

1.2. Familia

El derecho de relación de los menores con sus padres y abuelos. Medidas de protección

The right of relationship of minors with their parents and grandparents. Protection measures

por

JUAN JOSÉ NEVADO MONTERO

Máster en Derecho de Familia y Sistemas hereditarios

Abogado

Doctorando Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales UNED

RESUMEN: Tras la crisis de pareja, se organiza de forma diferente el núcleo familiar, y es necesario establecer en la resolución que regule las medidas paternofilia como se van a llevar a cabo las tareas de los progenitores comprendidas en el ámbito de la patria potestad.

Uno de los deberes del progenitor incardinados en el ámbito de la patria potestad, es tener a los hijos en su compañía, extremo que tras la crisis solo será posible de manera alternada al haber quebrado la convivencia de la pareja.

Siendo el derecho de relación de los menores con sus progenitores esencial para el normal desarrollo de aquellos, el ordenamiento jurídico debe garantizar su protección, mediante mecanismos que aseguren su correcto ejercicio.

No solo se garantiza el derecho de relación de los menores con sus padres, sino que también se hace respecto a los abuelos y otros parientes y allegados.

ABSTRACT: After the couple crisis, the family nucleus is organized differently, and it is necessary to establish in the resolution that regulates the parent-child measures as the tasks of the parents included in the scope of parental authority will be carried out.

One of the duties of the parent incardinated in the area of parental authority, is to have the children in their company, an end that after the crisis will only be possible in an alternating way because they have broken the coexistence of the couple.

Being the right of relationship of minors with their parents essential for the normal development of those, the legal system must guarantee its protection, through mechanisms that ensure its proper exercise.

Not only is the right of minors' relationship with their parents guaranteed, but it is also done with respect to grandparents and other relatives and relatives.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad. Derecho de relación. Visita. Incumplimiento. Ejecución de sentencia.

KEY WORDS: Parental authority. Right of relationship. Visit. Non-compliance. Execution of sentence.

SUMARIO: I. LA REGULACIÓN DEL DERECHO.—II. EL CONTENIDO DEL DERECHO. SU INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.—III. LOS INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS: 1. INCUMPLIMIENTOS DEL PROGENITOR CUSTODIO. 2. INCUMPLIMIENTOS DEL PROGENITOR NO CUSTODIO.—IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITAS: 1. MEDIDAS DE ORDEN PENAL. 2. MEDIDAS DE ORDEN CIVIL: A) *Prevención de incumplimientos recogida en la sentencia.* B) *El cauce procesal.* C) *Compensación de las visitas perdidas.* D) *Indemnización por pérdida de visitas.* E) *Cambio del régimen de visitas (cambio de custodia, visitas en punto de encuentro, etc.).*—V. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITAS POR PARTE DE LOS ABUELOS.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA REGULACIÓN DEL DERECHO

La ruptura de las relaciones de pareja causa una modificación en la vida del núcleo familiar, pues la obligación de los padres que consagra el artículo 154 del Código civil de tener a los hijos en su compañía, tendrá que hacerse compatible con la nueva situación de falta de convivencia.

La Audiencia Provincial de Madrid (SAP Madrid 560/2012, de 20 de julio de 2012. Id Cendoj 28079370222012100499) se pronunció al respecto diciendo que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en tener a los hijos en su compañía se desdobra en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro.

El derecho de visitas tiene su origen en la filiación, tal y como afirman el Tribunal Constitucional diciendo que «es manifestación del vínculo filial que une a ambos» (STC 172, de 22 de diciembre de 2008, recurso de amparo número 4595/2005), y la doctrina indicando que las relaciones personales entre padres e hijos encuentran su fundamento profundo en la propia relación de filiación que los une (RIVERO HERNÁNDEZ, 2000, 291), por ello el derecho subsiste aunque los progenitores no ejerzan la patria potestad, se divorcien o separen, aunque nunca hayan vivido juntos, o aunque nunca hayan mantenido relación con los hijos.

En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 9.3 que los Estados parte han de respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, a no ser que ello sea contrario a su interés superior.

La regulación básica del derecho de relación de los padres con los hijos en el ordenamiento español la encontramos en el Código civil, que se refiere con varios vocablos al denominado comúnmente «derecho de visitas». Analizaremos lo tocante a la relación padres-hijos, sin hacer referencia a las situaciones de desamparo o de adopción.

Aunque cronológicamente no es la primera referencia a este derecho que podemos encontrar en dicho cuerpo legal, creo que merece ser citado en primer lugar el derecho del menor a relacionarse con sus progenitores establecido en el artículo 160. Dicho precepto (enclavado en el Título VII del Libro I: De las relaciones paternofiliales) disocia titularidad y ejercicio de la patria potestad, y permite la relación del menor con el progenitor que no la ejerza, situación que se dará en caso de quiebra de la relación de pareja o aunque no haya quiebra

de esa relación, cuando los padres vivan separados, casos en que a tenor del artículo 156, ejercerá la patria potestad el progenitor con quien el hijo conviva.

En consonancia con ello, y en aras a regular ese derecho de relación consagrado en sede de relaciones paternofiliales, los artículos 90 y siguientes (en el Título IV del Libro I: Del matrimonio), tratan de las situaciones de quiebra de la vida en común, y se refieren por una parte a los procedimientos de mutuo acuerdo, obligando a recoger en el convenio regulador el régimen de comunicación y estancia de los hijos y dando entrada a que se incluya el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, que podrá ser aprobado por el juez después de oírlos si prestan su consentimiento. Por otra parte, para el caso de separaciones o divorcios contenciosos, es el artículo 94 el que establece que el juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos, puede visitarlos, comunicar con ellos, o tenerlos en su compañía, posibilitando que el derecho se suspenda o limite si se dan graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplen de forma grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. El tenor del artículo 94 tiene su razón de ser cuando se establece un sistema de guarda y custodia monoparental para uno de los progenitores, a fin de salvaguardar el derecho del niño de relacionarse con el otro. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 103 en sede de medidas provisionales a adoptar por demanda de nulidad, separación y divorcio.

Todas las cláusulas que regulen el sistema de guarda y custodia y el derecho de visitas establecidas en la sentencia de separación, divorcio o medidas parentales, han de serlo teniendo como norte y guía el interés superior de los menores *ex artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*.

La Ley procedural sitúa como garante de ese interés superior de los menores al Ministerio Fiscal, cuya intervención es preceptiva (art. 749.2 LEC).

Antes de estudiar el contenido del derecho de visitas, y dado que se harán repetidas alusiones al denominado interés superior del menor, considero de interés citar a ROMERO COLOMA (ROMERO COLOMA, 2010, 23), que destaca que ese término no es demasiado afortunado porque parece delatar un cierto aire mercantilista, pues el Diccionario de la lengua española define «interés» como provecho, utilidad o ganancia, y «beneficio» como el bien que se hace, o se recibe, y también utilidad y provecho. Ella propone referirse al «bienestar» del hijo menor de edad, pues considera que es un concepto más amplio, de comprensión más sencilla, y que abarca todas las conductas, actitudes y comportamientos que redundan en beneficio del hijo y que hacen referencia al mejor y más completo desarrollo de su personalidad.

II. EL CONTENIDO DEL DERECHO. SU INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Tanto doctrina como jurisprudencia configuran el derecho de visitas como un derecho-deber, con origen en la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos, y que sirve de vehículo para la expresión mutua de la relación afectiva y personal entre las partes, siendo sus notas características las de ser personalísimo (no se puede delegar), irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y subordinado al interés de los hijos (LÁZARO GONZÁLEZ, 2002, 241).

Según ACUÑA (ACUÑA SAN MARTÍN, 2014, 69), el derecho de relación entre padres e hijos tiene las siguientes características: es un derecho impuesto por

ley, se considera de orden público, es un derecho de contenido no absoluto, el régimen de relación es esencialmente modificable, no es incondicionado en su ejercicio sino que se encuentra subordinado al interés y beneficio del menor; es un derecho de carácter temporal (que finaliza con la mayoría de edad o emancipación de los hijos, salvo casos de incapacidad o patria potestad prorrogada o rehabilitada), no tiene contenido patrimonial, es imprescriptible y personalísimo (aunque en circunstancias justificadas el padre puede recabar el apoyo de otras personas), es independiente de la responsabilidad del progenitor en la causación del divorcio (como corresponde al haber desaparecido el divorcio causal), es un derecho de doble proyección o bifronte (pues atañe tanto a padres como a hijos), y es un complejo derecho-deber.

