A diferencia de otros ordenamientos, que prevén la obligatoriedad de la mediación, como lo hace la Ley Austriaca de 2004.

Esta característica sitúa a la persona, individuo, como gestor de su propio problema.

La voluntariedad no se refleja únicamente en el momento de aceptar participar en un proceso de mediación familiar, sino que también está presente a lo largo del mismo, es decir, que cualquiera de las partes conserva la facultad de anunciar que quiere dar por terminado el proceso de mediación. Siendo completamente libre de acudir, reiniciar o proseguir la vía contenciosa judicial. Esta es una gran ventaja de la mediación, en el sentido de que si el ciudadano comprueba su ineficacia, inadecuación,... por cualquier causa, no ha de soportarlo obligatoriamente como en el arbitraje, sino que puede optar por su finalización.

2. *Confidencialidad*: La confidencialidad es el “corazón” de la metodología de la mediación y, al mismo tiempo, es uno de los aspectos que precisan de especial regulación, puesto que para buscar soluciones eficaces, útiles, duraderas y aceptadas por todas las partes a los conflictos planteados es imprescindible que se trabaje de forma cooperativa.

El objetivo es de ganar la confianza y proteger adecuadamente a las partes respecto a la utilización impropia de la misma. Ya que sin esa confianza no hay libertad de expresión, y si falta ésta, la mediación fracasará.

La confidencialidad tiene su límite en el orden público, por lo que el principio ha de ceder ante el riesgo para la integridad física de las personas, o ante la investigación judicial de hechos de naturaleza delictiva<sup>54</sup>.

3. *Intervención del mediador técnico.* La intervención de un tercero neutral, imparcial, objetivo y profesional es la característica de mayor importancia de esta metodología.

Lo esencial es que el mediador disponga de la preparación y los conocimientos técnicos precisos que avalen su intervención mediadora, puesto que no basta con tener predisposición a la conciliación, ni buen carácter, ni habilidades de comunicación para ser un buen mediador. Hay que contar con una preparación suficiente, homologada, contrastada, que permita a los ciudadanos acudir con tranquilidad a una persona que, por su profesionalidad, no va a defraudar sus expectativas.

La intervención del mediador en el conflicto es indirecta, no puede participar con su opinión en la búsqueda de los acuerdos, pues sería otorgarle un poder que no es propio de la función que le es propia, la de restaurar el diálogo entre los propios interesados<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup>La protección de la confidencialidad opera a tres niveles:

-El mediador queda vinculado por el secreto profesional respecto de los hechos y circunstancias que le han sido confiados, y de este deber ha de responder administrativamente, en el ámbito profesional, civil y penal.

-El mediador no puede ser llamado a declarar como testigo en el juicio contencioso subsiguiente, ni tampoco puede actuar como perito.

-Las partes no pueden utilizar en el posterior proceso judicial los hechos reconocidos en el contexto de la negociación.

<sup>55</sup>Ripol Mollet, Aleix, “La evolución de los modelos de mediación familiar” en La mediación familiar, obra colectiva, Colección Justicia iSocietat, Barcelona, Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Catalunya, mayo de 2001.

### III. Características del mediador

1. *Neutralidad*: Es neutral quien no es de uno ni de otro, quien no toma parte en una guerra movida por otros<sup>56</sup>.

2. *Objetividad*: Debe mantener la objetividad y no mostrar la opinión propia en ningún caso, no dar consejos, no ofrecer sugerencias, puesto que se quebraría la confianza de las partes en quien dirige el proceso y se frustraría la capacidad de ayudarlas a que, por sí misma, encuentren y asuman como propio el acuerdo.

3. *Imparcialidad*: El mediador no puede tener vinculación especial con ninguna de las partes que comprometa su independencia, al igual que el Juez en un proceso judicial o los árbitros, peritos, etc. La vinculación por parentesco, amistad, con una de las partes presupone que su actuación puede, directa o indirectamente, perjudicar a la otra, mientras que en relación con las partes, para que éstas muestren un alto grado de confianza en la actuación del mediador, no deben tener ningún género de dudas de que el mediador es imparcial.

4. *Capacidad Técnica*: La mediación es una metodología y como tal puede ser utilizada por muchos profesionales (psicólogos, trabajadores sociales...) en el ámbito de su actividad profesional privada. La formación del mediador permanece en el ámbito de las exigencias profesionales de cada profesión, o en el interés personal de cada persona de adquirir formación en estas técnicas, no existiendo una profesión de mediador homologada.

Sin embargo, si que se ofrecen públicamente servicios de mediación a los que los ciudadanos pueden acudir libremente, pero movidos por la confianza de que la sociedad, a través de los mecanismos administrativos garantizará un nivel de calidad aceptable de esta práctica.