Respecto al carácter de derecho-deber la autora señala que ello es causa de que el progenitor custodio no tenga libre disposición de ese derecho, es decir, no puede disponer unilateralmente ni se puede pactar la existencia del derecho; tampoco cabe la renuncia del progenitor visitador; además, el progenitor no custodio puede ser compelido a cumplir con el derecho de relación en el caso de que no lo haga.

La jurisprudencia también ha considerado el derecho de visitas como un derecho-deber, así la SAP Madrid, sección 22, número 749/2017, de 10 de octubre de 2017 (Id Cendoj 28079370222017100708), en su Fundamento de Derecho Segundo dice que «hay que tener en consideración que el derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el artículo 161 del Código civil, no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la crisis matrimonial», y en el mismo sentido, realiza un análisis del contenido de derecho de visitas la SAP Salamanca, sección 1, número 35/2000, de 30 de marzo de 2000 (Id Cendoj 37274370012000200023) señalando que se integra como derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos, al amparo de lo establecido en los artículos 39.3 de la Constitución española, y 94 y 160 del Código civil.

Las visitas tienen como objetivo que se mantenga la relación de los menores con el progenitor no custodio tras la crisis de pareja, en aras a conseguir que los niños puedan disfrutar de ambos progenitores. El régimen de visitas y estancias del niño con cada uno de sus progenitores no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, en una excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes de su entorno familiar. Al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con su padre o madre natural, intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecerse un desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro.

III. LOS INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Con carácter previo al estudio de los incumplimientos conviene distinguir entre lo que ACUÑA (ACUÑA SAN MARTÍN, 2014, 245) denomina supuestos de no ejercicio del derecho, motivados por hechos no previstos por los progenitores o el juez, como accidentes o enfermedades graves, cambios de residencia por motivos laborales, ingreso en prisión de uno de los padres, etc., y los incumplimientos propiamente dichos, que constituyen inobservancias deliberadas de lo establecido en la resolución que regula las visitas.

En el primer caso, si la situación es transitoria (enfermedad) sería suficiente con que los hechos que impiden las visitas fueran comunicados entre ambos padres y acordaran como superarlos, y si puede consolidarse y devenir permanente (traslado de residencia), deberá de modificarse la resolución judicial para adaptar el régimen de visitas a las nuevas condiciones.

Para el caso de los incumplimientos, será necesario recabar la protección del derecho por los medios que posteriormente se estudiarán. Estos incumplimientos pueden afectar tanto a la cantidad como a la calidad de las visitas, pues no siempre aunque se respeten los días y horarios se desarrollan de forma que respeten el bienestar de los niños.

1. INCUMPLIMIENTOS DEL PROGENITOR CUSTODIO

El progenitor custodio, debe de posibilitar la relación de sus hijos con el otro progenitor, y ello como consecuencia del deber de velar por ellos y brindarles protección integral comprendido en la patria potestad, además de ser parte obligada por la resolución judicial que establezca el régimen de visitas.

La conducta del custodiocurrirá en un incumplimiento total cuando impide que se ejerza el derecho, por ejemplo no entregando al menor, y parcial cuando impide que el ejercicio se realice del modo previsto en la resolución, con retrasos en la entrega, alteración de los días, sin informar de acontecimientos en la vida de los menores (necesidades de medicación por enfermedad, necesidad de acudir a eventos, etc.), o no entregando ropa, enseres, o determinados documentos que pueden necesitar los niños (DNI y tarjetas sanitarias).

2. INCUMPLIMIENTOS DEL PROGENITOR NO CUSTODIO

Constituirán incumplimientos por parte del progenitor no custodio, tanto la dejación total del deber, sin que mantenga contacto alguno con sus hijos en los períodos establecidos, como el cumplimiento imperfecto del régimen (ACUÑA SAN MARTÍN, 2014, 248 y ROMERO COLOMA, 2010, 36), que puede darse tanto por ejercicio abusivo del derecho de relación como por ejercicio parcial, tardío o defectuoso.

Entre estas situaciones de incumplimiento total encontramos la del progenitor que no se presenta en el lugar y a la hora determinadas para tener a sus hijos en su compañía, sin causa alguna que lo justifique, conducta que suele llevar aparejados otros incumplimientos, como por ejemplo el deber de alimentos. También son incumplimientos, un elenco variado de conductas como ejercer el derecho de visitas pero con retrasos en la recogida o entrega de los menores, cumplimiento de ciertas visitas y no de otras, por ejemplo quien cumple los fines de semana

pero no entre semana, o la dejación de los deberes inherentes al ejercicio de la custodia, como no colaborar en la realización de las tareas escolares de los hijos cuando se encuentran en su compañía, no alimentarlos o cuidar su vestido y habitación de forma adecuada, dejarlos en compañía de otros familiares, o exponer a los menores a situaciones que no son propicias para su desarrollo (consumo de alcohol o drogas, malos hábitos de sueño, etc.), escenarios que hacen que disminuya la calidad de la estancia y que deje de cumplir la función de conseguir una relación plena con el progenitor no custodio.

A contrario sensu se puede dar la circunstancia de que el progenitor custodio incumpla el régimen de visita porque se retrase en la entrega de los menores al finalizar cada periodo.

IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITAS

1. MEDIDAS DE ORDEN PENAL

La reforma del Código Penal (CP) operada por la Ley Orgánica 1/2015 supuso la derogación en bloque del Libro III, pasando a considerarse delitos leves algunas de las conductas que hasta entonces se encontraban entre las faltas, y despenalizando otras conductas, al considerar que se sancionaban de forma más grave en el derecho administrativo, o que se trataba de infracciones que eran corregidas de forma más adecuada en otros órdenes, como lo que ocurría con las faltas contra las relaciones familiares, con una respuesta más apropiada en el derecho de familia de orden civil.

Según el preámbulo de la LO 1/2015, «La reducción del número de faltas (delitos leves en la nueva regulación que se introduce) viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles».

Con anterioridad a la reforma, en algunas sentencias del Tribunal Supremo se derivaba la solución de los conflictos sobre el régimen de estancias de los menores a las normas de carácter civil o administrativo (para el caso de los sometidos a tutela o guarda administrativa). A modo de ejemplo, la STS, Sala 1, número 823/2012, de 31 de enero de 2013 (Id Cendoj 28079119912013100002), dice: «Esta norma (refiriéndose al art. 776.3 LEC) constituye un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio de régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador».

Se derogaron los artículos 618 y 622 (CP) y no se incluyeron nuevas sanciones delictivas sobre las mismas conductas como delitos leves, pues se consideraba que los incumplimientos graves de los deberes familiares ya estaban tipificados en el artículo 226 y siguientes, y que los incumplimientos sin una gravedad suficiente tienen un régimen sancionador específico en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) del que se hablará posteriormente.

Sin embargo, la vía del artículo 776.3 LEC presenta varios escollos importantes (HERRANZ GONZÁLEZ, 2015, 107):

- No se puede invocar ante el primer incumplimiento, requiriendo que se haya producido reiteración.
- Al no existir una pauta definida de lo que se considera reiteración, el concepto ha de delimitarse caso por caso.
- El cambio de régimen de guarda y custodia habría que llevarlo a cabo mediante un procedimiento de modificación de medidas, lo que puede ser causa de una demora en el objetivo.
- La tutela no queda garantizada mediante esta vía, pues a tenor de la sentencia antes citada, los incumplimientos únicamente se tienen en cuenta como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio.
- La resolución únicamente se pronunciará sobre el régimen futuro, pero no acarreará consecuencia alguna para el infractor por los incumplimientos previos, con la consiguiente impunidad.

Por estas limitaciones, se pronuncia el TS en la sentencia citada sobre la posibilidad de acudir a la vía coercitiva para lograr el cumplimiento (opción que se tratará posteriormente), o de exigir responsabilidad penal.

Actualmente, salvo en casos excepcionales no será posible incardinar en el tipo del artículo 226 CP los incumplimientos del régimen de visitas, pero quedaría dentro del orden penal el recurso al artículo 556, donde se puede encuadrar la desobediencia a las resoluciones judiciales en lo que atañe al cumplimiento de dichas medidas establecidas en la sentencia.

El tipo del artículo 556 CP requiere para ser aplicado que se trate de un quebrantamiento grave [así lo recuerda en su Fundamento de Derecho Segundo la STS, Sala 2, número 870/2015, de 19 de enero de 2016, (Id Cendoj 8079120012016100010)], considerando la gravedad un elemento abierto del tipo que exige una valoración del hecho acorde con su entidad en relación con el bien jurídico protegido.

Además, la aplicación del artículo 556 CP está supeditada a que concurran y se acrediten todos y cada uno de los requisitos del tipo penal, que a tenor de la STS, Sala 2, número 1615/2003, de 01 de diciembre de 2003 (Id Cendoj 28079120012003100029) son los siguientes:

- La preexistencia de una orden legítima de la autoridad competente que sea de obligado cumplimiento.
- El conocimiento de esa orden por el interesado.
- La conducta omisiva de este, que la desatiende y no la cumple. Se colma la tipicidad de la desobediencia cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo y no se da cumplimiento al mandato.

Sobre la necesidad de que se cumplan estos requisitos resulta ilustrativo el AAP de León, Sección 3, número 941/2017, de 05 de septiembre de 2017 (Id Cendoj 24089370032017200937), que confirma un auto de un juzgado que decretaba el sobreseimiento de un procedimiento penal iniciado por el incumplimiento del régimen de visitas que atribuyó al progenitor que incumplió un delito de desobediencia.

El auto expone que actualmente las únicas vulneraciones del derecho de visitas que resultan punibles son las cometidas por terceros no progenitores,

previstas en el artículo 223 del Código Penal, sin que la conducta obstructiva o abiertamente rebelde al régimen judicial por parte de un progenitor pueda ser sancionada de otro modo que a través del delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal, cuyos elementos objetivos y subjetivo no se daban en el caso de autos, o a través de la figura del delito de desobediencia del artículo 556 del Código Penal.

Y respecto a la reconducción al delito de desobediencia dice que si bien no incluye, según la más reciente doctrina jurisprudencial, la prevención al destinatario de una orden judicial de la posibilidad de incurrir en responsabilidad criminal en caso de apartarse de su tenor, sí exige tal orden judicial, personalizada en el sujeto al que luego se dirige el reproche de responsabilidad criminal.

Además, considera que la exigencia de gravedad en el artículo 556 impide que la criminalidad de la conducta obstativa pueda ser apreciada después de un único fin de semana o turno de visitas.

En el caso de autos no constaba que se hubiera realizado requerimiento de cumplimiento al denunciado por parte de la autoridad judicial, pues únicamente se acreditó que el denunciante había comparecido ante agentes de la autoridad para exponer los incumplimientos, y los agentes no son personal jurisdiccional.

La Audiencia Provincial considera que el sobreseimiento del procedimiento penal es acorde a derecho porque la conducta solo puede considerarse grave bien por la persistencia en el incumplimiento, lo que requiere la constatación de más de un acto de desobediencia, o bien de la resistencia igualmente persistente del progenitor, posterior a un requerimiento o iniciativa del Juzgado, dirigidos al mismo por el juez de familia, para que se abstenga de protagonizar conductas obstativas de las visitas entre el hijo común y el otro progenitor, con el correspondiente apercibimiento de poder incurrir en responsabilidad criminal, o bien la imposición de multas coercitivas por parte del letrado de la administración de justicia, que se revelasen inútiles de cara a la rectificación de la conducta después de un tiempo apreciable.

En el auto comentado se hace referencia a las comparecencias del progenitor denunciante ante los agentes de la autoridad tras cada incumplimiento como prueba de los hechos.

Cuando el incumplimiento del régimen de visitas era constitutivo de infracción penal, tenía sentido el que el progenitor afectado requiriera la presencia de la policía en el lugar donde debía de realizarse el intercambio de los menores. De esa manera los agentes de la autoridad, podían identificar al progenitor y plasmar en un atestado donde se encontraba y a qué hora, y además, reflejar si en la vivienda donde los niños debían ser recogidos o entregados respondía alguien al llamar a la puerta, y en su caso, identificar al presunto incumplidor. Siendo testigos del delito, su declaración resultaba clave en el procedimiento penal, y estaban obligados a intervenir en su labor de averiguación delictiva.

Con la despenalización del incumplimiento del régimen de visitas, la intervención de la policía deja de tener sentido, al ser el incumplimiento origen de un litigio de orden civil.

En este sentido, y como respuesta a la consulta de un padre sobre la actuación policial ante los incumplimientos de entrega de menores, la Subdelegación del Gobierno de Burgos recabó un informe de la Abogacía del Estado y respondió en escrito fechado el 23 de mayo de 2017 que la policía carece de competencias en materia de control de convenios reguladores, siendo dicho control competencia exclusiva de los órganos judiciales. Además concluye que entre las funciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad no se encuentra la de actuar como testigos

en procesos, pudiendo el afectado promover un acta de notoriedad para hechos notorios que afecten a las relaciones personales que desea acreditar.

De esta manera, la despenalización traslada la carga probatoria al afectado por el incumplimiento, pues cuando era considerado delictivo la policía podía dar razón del incumplimiento con su presencia, pero actualmente lo harán en unas ocasiones y en otras no, pues consultados varios mandos tanto del Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil y Policías Locales (consultas realizadas por el autor en julio de 2018), manifestaron que no tenían una directriz clara al respecto, sin que conocieran el escrito de la Subdelegación del Gobierno de Burgos al que se ha hecho referencia, y que la atención o no por parte de los agentes dependería normalmente del funcionario policial que recibiera el aviso.

2. MEDIDAS DE ORDEN CIVIL

Analizados los requisitos para que el incumplimiento del régimen de visitas pueda ser sancionado tras un procedimiento tramitado ante el orden jurisdiccional penal, trataremos a continuación cuál es el procedimiento de orden civil adecuado para demandar que se respete el régimen, y cuáles son las diferentes vías de resarcimiento del perjudicado por el incumplimiento.

A) *Prevención de incumplimientos recogida en la sentencia*

Acuña San Martín señala la relevancia de implementar un sistema de protección preventiva del derecho de visitas, pues al ser un derecho sin contenido patrimonial, su lesión no se puede reparar mediante una suma de dinero, el tiempo no disfrutado junto a los niños ya no volverá, y los mecanismos de ejecución forzosa suelen ser ineficaces para restablecer la situación anterior una vez producida la lesión (ACUÑA SAN MARTÍN, 2014, 318).

Ese sistema de protección preventiva está contemplado en la normativa sustantiva, pues el artículo 90.4 del Código civil dice que el juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio regulador de las relaciones paternofiliales, y el 91 permite al juez establecer las cautelas o garantías respectivas.

Hay que preguntarse qué garantías o cautelas serían realmente efectivas para conseguir que se respete el derecho de visita, y cuales serían lícitas.

Desde luego, las garantías personales o reales más usuales no parecen demasiado apropiadas dada la naturaleza del derecho de visitas, por lo que debería acudirse a medidas atípicas.

Entre estas medidas atípicas se pueden citar aquellas que se suelen establecer cuando existe riesgo de un traslado ilícito del menor, que evidentemente haría imposible la realización de las visitas, como la prohibición de salida del territorio nacional salvo que se obtenga autorización judicial previa, la prohibición de expedición del pasaporte o su retirada si ya se hubiere expedido, y el sometimiento de autorización judicial previa de los cambios de domicilio del niño, medidas todas ellas positivizadas en los artículos 103 y 158 del Código civil.

Estas medidas pueden adoptarse una vez admitida la demanda, a falta de acuerdo entre los progenitores (art. 103.1 CC), se pueden solicitar antes de interponer la demanda por el progenitor que lo vaya a hacer (art. 104), o dentro de cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria (art. 158).

Otras medidas atípicas que se pueden prever son las de imponer que las entregas y recogidas de los menores se realicen en un punto de encuentro, como elemento de presión para disuadir a los progenitores de incumplir.

Medidas atípicas de prevención como el establecimiento de una indemnización de daños y perjuicios para el progenitor perjudicado por el incumplimiento, el supeditar el pago de la pensión de alimentos a que el custodio cumpla el régimen de visitas, o el establecimiento de cláusulas penales que permitieran a uno de los progenitores optar por el cumplimiento o el pago de la pena, son discutibles, pues algunas podrían vulnerar el orden público, y serán tratadas en epígrafes posteriores.