En todo caso, la habilitación de un grado de formación suficiente, debe ser amparada por un control social rigurosos, para que sirva de garantía a los usuarios y a los profesionales acreditados que presten estos servicios<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup>.Casares, Julio, Diccionario Ideológico de la Lengua.

<sup>57</sup>.Puntes Guerrero, Salvador. “La mediación familiar dentro y fuera del sistema: recomendaciones para la formación”, en la obra colectiva La Mediación Familiar, Barcelona Colección Justicia i Societat, Centre d’Estudis Jurídics del Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2001.



#### **IV. Clases de mediación.**

Existe mediación en el ámbito del Derecho Penal<sup>58</sup>, en el ámbito institucional, en el derecho internacional público, en el ámbito social<sup>59</sup>, e incluso en el ámbito político, pero en la que me voy a centrar es en la mediación en el ámbito del Derecho de Familia.

##### *1. Pública y Privada.*

La mediación privada es la que se desarrolla con la intervención de un mediador profesional libremente elegido por las partes. Se asemeja a la práctica de la negociación que desde siempre se ha empleado en la sociedad para resolver la mayoría de sus conflictos. Los honorarios que se devenguen por la intervención del mediador han de ser libremente concertados entre el mismo y las partes.

La mediación pública es aquella cuando el mediador profesional presta sus servicios en el ámbito de la Administración de Justicia, o de las administraciones autonómica, local o institucional. Los honorarios del mediador público serán regulador por la administración correspondiente, en el caso en el que no se oferte gratuidad del servicio.

##### *2. Intrajudicial y extrajudicial.*

2.1 Intrajudicial: Aquella que se desenvuelve dentro del ámbito de la sustanciación de un litigio ante los tribunales, tanto si es en fase de medidas provisionales, como si lo es en fase de ejecución de sentencia o durante la tramitación del proceso declarativo. En este caso se suspende el curso de los autos mientras la mediación tiene lugar, tal y como establece la regla 7ª del artículo 770 LEC, modificada por la Ley 15/2005, de 8 de Julio, sin perjuicio de que el Juez, de oficio, a instancias de las partes o del Ministerio Fiscal, adopte las medidas provisionales, cautelares o tutelares que estime convenientes para salvaguardar los intereses de las partes y de los menores o incapaces.

---

<sup>58</sup>.La mediación penal que más se ha desarrollado, en especial en España, es en el ámbito de la jurisdicción de menores, puesto que específicamente la contempló la LO 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor. En cuanto a la mediación penal de adultos, existen recomendaciones del Consejo de Europa e instrumentos comunitarios que tienden a su desarrollo y que se están ensayando también en España como “experiencias piloto”, generalmente vinculadas a la victimología.

<sup>59</sup>.La mediación intercultural, entre comunidades, en la gestión de conflictos vecinales, de problemas de convivencia inter-étnicos, en el ámbito escolar, etc. tiene una gran implantación en toda Europa.

2.2 Extrajudicial: Por el contrario, es la que tiene lugar fuera del ámbito del proceso y sin interferencia alguna en el mismo, ya sea anterior a la interposición de la demanda, con posterioridad a la misma, o ya sea en contexto público o privado.

### 3. *Total o parcial.*

Una de las características de los litigios de familia es el de su complejidad, por cuanto junto con aspectos psicológicos relativos a la relación de pareja existen materias relativas al cuidado y responsabilidades respecto de los hijos comunes, respecto cuestiones económicas, etc. Por esta razón la mediación familiar, tanto en el momento de ser planteada como en el momento final, puede ser total o parcial, en el sentido de que las partes pueden aspirar a encontrar la totalidad de los aspectos que necesitan de un regulación, o pueden limitar su alcance a alguno de los aspectos del litigio.

No obstante, es frecuente que mediaciones parciales que se han planteado inicialmente sólo para las cuestiones relativas a los hijos finalicen con acuerdos completos sobre todas las materias en conflicto, y a la inversa, que mediaciones totales emprendidas con gran colaboración por las dos partes únicamente han alcanzado acuerdos puntuales.

## **V. Ventajas de la mediación familiar.**

Las ventajas que presenta la mediación familiar frente a otros instrumentos o vías de resolución de conflictos en este ámbito de las relaciones familiares post-ruptura son:

1. Descongestiona el sistema judicial, excesivamente sobrecargado por el espectacular incremento experimentado en los últimos años en las tasas registradas de rupturas matrimoniales.
2. Aumenta el protagonismo y la responsabilidad de las personas al adoptar las decisiones que les afectan. Se facilita la resolución de los conflictos entre las personas al ser decididos en última instancia, y aún con ayuda de mediador, por los propios implicados.
3. Se evita la judicialización de los conflictos y entrar en una dinámica de confrontación entre las partes que conduce a la enquistamiento de las posiciones y a

una solución de tipo ganar-perder, en la que forzosamente lo que uno gana (vencedor), lo es a costa del otro (perdedor).