Sí que se ha admitido la inclusión en sentencia de advertencias sobre la posibilidad de suspender o restringir el régimen de visitas, o de cambiar el régimen de guarda y custodia, con cláusulas del estilo: «se apercibe a ambos progenitores que el régimen de visitas y custodia debe ser obligatoriamente cumplido por ambos progenitores, y que su incumplimiento puede dar lugar a la modificación de los expresados regímenes en perjuicio del que los incumpla, sin perjuicio de las responsabilidades penales que puede contraer el que los incumple [SAP Barcelona, número 668/2012, de 13 de noviembre, (Id Cendoj 08019370182012100624)]».

B) El cauce procesal

El progenitor que vea impedido su ejercicio del derecho de visitas por los incumplimientos del otro, podrá invocar dicho derecho pidiendo que se cumpla lo establecido en sentencia, pues dicha sentencia es un título ejecutivo de inexcusable cumplimiento a tenor de lo establecido en el artículo 617 LEC, con la particularidad de que no resulta aplicable el plazo de espera de 20 días hábiles que establece el artículo 548 LEC a contar desde la notificación al ejecutado, pues en aras a salvaguardar el interés superior de los menores, las medidas establecidas en las sentencias dictadas en materia de familia, son directamente ejecutables (art. 774.5 LEC).

La ejecución forzosa de las sentencias se recoge en el artículo 776 LEC, que establece especialidades sobre la regulación del Libro III de la LEC.

Es por ello de aplicación el artículo 699 LEC, según el cual, cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo, pudiendo apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales y multas pecuniarias.

En el caso que nos ocupa el requerimiento consistiría en ordenar al custodio que facilite la relación y cese en la actitud de impedir u obstaculizar el normal desarrollo del régimen, o al no custodio para que cumpla el régimen de entrega y recogida o de ejercicio de las visitas.

El ejecutado puede formular oposición al despacho de ejecución alegando lo que a su derecho convenga, oposición que se sustancia de acuerdo al artículo 560 LEC, resolviéndose por auto según el artículo 561 LEC. En dicho auto, el juez valorará, teniendo en cuenta la prueba aportada por las partes, la existencia o no de incumplimiento por el ejecutado, y en caso de haberse producido un incumplimiento, si tuvo su causa en algún hecho justificante en aras a salvaguardar el interés del niño.

Es relativamente frecuente justificar la obstrucción del régimen de visitas manifestando el incumplidor que no conviene al menor la convivencia con el otro progenitor, argumento que no suele ser asumido por los juzgados, pues el régimen de relación no puede ser decidido al libre albedrío de un progenitor. En este sentido la SAP Álava (sede Vitoria-Gasteiz), sección 2, número 92/2006, de 20 de abril (Id Cendoj 01059370022006100046) dice que «en los supuestos de conflictividad de carácter familiar, ningún ciudadano, en ejercicio de sus funciones de progenitor, goza de capacidad para decidir a su libre albedrío cuando conviene al hijo menor que se cumpla la sentencia reguladora del régimen de comunicación y estancias. El particular entender del progenitor custodio sobre lo que más conviene al menor no prevalece sobre los pronunciamientos judiciales, y el incumplimiento de estos supone una conducta de tan evidente antijuridicidad, que serán extraños los supuestos de error que excluyen la punibilidad».

Otra de las razones que se invocan para justificar los incumplimientos del régimen de visitas es que el niño no quiere estar con el progenitor no custodio, siendo la opinión de la mayoría de autores que cuando se dan estas circunstancias debe de recabarse informe del equipo psicosocial o en su caso oír a los menores, antes de resolver. Según GONZÁLEZ DEL POZO (GONZÁLEZ DEL POZO, 2007, 97) el informe pericial, después de explorar a los menores, y en su caso a los progenitores, debería dictaminar la forma y circunstancias en que se han desarrollado hasta la fecha las visitas, indicando si existe o no rechazo del menor a la figura del progenitor no custodio y si concurren o no hechos objetivos que justifiquen la negativa del menor a las visitas, dictaminando si el rechazo del menor es inducido por el progenitor custodio y, en su caso, el régimen de visitas que resulta procedente aplicar en lo sucesivo.

En cuanto a las medidas que se pueden adoptar en el procedimiento de ejecución para garantizar el cumplimiento del régimen de visitas, se encuentran algunas de las que se han mencionado como preventivas, a saber, el aseguramiento de las recogidas y entregas al imponer su realización en un punto de encuentro o ante la policía con apercibimiento de incurrir en desobediencia, y además de ellas, la imposición de multas coercitivas (arts. 699, 709 y 776.3 LEC) y el apercibimiento de modificación del régimen de guarda en caso de incumplimientos reiterados (art. 776.3 LEC).

Es aplicable en la ejecución, al ser el cumplimiento del régimen de visitas una obligación personalísima, lo establecido en el artículo 709.1 LEC, pudiéndose aplicar una multa por cada mes que transcurra sin llevarse a cabo la obligación desde que finalice el plazo que se conceda al ejecutado para cumplir el requerimiento.

Al no tener la obligación que se pretende (cumplimiento del régimen de visitas) un precio o contraprestación, no resulta de aplicación la sustitución de la obligación incumplida por su equivalente pecuniario al cabo del año (art. 709.3 LEC), por lo que el artículo 776.2 LEC, posibilita que se mantengan las multas coercitivas por el tiempo que sea necesario.

Puede apercibirse de la imposición de las multas coercitivas en el auto por el que se despacha ejecución, siendo desde mi punto de vista aconsejable que se solicite por parte del actor en la demanda ejecutiva para dotar de más elementos de fuerza a la resolución, y la imposición suele realizarse tras el trámite, en su caso, de la oposición a la ejecución, pues el juez, al dictar el auto por el que finaliza el procedimiento ya posee todos los elementos de prueba para considerar si se ha producido incumplimiento y si tenía justificación.

Las multas pecuniarias persiguen persuadir al incumplidor para que acate la obligación, pero la doctrina ha señalado que no tienen carácter resarcitorio,

pues no pretenden compensar al afectado por el incumplimiento, ya que son ingresadas en el Tesoro Público.

Respecto a la cuantía de las multas coercitivas, no se encuentra tasada en la Ley, pues no resulta aplicable el artículo 711 LEC al no ser evaluable económicamente la obligación, por lo que se establece según la gravedad del incumplimiento, su duración en el tiempo, o la capacidad económica del ejecutado.

En ese sentido, recoge la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto el AAP de Gerona, sección 1, número 131/2018, de 12 de junio de 2018 (Id Cendoj 17079370012018200115), que resuelve el recurso de apelación interpuesto por una mujer a la que se la imponen multas coercitivas por haber incumplido de forma reiterada el régimen de visitas. La recurrente invoca la inembargabilidad del salario mínimo interprofesional al amparo del artículo 607 LEC, argumento que rebate la resolución con el siguiente tenor: «Siguiendo la doctrina que ha venido sentando el Tribunal Constitucional sobre la multa coercitiva, así, por ejemplo, en el auto de 21 de septiembre de 2017 y sentencia 239/1988, de 14 de diciembre, estas multas no pretenden reprender o sancionar el incumplimiento de las resoluciones de los tribunales, sino que responden a la finalidad de obtener la acomodación de un comportamiento que desconoce una resolución del tribunal, restaurando el ordenamiento jurídico perturbado y forzar el cumplimiento de lo acordado en la resolución. Por lo tanto la capacidad económica del requerido aunque pueda ser un elemento a tener en cuenta, el mismo es relativo, pues lo relevante es que con la multa coercitiva se consiga que se cumpla la resolución, pues si esta es escasa, al incumplidor le puede resultar mejor pagar la multa que cumplir la resolución. Como dice el alto Tribunal *El principio de adecuación reclama, por tanto, la existencia de una relación de congruencia objetiva entre el medio adoptado y el fin que con él se persigue, considerándose que tal circunstancia se producirá si la medida puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece, o incluso, si resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad* (STC 60/2010, de 7 de octubre FJ 12). La accesoria respecto de la resolución cuyo cumplimiento se pretende es una característica propia de esta medida, de modo que la multa coercitiva impuesta no pueda ir más allá de lo estrictamente necesario para lograr su propósito. Ello implica realizar un juicio de proporcionalidad que requiere la constatación de que la medida adoptada cumple los tres requisitos siguientes: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea además necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, la medida no puede ir más allá de lo estrictamente necesario para lograr su objetivo (juicio de necesidad); y, finalmente, que la medida adoptada sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en un juicio estricto de proporcionalidad (entre otras SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ2, y las que allí se citan, STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ4, y 159/2009, de 29 de junio, FJ3)... De este modo, deberá graduarse la cuantía en atención a las particulares circunstancias que concurren en cada caso respetando, como es obvio, el principio de proporcionalidad (STC 185/2016, FJ10a y 215/2016,FJ8d) y atendiendo, entre otros criterios, a la gravedad del incumplimiento, a la importancia de las normas infringidas, a las consecuencias que el incumplimiento supone para el interés general y de los particulares, a la urgencia que hubiere en que se cumpla la resolución, a la naturaleza y claridad de la obligación desatendida, a la relevancia del deber jurídico cuyo cumplimiento pretende garantizar con esta medida (STC 185/2016, FJ10a, y 215/2016, FJ8d) y, en fin, a la necesidad de asegurar el efecto disuasorio».

Y el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, número 11/2018, de 17 de enero de 2018, Id Cendoj 08019370122018200033, justifica la cuantía de la multa coercitiva impuesta por incumplimiento del régimen, en la capacidad económica del obligado a su eventual pago (por su nivel de ingresos y obligación alimenticia), y en la posibilidad de que no todos los incumplimientos del régimen a lo largo del mes sean efectivamente imputables al padre pudiendo concurrir a su desinterés los deseos del hijo menor de modificar la forma de relacionarse con su padre, lo que no es descartable atendiendo a su edad.

C) Compensación de las visitas perdidas

Por lo general, la principal pretensión del progenitor que se vea perjudicado por el incumplimiento del régimen de visitas será la de reclamar su efectividad en lo sucesivo, y no será raro que solicite la recuperación de los días en los que se vio privado de la compañía de sus hijos.

Dicha solicitud puede justificarse jurídicamente en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues a tenor de lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, las sentencias se han de ejecutar en sus propios términos, y si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal ha de adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria.

En la jurisprudencia se encuentran resoluciones a favor y en contra de la recuperación de los días perdidos por los incumplimientos, siempre con fundamento en el interés de los menores, pero por lo general con una motivación sucinta.

Como ejemplo, en el auto de la AAP Zaragoza, sección 4, número 450/2005, de 1 de septiembre de 2005 (Id Cendoj 50297370042005200101), el padre perjudicado por el incumplimiento de la madre solicita que se le compense con un fin de semana que perdió por la negativa de la madre a entregar a los menores, y la Sala accede a dicha pretensión porque la madre no se opuso, discutiendo únicamente una compensación económica que no fue concedida, cuestión que es objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

Y el AAP de Barcelona, sección 12, número 64/2007, de 27 de febrero de 2007 (Id Cendoj 08019370122007200110), confirma que se debe compensar con un fin de semana al padre que se vio privado de la compañía de su hijo durante un fin de semana de las vacaciones por la voluntad obstativa de la madre, amparándose en que el régimen de visitas que se apruebe en sentencia, bien derive de un procedimiento de mutuo acuerdo o de un procedimiento contencioso, es de obligado cumplimiento

D) Indemnización por pérdida de visitas

El hecho de recibir una indemnización por haberse visto privado del ejercicio del derecho de visitas con los hijos menores, puede parecer ajeno al derecho de familia, pues la imposición del pago de una cantidad de dinero por incumplir, no protege el interés del niño, siendo el inconveniente más claro que se puede pagar y seguir incumpliendo, cuando lo realmente deseable sería conseguir el cumplimiento de la obligación *in natura* (entregar al hijo, facilitar las visitas, etc.), aunque es cierto que la imposición de una indemnización por el incumplimiento puede ser una medida complementaria a aquellas que pretenden el restablecimiento del derecho, pues ejerce una labor disuasoria, que además repercuten

el patrimonio de aquel cuyo derecho se ha visto vulnerado y no en las arcas públicas como en el caso de la multa coercitiva.

En este epígrafe intentaremos responder a la pregunta del progenitor custodio cuando el no custodio incumple y no recoge a los menores cuando le corresponde una visita: «¿Y quién me paga los gastos de la canguro que he tenido que contratar para cuidar a los niños?», o cuando es el custodio el que incumple y no permite que se realice la visita y el no custodio pregunta: «¿Quién me paga ahora los billetes de avión, y el hotel que había reservado para irme de vacaciones con los niños?» (MORENO VELASCO, 2009, 10).

Analizaremos si es indemnizable el daño generado por los incumplimientos, y si también es posible indemnizar la angustia y desasosiego que le produce al progenitor perjudicado el incumplimiento, y los perjuicios que le produzca en su vida personal y salud psíquica, el denominado daño moral.

La responsabilidad por los daños y perjuicios en este ámbito tiene su fundamento en el artículo 1902 del Código civil, al ser de carácter extracontractual, por lo que deberán darse los requisitos que establece dicho precepto y que han sido perfilados jurisprudencialmente: un comportamiento culposo, una acción u omisión que produzca un daño, y la existencia de un nexo causal entre el comportamiento y el daño.

Respecto a la indemnización de daños materiales, existen resoluciones en ambos sentidos, así, la SAP de Málaga, sección 5, número 167/1999, de 17 de marzo de 1999 (Id Cendoj 29067370051999100107) compensa a la madre con una pensión indemnizatoria a pagar por el padre por cada fin de semana que incumpla y tengan que pasar con ella las horas nocturnas.

Algunos autores (MORENO VELASCO, 2009, 11) consideran que la indemnización de daños y perjuicios tendría su encaje en el artículo 709.3 LEC, a cuyo tenor, además de multas coercitivas, pueden establecerse cualesquier otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante.

En contra de la indemnización por daños y perjuicios la SAP Madrid, sección 22, número de recurso 655/1997, de 13 de febrero de 1998 (Id Cendoj 28079370221998100524), considera inválido el pacto conyugal por el que se había acordado una compensación económica para la madre, si al padre no le resultaba posible cumplir con el régimen de visitas. La Audiencia considera que se confunden cuestiones personales y familiares (el régimen de comunicaciones y sus incidencias) con aspectos económicos que nada tienen que ver con los efectos que provoca el divorcio en los términos señalados en los artículos 90 y siguientes del Código civil, que no reconocen los derechos de compensación que se mencionan en los singulares pactos habidos entre las partes, sin perjuicio de que en términos morales y personales entre los esposos puedan privadamente llevarlos a cabo. Señala la imposibilidad de mercantilizar derechos y obligaciones de carácter personalísimo, y establece que llegado el caso de su incumplimiento o ejercicio, la solución se adoptará analizando las causas de tal dejación del derecho o deber para decidir mantener o restringir o suprimir este sistema de comunicaciones en días intersemanales, adoptando en su caso el juzgado cuantas medidas sean necesarias si la conducta de quien tiene establecido este régimen de visitas fuera contumaz y persistente, cuestiones que se resolverían en ejecución de sentencia.

También la SAP Murcia, sección 1, número 43/2001, de 30 de enero de 2001 (Id Cendoj 30030370012001100184), desestima la indemnización, pues «se haya o no acreditado tal incumplimiento, es lo cierto, en su caso, que la consecuencia o efecto dimanante del mismo, no puede concretarse en una indemnización económica, sino que tales efectos solo podrían tener incidencia en el ámbito de

la patria potestad (supresión o privación de la misma) o en la modificación de tal régimen de visitas».

En el mismo sentido, la SAP Barcelona, sección 12, número 141/2014, de 25 de febrero de 2014 (Id Cendoj 08019370122014100100), revoca la sentencia de instancia que establecía una pensión que tenía que pagar el padre de 150 euros por cada fin de semana que tuviera que estar con su hija y no pudiera hacerlo, al considerar que se vulnera el interés superior de la menor: «Esta Sala no comparte las razones de la demanda inicial de estas actuaciones ni los argumentos de la sentencia de primera instancia, puesto que parten de la consideración de las visitas, estancias y relación de la hija con los progenitores como una carga, asimilable a una obligación de hacer respecto de propiedades comunes, cosas o semovientes. Se viene a establecer una especie de derecho/obligación de uso y mantenimiento y una correlativa obligación de indemnizar para el caso de que uno de los progenitores haya de sustituir al otro en las labores de tenencia de la menor». La sentencia concluye que la obligación del padre de indemnizar a la madre por cada fin de semana que no pudiera tener a su hija es inapropiada y debe ser suprimida, debiendo ceder en estos casos los derechos de los progenitores ante los de los propios hijos.