4. Una estrategia de este tipo, en la que no hay ganadores y perdedores pues todos ganan con la solución, que es acordada por los mismos implicados, necesariamente redundará en una mejora de las relaciones futuras entre las personas<sup>60</sup>.

5. Es un proceso indudablemente más flexible y creativo que el rígido y formalizado procedimiento judicial. Caben todo tipo de iniciativas, alternativas y opciones, siempre y cuando se respeten mínimamente principios de orden público y ética y deontología profesional y por supuesto el superior interés del menor.

6. Es un proceso indiscutiblemente más barato que el judicial, pues éste está basado en la defensa letrada generalmente independiente de cada una de las posiciones enfrentadas en juicio (demandante y demandado), que genera honorarios muchas veces descomunales. Por el contrario, la mediación sólo requiere el seguimiento de un proceso a lo largo de tres a ocho sesiones, por término medio, de hora a hora y media de duración cada una, que si alcanza un acuerdo, sólo necesita ser ratificado judicialmente evitando muchos trámites procesales que precisan de asesoramiento y defensa letrada separada.

7. Es un proceso por sí mismo más breve, (reducción del coste temporal), y lo que es más importante, reduce la carga emocional y dolorosa asociada en todo proceso de ruptura al hecho de tener que enfrentarse en juicio para derrotar al ex cónyuge, que es ahora considerado como enemigo o adversario al que hay que vencer.

8. Se produce un conocimiento tácito, es decir, se adquiere, como consecuencia de la resolución de un determinado conflicto, la capacidad de solucionar otros futuros conflictos en la misma área en la que se solucionó el otro anterior o en otras diferentes.

---

<sup>60</sup>Lo cual es especialmente importante en este campo en las relaciones post-ruptura de la pareja, en las que los progenitores dejan de desempeñar los roles conyugales pero mantienen y deben reforzarse los roles y las funciones parentales cuando existen hijos comunes.

Suares. “Resulta una ironía que, en el mundo en el que vivimos, todo se ha acelerado, por ejemplo en el campo de las comunicaciones, donde el avance de este último siglo ha sido de tal magnitud que hubiera resultado impensable, a fines del siglo pasado, el uso actual de las comunicaciones, en el caso de la justicia se ha producido un proceso inverso, ya que prácticamente en todo el mundo cada vez es más lenta. La cantidad de casos que cada año ingresan en los tribunales es cada vez mayor, y a menudo pasan varios años antes de que se resuelvan”.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. Comentario a la sentencia de 17 de octubre de 2012. Informe favorable del Ministerio Fiscal para otorgamiento de custodia compartida sin acuerdo entre los padres. CCJC (Madrid), 91/2013, Sentencias (enero 2013-abril 2013).
- RUBIO TORRANO, ENRIQUE Y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al menor, coincida o no con la compartida. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil. Thomson Reuters Aranzadi. Noviembre 2013, nº7.
- PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER. Revista de Derecho de Familia nº33, Octubre-Diciembre 2006. Editorial Lex Nova.
- BERTOLÁ NAVARRO, ITZIAR Y LOZANO DE CASTO, ANA MARÍA. Régimen de visitas. Concepto, sujetos y ámbito temporal. Editorial Jurídica. SepinNet revista.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS; ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL; BOIX REIG, JAVIER; SEOANE SPIEGELBER, JOSÉ LUIS Y MARFIL, JORGE A. Temas de actualidad en derecho de familia. D y Kinson 2006.
- LUQUIN BERGARECHE, RAQUEL. Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España. Thomson Civitas, 2007.
- LUQUIN BERGARECHE, RAQUEL. La mediación Civil y Penal. Un año de experiencia. 136 Separata. Estudios de Derecho Judicial. (CGPJ). Escuela Judicial. Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: Algunos factores de eficacia de la mediación en conflictos familiares.
- LUQUIN BERGARECHE, RAQUEL. Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. 111 Separata. Estudios de Derecho Judicial. (CGPJ). Escuela Judicial. Problemas de la implantación de la mediación intrajudicial desde los juzgados de familia.