En sentido contrario, el AAP Barcelona, sección 12, número 122/2005, de 14 de junio de 2005 (Id Cendoj 08019370122005200147), concede a la madre el resarcimiento de los gastos por manutención de los menores y contratación de una canguro a consecuencia de los incumplimientos del padre, no habiéndose opuesto el demandado a la indemnización, sino solo a su cuantía. Sobre los gastos de canguro, dice la sentencia que ha atendido y cuidado a los menores que debían haber estado con el padre según el régimen de visitas, y que esos gastos han de ser soportados por el progenitor incumplidor, puesto que solo a él es imputable la necesidad de que los niños fueran atendidos y cuidados por la canguro, sobre todo cuando esa colaboración era necesaria por el trabajo de la madre y la imposibilidad de dejar todos los días a los menores bajo el cuidado de los abuelos maternos. Era, por tanto, un gasto ineludible y necesario, no caprichoso, que ha de ser imputado al padre a fin de paliar los perjuicios causados a la madre. Sobre los gastos de manutención, dice que la satisfacción por parte del padre de las prestaciones alimenticias de los menores en doce mensualidades, incluidos también los períodos vacacionales que están con el mismo, no puede evitar que deba indemnizar los dispendios ocasionados por los hijos cuando debían estar con el padre, y entiende ponderados los gastos de manutención propiamente dicha y de restauración.

DÉ VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS (DE VERDA Y BEAMONTE *et al.*, 2012, 358) consideran adecuado el establecimiento de indemnizaciones por los incumplimientos de visitas, pues en contra de los razonamientos de las dos primeras sentencias comentadas, dicen que aunque el artículo 711 LEC prevé la posibilidad de imponer multas coercitivas a quien incumpla de forma reiterada el régimen de visitas, ello no excluye la reclamación de los gastos de carácter patrimonial que se hayan ocasionado al progenitor perjudicado, pues de lo contrario, se admitiría que las normas de derecho de familia constituyen un sistema cerrado que no permite la aplicación de normas o principios generales tendentes al resarcimiento, prejuicio que carece de base legal.

Estos autores afirman que nada obsta a que pueda reclamarse el resarcimiento de los daños sufridos mediante la aplicación del principio del enriquecimiento injusto, pues el progenitor que se hace cargo de los hijos en el periodo en que no deberían estar con él, puede sufrir un empobrecimiento que ocasiona

un enriquecimiento en el incumplidor, el cual carecerá de causa, pues cada uno debe de hacer frente a la manutención según lo establecido en la sentencia que adopte las medidas paternofiliales.

Acepta el resarcimiento la SAP Valencia, sección 10, número 131/2007, de 27 de febrero de 2007 (Id Cendoj 46250370102007100286), que ratifica la sentencia de instancia, en la que el juez modifica el régimen de visitas e introduce una cláusula del siguiente tenor: «Si el padre no tiene consigo a los hijos los fines de semana o los períodos vacacionales que le correspondan, serán de su cuenta los gastos a los que tenga que hacer frente la madre por contratar a una persona que le ayude a atender a sus hijos, en la parte proporcional que corresponda al periodo en que los hijos debieran estar con el padre, previa justificación documental de tales gastos».

En la alzada la madre solicita un aumento de la cuantía de la indemnización, a lo que no accede la Sala, pero no cuestiona la validez de la cláusula.

También el AAP Madrid, sección 22, número 96/2010, de 22 de marzo de 2010 (Id Cendoj 28079370222010200092), concede a la madre una indemnización por los incumplimientos del padre, que la obligan a inscribir a las menores en unas clases de minibasquet, que se contratan con la finalidad de suplir las reiteradas ausencias del padre los martes y jueves, o por sus llegadas fuera de horario a recoger a las hijas, respondiendo, por ello, a una perentoria necesidad de la madre. En este caso la madre articuló la reclamación del coste de las clases en una demanda de gastos extraordinarios, pero el juez concedió la indemnización en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios. Sin embargo, la Sala, resuelve que el supuesto encuentra encaje en el concepto de gastos extraordinarios, y condena al padre al pago del 50% del coste aunque la realización del gasto fuera decidida de forma unilateral, pues la circunstancia que motiva el gasto es ajena a la voluntad de quien toma la decisión.

Respecto a la indemnización por daños morales, cabe señalar que una vez superados los criterios restrictivos establecidos por el Tribunal Supremo, se fue ampliando su campo hacia los derechos de la personalidad, y aunque la mayor parte de resoluciones versan sobre intromisiones en el honor e intimidad, ataques al prestigio profesional, a la propiedad intelectual, supuestos de responsabilidad sanitaria, o culpa extracontractual por accidentes que causan lesiones temporales, secuelas o muerte, se encuentran sentencias que fundamentándose en el principio de indemnidad acogen la indemnización en casos de abuso de derecho, relaciones de vecindad, o incumplimientos contractuales.

El presupuesto que puede dar lugar a la indemnización por daño moral es un sufrimiento o padecimiento psíquico (STS de 22 de mayo de 1995, Sala de lo Civil, número 474/1005, Id Cendoj 28079110011995101460). Diferentes sentencias se han referido a estas situaciones describiéndolas como impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad o angustia, la zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, trastorno de ansiedad, impacto emocional, e incertidumbre consecuente.

La mayoría de autores dan al daño moral una definición negativa, al considerarlo aquel perjuicio que no implica una pérdida pecuniaria, no entraña para el perjudicado ninguna consecuencia consistente en la disminución de su patrimonio, y no consiste en una pérdida económica o falta de ganancia (ROMERO COLOMA, 2010, 123).

La prueba del daño moral es difícil de acreditar, cuestión de la que es consciente el Tribunal Supremo, que ya en la STS, Sala de lo Civil, número 533/2000, de 31 de mayo de 2000 (Id Cendoj 28079110012000102126), dijo: «La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba

del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfia) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere».

Para la cuantificación de la indemnización por daño moral el órgano judicial tendrá en cuenta varios criterios (ROMERO COLOMA, 2010, 128): que la indemnización que se conceda proporcione al perjudicado las satisfacciones y bienes idóneos para compensar el dolor sufrido, aunque es imposible cuantificar los dolores y sufrimientos de una persona; la condición económica de las partes, en particular, de la persona perjudicada; y la gravedad de la culpa y del daño causado, la intensidad e importancia de los dolores padecidos y el sufrimiento moral experimentado como consecuencia de dichos daños.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la valoración del daño moral no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva (STS de 19 de mayo de 1934), por lo que corresponde hacerla al juez según las reglas de la equidad (SSTS de 7 de noviembre de 1919 y 24 de mayo de 1947), debiendo tener en cuenta las circunstancias de la persona ofendida (SSTS de 6 de diciembre de 1912, 10 de julio de 1928 y 19 de mayo de 1934), y la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta (STS de 7 de noviembre de 1919).

La STS, Sala de lo Civil, número 521/2008, de 5 de junio de 2008 (Id Cendoj 28079110012008100488) recuerda los criterios a tener en cuenta, y entiende que no cabe duda de la posibilidad de indemnizar el daño moral, entendido en el sentido amplio antedicho de ansiedad, impacto emocional, zozobra y sufrimiento psíquico, no siendo necesaria una actividad probatoria concreta, ni del daño, ni de la relación de causalidad, ya que en la gran mayoría de los casos, la existencia del daño y de la relación entre el incumplimiento del régimen de visitas y el daño moral generado caen por su propio peso, derivando de las circunstancias concurrentes, que son deducibles de un juicio de notoriedad.

Sobre la aplicación del daño moral a los incumplimientos del régimen de visitas, la SAP Cádiz, sección 2, número de recurso 220/2001, de 8 de abril de 2002 (Id Cendoj 11012370022002100264), dice que: «Es innegable que la situación producida en el actor (definida por la sensación de incertidumbre acerca de la posibilidad de ejercicio del derecho que le había sido reconocido por el Juzgado, así como de impotencia frente a la actuación obstativa de los demandados, así como el resultado de privación de contacto con los hijos propios, incluso hasta el extremo de intentar borrar de su memoria la existencia de un padre biológico), produce un daño de orden espiritual en el referido progenitor, que no ha dejado nunca de intentar tener ese acercamiento hacia su hija».