- ROMAY MARÍNEZ, J Y GARCÍ MIRA, R. La familia potsmoderna: procesos constitutivos y parentalidad. Psicología Social y Problemas Sociales, Psicología Ambiental, Comunitaria y de la Educación. Biblioteca Nueva, Madrid.
- BERNAL SAMPER, TRINIDAD. La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja, Editorial Colex. 1999.
- AGUILAR, JOSÉ MANUEL. Síndrome de Alienación Parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro. Books4Pocket. Almuzara. Córdoba. (2006).
- AGUILAR, JOSÉ MANUEL. Con mamá y con papá. Almuzara. Córdoba, 2006.
- WESTLAW. Buscador de jurisprudencia.
- CENDOJ. Buscador de jurisprudencia.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER. Código Civil. 16ª edición. Thomson Aranzadi. Septiembre 2006.
- BANACLOCHE PALAO, JULIO. Ley de Enjuiciamiento Civil. Thomson Reuters. Trigésima quinta edición (2012).
- Ley 15/2005 de 8 de Julio. Modificación de la separación, divorcio o nulidad. Noticias jurídicas.
- RUBIO TORRANO, ENRIQUE Y ARCOS VIEIRA, Mª LUISA. Fuero Nuevo y Legislación Civil de Navarra. Parlamento de Navarra. ONA Industria Gráfica, S.A (Pamplona). Agosto 2006.
- GUZMÁN CASTILLO, CINTHIA. Las Repercusiones Afectivas y Sociales en Niños, Hijos de Padres Divorciados. Aletheia N° 29. Landa, R.P. (2010).
- GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA. Mediación en conflictos familiares: una construcción desde al derecho de familia. Madrid: Reus, 2006.
- GARCÍA PRESAS, INMACULADA. La mediación familiar: una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio. Madrid: La Ley, 2009.

- ARAMBURU MUÑOZ, ISABEL; CHATO FRANCO, MERCEDES; MARTÍN MARÍA, BELÉN Y PÉREZ-VILLAR, MIGUEL. Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida. Editorial Themis.
- ARNALDO ALCUBILLA, ENRIQUE. Enciclopedia Jurídica. Editorial La Ley.
- DE TORRES PEREA, JOSÉ MANUEL. Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar. Monografías. 2009.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO. El interés del menor. Dykinson 2007.
- LATROP GÓMEZ, FABIOLA. Custodia compartida de los hijos. La Ley 2008.
- SAN SEGUNDO MANUEL, TERESA. Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos. Cuadernos de derecho judicial. Madrid 2009.
- MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. La protección de los menores: Una perspectiva constitucional. Cuadernos de derecho judicial, Madrid 2009.
- SAN SEGUNDO MANUEL, TERESA. La Custodia compartida y protección de menores. Cuadernos de derecho judicial 2009.
- GULLARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA. La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial. 2008.
- GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO. Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores. La Ley, núm. 7537, año 2010.
- GOIRIENA LEKUE, AGURTZANE. La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Aequalitas nº16, págs. 52-57. 2005.
- HERVADA XIBERTA, JAVIER Y ZUMAQUERO ROMERO, JOSÉ MANUEL. Recopilación efectuada por Hervada, Javier y Zumaquero, José M. Textos internacionales de Derechos Humanos I 1776-1976. Ediciones Universidad de Navarra, S.L. Pamplona. 1992.
- IVARS RUIZ, JOAQUÍN. La custodia compartida tras la reforma del código civil. Revista de práctica jurídica. Editorial Tirant lo Blanch. 2ª edición. 2007.

- IVARS RUIZ, JOAQUÍN. Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia. Tirant lo Blanch, Monografías, Valencia, 2008.
- LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático. Thomson Civitas, 2004.
- LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, MIGUEL. El procedimiento contencioso de separación y divorcio. Guía práctica y jurisprudencia. 7ª edición, Colex, 2003.
- MACHANCOSES HERRERA, ANTONIO. ¿Cómo será tu hijo? La importancia de los apegos. Brief Editorial. 2011.
- MAGRO SERVET, VICENTE. ¿Es vinculante o necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal en la concesión de la custodia compartida tanto en el proceso contencioso como en el de mutuo acuerdo? Revista Boletín de Derecho de Familia El Derecho, nº106, noviembre 2010.
- PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL. La custodia compartida. Editorial Bosch. 2009.
- HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA. El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Hay de Derecho Internacional Privado. Editorial Lex Nova, 2004.
- GARCÍA GARCÍA, LUCÍA. En los conflictos familiares, ¿Por qué deberíamos acudir a la mediación? La mediación como alternativa en la resolución de los conflictos familiares y matrimoniales. Revista de Derecho de Familia II, 2005. Mediación Familiar: Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares, Colección Monografías de Derecho Civil, I, Persona y Familia, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
- MUNDUATE JACA, LOURDES. Gestión del conflicto, negociación y mediación. Editorial Pirámide, 2005.
- MARTI I CASALS, M. “La mediación familiar en els casos de separació i divorci: línies geneals d’una visió comparada”, en Iuris: Quaderns de Política Jurídica, nº4, 1995, Generalitat de Catalunya, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada; “La Mediación en el Derecho Comparado: Principios y clases de mediación familiar en el Derecho Europeo”, Conferencia pronunciada en octubre de 1999 en el *Congreso Internacional de Mediación Familiar de Barcelona* (Actas, 11).

-GONZÁLEZ PPOVEDA, PEDRO Y GONZÁLEZ VICENTE, PILAR. Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a las leyes 13/2005 y 15/2005. Editorial Sepín. 2005



## **CONCLUSIONES FINALES.**

### **PRIMERA.- CRITERIO DEL MENOR.**

Debemos resaltar que el principio básico que debe presidir las resoluciones judiciales no es otro que el bien, la protección o incluso, la simple conveniencia de los hijos, especialmente cuando se encuentran en los primeros años de su vida, en los que empiezan a consolidar afectos y rechazos así como su personalidad, carácter y, en definitiva, toda una serie de cualidades morales y espirituales que van a ir conformando su personalidad frente a los demás miembros de la sociedad en la que se integraría, etapa tras etapa, a lo largo de su vida, y de aquí la importantísima razón y responsabilidad que asumimos los que de una u otra forma intervenimos directa e indirectamente en su vida (padres, hermanos, educadores y Jueces), adoptando una serie de medidas y prescripciones que van a incidir en esa formación. Lo que nos debe llevar a una valoración exhaustiva de todas las circunstancias que concurran en el caso, antes de decidir o aplicar cualquier medida.

En este sentido, aprovecho para nombrar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca del 20/3/1992, que precisa que no se quiere decir que el criterio del menor sea decisivo, pues evidentemente no lo es, ni que con ello se reconozca que la expresión de su deseo puede ser calificada de inmadura, inconstante, y aun mediatizada por múltiples factores, a los que ni son ajenos los propios progenitores, pero que también es cierto que todos estos factores son los que se tienen en cuenta a la hora de valorar judicialmente el resultado de su exploración.

### **SEGUNDA.- SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (SAP).**

En cuanto al Síndrome de Alienación Parental, existe reticencia en los tribunales españoles a erradicar con prontitud estas lamentables situaciones. Se debe hacer valer la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no sólo alegando su jurisprudencia, o llegando a demandar al Estado cuando esto haya ocurrido sin remedio, sino defendiendo estos casos, innovando formas eficientes de demostrar la existencia de la alienación parental, como por ejemplo mediante pruebas periciales de gran nivel que vayan más allá de los planteamientos tradicionales, superándolos, para a fin de cuentas

poner remedio a estas prácticas que tienen siempre una misma víctima principal, los hijos menores.

En mi opinión, el uso de los hijos en la negociación de las condiciones del divorcio siempre ha existido. El hijo es muy goloso, lleva bajo el brazo, no un pan, sino una vivienda y el pago de una pensión.

Debemos reflexionar porque al final, el único que sufre es el menor que en muchas ocasiones se ve envuelto, sin necesidad, en una evaluación médica y psicológica, que le traerá graves e importantes consecuencias.

Una gran apuesta sería la mediación como alternativa a la judicialización. Hay que disminuir el conflicto y atenuar la pérdida emocional del menor

### **TERCERA.- PERNOCTA.**

En cuanto a la Pernocta, en mi opinión debería valorarse también la motivación del menor cuando se niega a pernoctar con su progenitor no conviviente, el porqué de lo que dice, con objeto de determinar si sus manifestaciones, opiniones o deseos son inducidos o propios, razonados o caprichosos; sin olvidarnos la edad del menor, que en determinadas edades, éstos son fácilmente manipulables.

### **CUARTA.- LACTANCIA.**

Parece razonable que el bebé, durante sus primeros 6 meses de vida, permanezca junto a su madre para que esta le pueda amamantar cuando el menor lo requiera, respetando así lo establecido por la OMS, sus descansos, horarios, etc. Una vez alcanzada dicha edad, el bebé podrá disfrutar de su padre durante el régimen de visitas que sus progenitores hayan establecido o en su defecto el Juez por sentencia judicial, de tal forma que vaya forjando los lazos afectivos hacia su padre.

Si se le quiere seguir dando pecho a partir de los 6 meses, al igual que cuando una mujer tiene que ir a trabajar y se le termina el período de maternidad, se puede extraer la leche y conservarla para que su padre pueda dársela. De esta forma, se realizará lo mejor para el bebé, tanto por seguir siendo alimentado mediante leche

materna, como mantener o iniciar una relación de afectividad con su padre (que no menos importante que la lactancia)

Cuanto más se retrase o se dificulte el establecimiento de una relación continua de afectividad entre la menor y su padre, más complicado será el normal establecimiento de la misma.

#### **QUINTA.- CUSTODIA COMPARTIDA**

En mi opinión, no solo se puede pactar, sino que deben pactarla, ya que siempre es mejor y más beneficioso para todos (padre, madre e hijos) algo pactado o acordado entre los progenitores, máxime cuando el menor no cuente todavía con la edad de tres años, que como hemos visto, durante estos años, es cuando se desarrollan los lazos afectivos.