Sin embargo, otras resoluciones, como la SAP Valencia, sección 11, número 89/2006, de 20 de febrero de 2006 (Id Cendoj 46250370112006100097), excluye la posibilidad de indemnización del daño moral por entender que es inaplicable el artículo 1101 del Código civil. La sentencia parece admitir la indemnización del daño por la vía del artículo 1902, pero finalmente la niega por considerar ajeno al sentido común la posibilidad de aplicar el daño moral a las relaciones familiares.

E) Cambio del régimen de visitas (cambio de custodia, visitas en punto de encuentro, etc.)

Otra de las medidas de protección del derecho de visitas, deriva de lo establecido en el artículo 776.3 LEC, aunque a mi juicio la labor de protección del

derecho la logra a través de la vía de la coerción, pues es palmario su carácter sancionador para el progenitor incumplidor: «el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el tribunal del régimen de guarda y visitas».

La norma vincula la guarda y custodia con el derecho de relación y visitas, considerando que protegen el mismo interés pero con distinta intensidad, pues ambos derechos tienden a que se preserven las relaciones de los hijos con ambos progenitores. Se utiliza como criterio para valorar cual es el mejor sistema de guarda y custodia la comprobación de qué progenitor asegura mejor el mantenimiento pacífico de las relaciones de los hijos con el otro padre, de manera que la conducta obstativa de uno de ellos puede ser causa de que se cambie el régimen de guarda.

El juez se encuentra con un amplio espacio a la hora de establecer las consecuencias de los incumplimientos, pues el precepto únicamente indica que se podrá modificar el régimen de guarda y visitas, pero sin indicar en qué sentido. Así, hemos de deducir que será posible cualquier modificación que en atención a las circunstancias particulares, garantice el mejor interés del niño de relacionarse con ambos progenitores.

Es de destacar, que el procedimiento objeto de estudio es una ejecución forzosa, por lo que el cambio del modelo de guarda y custodia solo será posible si se ha iniciado este procedimiento a consecuencia de incumplimientos reiterados del régimen de visitas. Si la pretensión de modificación de la guarda y custodia se fundamenta en otros hechos, por ejemplo la variación de determinadas circunstancias, deberá de acudirse al procedimiento de modificación de medidas.

Jurisprudencialmente, se han adoptado soluciones variadas a las pretensiones articuladas a través del artículo 776.3 LEC, y teniendo en cuenta lo que más convenía a los menores, se han adoptado cambios de guarda atribuyéndosela al progenitor que hasta entonces era el no custodio, o ampliaciones del régimen de relación a favor del no custodio.

Como ejemplo, citaremos por su relevancia, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, número 8/2005, de 17 de enero de 2005 (BOE número 41, de 17 de febrero de 2005), que declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo.

El Juzgado de Primera Instancia dictó un auto en que por los incumplimientos reiterados por parte de la madre del régimen de visitas, modificó el régimen de guarda y custodia establecido en la sentencia que regulaba las medidas paternofiliales y atribuía al padre la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas para la madre.

Dicho auto fue apelado, y la Audiencia Provincial lo revocó razonando que «en el presente caso, no concurren razones que justifiquen una modificación del régimen de custodia en su momento acordado, ya que no han sobrevenido nuevas circunstancias que justifiquen la modificación de una medida de tanta trascendencia para la vida del menor, sino la adopción por el juzgado *a quo* de cuantas medidas sean necesarias para garantizar su ejecución, de acuerdo con las previsiones establecidas en la LEC».

El Tribunal Constitucional tiene en cuenta para resolver que el juez de primera instancia relata primeramente las incidencias habidas en el cumplimiento del régimen de visitas, en segundo lugar califica tales incidencias como incumplimiento por parte de la madre de las obligaciones acordadas judicialmente, que impiden el contacto del niño con el padre y con los hermanos, y que favorece la

culpabilización del niño haciéndole creer que su subsistencia depende de que el menor permanezca con ella. Además, de la prueba pericial y de la testifical de un pariente de la madre, concluye que el menor está bien atendido por el padre, y tiene buena relación con los hermanos, por lo que su interés pasa por atribuir la custodia al padre, y por si fuera poco, es la única manera de poner fin a la situación creada por la madre, que no ha atendido los sucesivos requerimientos, ni ha modificado su actitud tras la imposición de una multa coercitiva.

Concluye el Tribunal Constitucional que «no resulta constitucionalmente admisible que, una vez el juez de primera instancia explica ciertos hechos ya señalados con anterioridad (sucesivos incumplimientos del régimen de visitas, culpabilización del menor en cuanto a la subsistencia de su madre, buena relación con el padre y los hermanos negada por la madre, etc.), estos sean simplemente ignorados por la Audiencia Provincial al afirmar lisa y llanamente que no han sobrevenido circunstancias que justifiquen la variación del régimen de custodia del menor, sin que ello venga precedido de una diferente apreciación de tales circunstancias o de la valoración jurídica que merezcan al tribunal».

Admitiendo el cambio del sistema de guarda y custodia, citaremos, el reciente AAP Logroño, sección 1, número 34/2018, de 13 de marzo de 2018 (Id Cendoj 26089370012018200157), que confirma el auto dictado por el juzgado de primera instancia que accede al cambio de guarda y custodia a favor del padre por los incumplimientos reiterados de la madre del régimen de visitas, que a pesar de haber sido apercibida impedía la relación de los niños con el padre, no llevándolos al colegio los días en que él los tenía que recoger por corresponderle el turno de visita. Funda su decisión en la STS, Sala de lo Civil, número 346/2016, de 24 de mayo de 2016 (Id Cendoj 28079110012016100343), que dice que al decidir sobre la custodia de los menores, los tribunales no han de premiar ni castigar a los progenitores, sino instaurar aquel sistema que ofrezca más ventajas a los menores, recalando que no deben de prosperar pretensiones que intenten la adopción de medidas de interés para los progenitores, sino que debe de primar el interés de los hijos. Y también recoge el razonamiento de las SSTS número 545/2016 de 16 de septiembre (Id Cendoj 28079110012016100528), y 638/2016 de 26 de octubre (Id Cendoj 28079110012016100606), que establecen que las decisiones sobre el sistema de guarda y custodia están en función y se orientan en el interés del menor.

Y no accediendo a la petición de cambio de guarda y custodia, la STS, Sala de lo Civil, número 823/2012, de 31 de enero de 2013 (Id Cendoj 28079119912013100002), en que un padre interpone un procedimiento de modificación de medidas solicitando que se le atribuya la guarda y custodia de su hijo (que ostentaba la madre), por los incumplimientos reiterados de la misma del régimen de visitas y estancias durante las vacaciones, con cita del artículo 776.3 LEC.

La sentencia de instancia atribuye al padre la guarda y custodia tras una etapa de adaptación, y la Audiencia Provincial confirma dicha sentencia porque «si algún supuesto de hecho es merecedor de la consecuencia jurídica prevista en el artículo 776.3 LEC del cambio de la guarda y custodia, este es el que se enjuicia, concluyendo que no está acreditado que el cambio de la medida suponga un perjuicio contrario al interés del menor, más allá del cambio que supone el traslado de residencia a su país de origen bajo la custodia del padre».

La madre interpone recurso de casación por existencia de interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales. Invoca en el recurso que no se puede someter al menor a un daño mayor al preexistente,

y que el artículo 776.3 LEC debe estar siempre subordinado al interés superior del menor, siendo este el principal criterio que debe atenderse para la adopción de las medidas judiciales sobre su cuidado y evolución.

La decisión del Tribunal Supremo se basa en lo que considera el interés superior del menor, que debe primar con independencia del reproche que pueda realizarse del comportamiento de la progenitora custodia, y señala que en ninguno de los hechos que refiere la demanda de modificación de medidas, se alude o justifica el beneficio que para el menor podría representar el cambio. Así, teniendo en cuenta que el niño está perfectamente integrado en EEUU, donde convive con su madre desde hace varios años, considera que el traslado a España para pasar a vivir con su padre le supondría un perjuicio, por lo que estima el recurso y no accede a la modificación de la guarda y custodia.