Si este pacto no existe, es necesaria la intervención judicial y, salvo excepciones, el Juez otorgará a ambos progenitores la patria potestad, y la guardia y custodia a aquel con quien conviva el menor.

Al otro progenitor se le otorgará un régimen de visitas y comunicaciones para que pueda tener consigo al menor, generalmente, los fines de semanas alternos y la mitad de los periodos de vacaciones.

Debe primar el interés superior del menor, y como hemos visto, una custodia compartida sería lo mejor para éste, ya que le permite interactuar y mantener relaciones con sus dos progenitores.

Concluiré diciendo que alcanzar un acuerdo es importantísimo. Las posibilidades de que los hijos de padres que no viven juntos mantengan un lazo afectivo y educacional con sus dos progenitores, se incrementan cuando la ruptura se produce dentro de un cuadro menos agresivo y con menor confrontación que el que representa el litigio contencioso. Cuanto menor sea la intervención externa (judicial), en la vida de la familia, mejor. Cuanto menos presencia tenga el Juzgado en la vida de los menores e incapacitados, éstos sufrirán menos perturbaciones y menores desviaciones en sus relaciones paterno-filiales.

## ANEXO I



### Disoluciones matrimoniales de parejas de distinto sexo clasificadas por tipo según clase

	AÑO									
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
<b>Total</b>	<b>1.226</b>	<b>1.377</b>	<b>1.400</b>	<b>1.566</b>	<b>1.394</b>	<b>1.307</b>	<b>1.160</b>	<b>1.244</b>	<b>1.212</b>	<b>1.254</b>
Divorcios	448	499	868	1.378	1.309	1.222	1.071	1.164	1.134	1.184
Consensuados	310	329	656	1.020	947	911	788	874	842	867
No consensuados	138	170	212	358	362	311	283	290	292	317
Separaciones	773	874	532	184	83	81	79	74	77	67
Mutuo acuerdo	650	702	393	106	69	69	66	62	60	55
Contenciosas	123	172	139	78	14	12	13	12	17	12
Nulidades	5	4	0	4	2	4	10	6	1	3

### Disoluciones matrimoniales de parejas del mismo sexo clasificadas por tipo según clase

	AÑO									
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
<b>Total</b>	:	:	:	:	:	<b>2</b>	<b>4</b>	<b>4</b>	<b>4</b>	<b>2</b>
Divorcios	:	:	:	:	:	2	3	4	4	2
Consensuados	:	:	:	:	:	2	3	3	4	2
No consensuados	:	:	:	:	:	0	0	1	0	0
Separaciones	:	:	:	:	:	0	1	0	0	0
Mutuo acuerdo	:	:	:	:	:	0	1	0	0	0
Contenciosas	:	:	:	:	:	0	0	0	0	0
Nulidades	:	:	:	:	:	0	0	0	0	0

Fuente: Información elaborada por el IEN a partir de los datos facilitados por el INE

( : ) Datos no disponibles

## ANEXO II

### ***Disoluciones matrimoniales en Navarra. Año 2012***

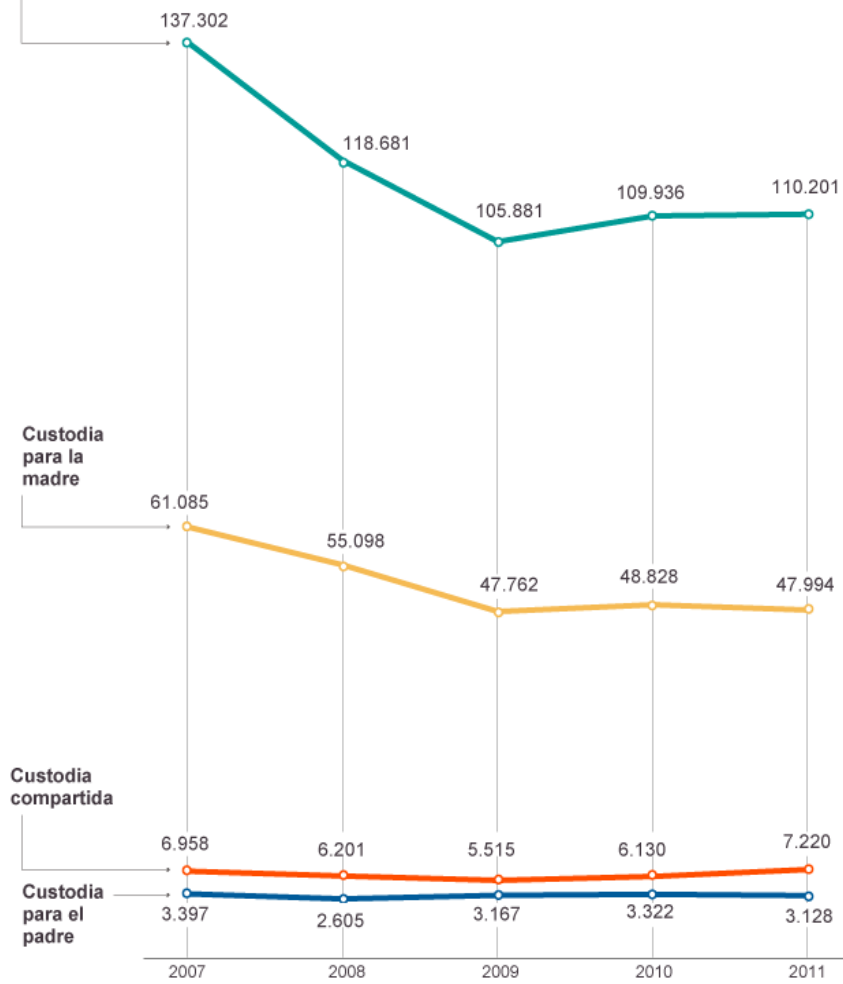
Demandante del proceso	Cónyuge al que juez otorga la custodia de los hijos	Total	Tipo de disolución		
			Divorcio	Separación	Nulidad
Total disoluciones		1256	68	1185	3
Total	Padre	86	12	74	0
	Madre	463	22	440	2
	Ambos	78	4	73	2
	Otros	1	0	1	0
	No procede (sin hijos)	627	29	598	0
Esposo	Padre	47	10	38	0
	Madre	45	0	45	0
	Ambos	21	0	21	0
	Otros	0	0	0	0
	No procede	130	1	128	0
Esposa	Padre	9	0	9	0
	Madre	117	3	114	0
	Ambos	16	0	16	0
	Otros	1	0	1	0
	No procede	89	10	79	0
Ambos	Padre	30	3	27	0
	Madre	301	19	280	2
	Ambos	42	4	36	2
	Otros	0	0	0	0
	No procede	409	18	391	0

Fuente: IEN, elaboración propia a partir de los datos de disoluciones matrimoniales.

## ANEXO III

### EVOLUCIÓN DE LAS RUPTURAS EN ESPAÑA

Número de separaciones y divorcios



ANEXO III

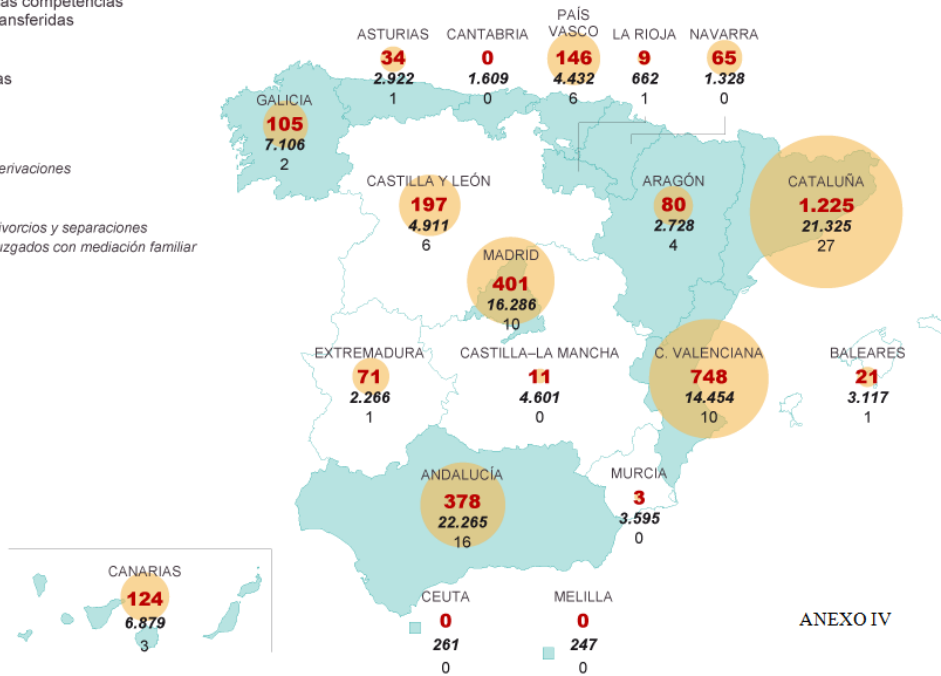
# ANEXO IV

## ► DERIVACIONES DE JUGADOS DE PRIMERA INSTANCIA A MEDIACIÓN FAMILIAR

■ CC AA con las competencias en justicia transferidas

□ CC AA sin competencias

**ESPAÑA**  
**3.618** Derivaciones  
**120.994** Divorcios y separaciones  
88 Juzgados con mediación familiar



ANEXO IV

# SUMARIO

<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>1-3</b>
<b>I.- IUS VISITANDI O DERECHO DE COMUNICACIÓN DEL MENOR CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO.....</b>	<b>4-11</b>
1. Suspensión del Derecho de Visitas.....	8-11
<b>II.- MODALIDADES DE RÉGIMENES O SISTEMAS DE COMUNICACIÓN ENTRE LOS PADRES NO CUSTODIOS Y SUS HIJOS MENORES.....</b>	<b>12-18</b>
1. Formas de cumplimiento del Ius Visitandi.....	14-18
1.1 ¿Cuál es el mejor Régimen de Visitas?	
1.1.1 Primera Infancia (0 a 5 años)	
1.1.2 Edad Preescolar y Escolar (5 a 11 años)	
1.1.3 Adolescencia (12 a 17 años)	
<b>III.- RELACIONES PATERNO-FILIALES TRAS LA RUPTURA DE LA PAREJA.....</b>	<b>19-30</b>
1. Patria Potestad .....	19-24
1.1 Extinción de la Patria Potestad.	
1.2 Ejecución de la Patria Potestad.	
1.2.1 Ejercicio conjunto de la Patria Potestad.	
1.2.2 Ejercicio unilateral de la Patria Potestad.	
2. Guarda y Custodia .....	25-30
2.1 Clases de Guarda y Custodia.	
<b>IV.- PROBLEMÁTICA PRÁCTICA DERIVADA DE LOS DISTINTOS ASPECTOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>31-54</b>
1. Pernocta.....	31-48
1.1 Pernocta en niños muy pequeños.	



1.1.1 Razones que aconsejan acotar un límite inferior de edad para las pernoctas del menor.	
1.2 La Pernocta en niños de edad preescolar.	
1.3 La Pernocta en la etapa adolescente.	
2. Ius Visitandi y lactancia del menor.....	49-52
3. Ius Visitandi y relaciones de afectividad y apego entre progenitores y sus hijos.....	52-54

**V.- RAZONES OBJETIVAS QUE JUSTIFICAN LAS MODULACIONES EN EL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS .....55-69**

1. Posibles dificultades.....	55-69
1.1 Enfermedad del progenitor no custodio o del menor.	
1.1.1 Hijo menor enfermo.	
1.1.2 Progenitor no custodio enfermo.	
1.2 Existencia de una relación conflictiva entre ambos progenitores.	
1.3 Negativa del menor a relacionarse con el progenitor no custodio.	
1.4 Ejecución del incumplimiento de régimen de visitas y estancias.	
1.5 Problemática del Ius Visitandi en fechas de relevancia familiar: Períodos vacacionales, Navidad y festividades de cumpleaños del menor y del progenitor no custodio.	
1.5.1 Vacaciones de verano.	
1.5.2 Vacaciones de Semana Santa.	
1.5.3 Vacaciones de Navidad.	
1.5.4 Cumpleaños.	

**VI.- IUS VISITANDI Y CONSTATACIÓN JUDICIAL DE LA EXISTENCIA DE UN SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (SAP). .....70-76**

1. Denuncias falsas.....	72-74
2. Tipos de SAP .....	74-76
2.1 Tipo Leve.	
2.2 Tipo Moderado.	
2.3 Tipo Severo.	

<b>VII.- NUEVAS ORIENTACIONES EN MATERIA DE CUSTODIA DE MENORES: DE LA CUSTODIA UNILATERAL A LA COMPARTIDA .....</b>	<b>77-81</b>
<b>VIII.- UN ENFOQUE AUTOCOMPOSITIVO EN LA REGULACIÓN DEL IUS VISITANDI DE LOS MENORES: LA MEDIACIÓN.....</b>	<b>82-90</b>
1. Distinción de figuras afines .....	83-85
1.1 Arbitraje.	
1.2 Conciliación Judicial.	
1.3 Negociación.	
2. Características de la Mediación .....	85-86
2.1 Voluntariedad.	
2.2 Confidencialidad.	
2.3 Intervención del Mediador Técnico.	
3. Características del Mediador.....	87
3.1 Neutralidad.	
3.2 Objetividad.	
3.3 Imparcialidad.	
3.4 Capacidad Técnica.	
4. Clases de Mediación .....	88-89
4.1 Pública y Privada.	
4.2 Intrajudicial y Extrajudicial.	
4.3 Total o Parcial.	
5. Ventajas de la Mediación Familiar .....	89-90
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>91-95</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>94-96</b>
<b>ANEXO I .....</b>	<b>97</b>
<b>ANEXO II .....</b>	<b>98</b>
<b>ANEXO III .....</b>	<b>99</b>
<b>ANEXO IV .....</b>	<b>100</b>