Cuando el órgano judicial ha de establecer o modificar medidas paternofiliales, contempla que la Constitución española ofrece protección a todos los modelos de familia, con el único límite del orden público, por lo que debe regir en el ámbito del derecho de familia el principio de intervención mínima.

Como expone ORTUÑO MUÑOZ (ORTUÑO MUÑOZ, 2013, 4), cuando una familia es capaz de organizar sus relaciones convivenciales de manera pacífica y estable, el ordenamiento jurídico no interviene. Si un padre o una madre se niega a ver a su hijo y delega *de facto* en el otro progenitor o en un miembro de la familia extensa, o deciden de mutuo acuerdo internar al niño en un colegio en el extranjero, o deciden trasladarse de ciudad o de país, no se acude al Juzgado para que dé autorización, previo informe psicosocial y vista al Ministerio Fiscal, ni se solicita la intervención judicial.

Por ello, antes de adoptar medidas más gravosas y de mayor interferencia en el ambiente familiar, como el cambio del sistema de guarda y custodia o la imposición de multas coercitivas, suele intentarse el restablecimiento de la normalidad en el cumplimiento de las medidas paternofiliales con otras alternativas.

Estas alternativas suelen imponer la supervisión del régimen de relaciones parentales por algún tercero que actúa de garante del cumplimiento, o que proporciona herramientas de carácter emocional para fomentar la recuperación de la armonía familiar.

En la actualidad, han demostrado su utilidad con el paso del tiempo los denominados puntos de encuentro familiar (PEF), que apoyan la acción de los Juzgados en la fase de ejecución de sentencias, al igual que lo hacen los mediadores en la fase previa a la decisión judicial, y los peritos durante la fase de enjuiciamiento.

Los PEF surgieron en España en la década de los 90 del siglo pasado (ROMERO GONZÁLEZ, 2009, 1) siendo gestionados tanto por instituciones de carácter público como privado.

Su organización y funciones se encuentra regulada en la normativa autonómica, y en el ámbito estatal únicamente encontramos el Documento Marco de Mínimos Para Asegurar la Calidad de los Puntos de Encuentro Familiar, aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directoras y Directores Generales de Infancia y Familias el 13 de noviembre de 2008, publicado por el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte.

Uno de los objetivos de los PEF que se establece en el Documento Marco, es el de favorecer el cumplimiento del derecho fundamental de los menores a mantener relación con ambos progenitores y sus familiares después de la separación, estableciendo los vínculos necesarios para su buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional, sirviendo además para orientar y apoyar a los padres para

que consigan ser autónomos en el ejercicio de la coparentalidad, sin tener que depender del PEF.

Las formas de actuación de los puntos de encuentro son variadas, y según el Documento Marco, deben comprender:

- el apoyo en el cumplimiento del régimen de visitas: controlando las recogidas y entregas de los niños, o tutelando la visita, que tiene lugar bajo la supervisión de algún miembro del equipo técnico, en el propio centro de encuentro pero sin dicha supervisión, o siendo acompañados el menor y el progenitor visitador fuera del PEF.
- intervención psicosocial individual y familiar: en que el equipo técnico realiza las actuaciones que considere necesarias para eliminar obstáculos y actitudes negativas en aras a lograr los objetivos previstos.
- intervención en negociación y aplicación de técnicas mediadoras: tendentes a conseguir acuerdos que permitan la adecuación del régimen de visitas establecido por la autoridad a la realidad familiar así como a favorecer el ejercicio de la coparentalidad.
- elaboración de registros y documentación: el equipo técnico refleja las actividades realizadas para su posterior evaluación en labores de investigación, y para su aportación en caso de ser requeridos por la autoridad judicial.

La intervención del PEF es transitoria, y su pretensión es la de recomponer unas relaciones parentales que por la causa que sea, se han interrumpido o deteriorado.

La asistencia al PEF, es una obligación no pecuniaria de carácter personalísimo, prevista en el artículo 776 LEC, que se impone para realizar el seguimiento de las medidas paternofiliales adoptadas en la resolución judicial, y que cuenta con el respaldo de otras posibilidades para el caso de incumplimientos, como las multas coercitivas o los cambios del régimen de guarda y custodia ya comentados.

V. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITAS POR PARTE DE LOS ABUELOS

La dicción actual del artículo 160 del Código civil, a tenor de la modificación operada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, garantizó el derecho de ambos a relacionarse, pues dice que «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con abuelos y otros parientes y allegados».

El Código regula las visitas de los nietos con sus abuelos tras la crisis matrimonial, en el artículo 90, como parte del contenido del convenio regulador, en que puede ser incluido si se considera necesario, debiendo ser aprobado por el juez previa audiencia de los abuelos en la que presten su consentimiento, y en el artículo 94, donde da la posibilidad de que el juez determine el régimen de relación de nietos y abuelos.

El contenido del derecho de visita de los abuelos es diferente al de los padres, que se incardina en el derecho-función de patria potestad que establece el artículo 154 del Código civil. En el caso de los abuelos, responde al sentimiento de afecto y cariño (ROMERO COLOMA, 2010, 148), y en este sentido,

la STS, Sala de lo Civil, número 477/1996, de 11 de junio de 1996 (Id Cendoj 28079110011996101557), dice que: «las relaciones entre un menor y su abuelo que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan necesarias cuando de ellos se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también en las contradicciones que emanan a veces de los planteamientos y opiniones de los parientes, si bien siempre que revistan un carácter de normalidad, es decir, no respondan a patologías o ejemplos corruptores».

En gran parte de los casos, el régimen de visitas de los abuelos, se simultanea con el régimen de guarda y custodia de los menores con sus padres, insertando en las resoluciones cláusulas del tenor: «cada progenitor facilitará la relación de los menores con sus abuelos mientras los tenga en su compañía», pero existen casos en que no es posible ese sistema, por ejemplo, por fallecimiento de uno de los progenitores, por diferencias personales entre los abuelos y los progenitores de los niños, o por conflictos entre abuelos que han tenido a los niños en acogimiento, produciéndose el problema cuando reaparece el hijo y reclama al menor (SANTANA PÁEZ, 2014).

Una de las cuestiones a la hora de establecer el régimen de visitas de los niños con sus abuelos, es si procede establecer o no la pernocta. No pronunciándose de forma taxativa la normativa, hay que señalar que los artículos 90 y 94 del Código civil se refieren al «régimen de visitas y comunicación» de los nietos con sus abuelos, y sin embargo, lo hace a las «estancias» cuando se refiere a los progenitores. Así, cabe preguntarse si la pretensión del legislador era que no se establecieran pernoctas de los nietos con sus abuelos.

El Tribunal Supremo ha acotado la posibilidad de establecer pernoctas con los abuelos, considerando que respecto de los nietos, los abuelos ocupan una situación de carácter singular, y debiendo de evaluar cada caso, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve espacio de tiempo, y nada impide que puedan pernoctar o pasar una temporada con los abuelos, sin que en absoluto se perturbe el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves períodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos (STS, Sala de lo Civil, número 632/2004, de 28 de junio, Id Cendoj 28079110012004100592).

Dice el Tribunal Supremo que no puede acordarse con carácter general la pernocta, pero tampoco impedirse indiscriminadamente, sin que nada obste a la pernocta una vez atendidas las circunstancias de cada caso (STS, Sala de lo Civil, número 576/2009, de 27 de julio de 2009, Id Cendoj 28079110012009100562), y considera que la experiencia distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, sin que nada impida la pernocta en períodos convenientemente ponderados.

Parte de las oposiciones por parte de un progenitor a que se establezca un régimen de visitas con los abuelos de la otra rama se sustentan en que no quieren que los niños estén al cuidado de los abuelos de la expareja o que ellos se ocupen de tareas como recogerlos del colegio, cuidar la alimentación, etc.

En muchas resoluciones se reconoce ese papel de los abuelos, y se justifica diciendo que cada progenitor es el que tiene que decidir con quien y como se relacionan los menores cuando estén con él, sin que el otro progenitor ostente un derecho de veto respecto a esas relaciones, y justifican las funciones auxiliares de los abuelos porque pueden ser necesarias para el progenitor con quien están los niños, y en la mayoría de casos se han dado durante la convivencia familiar, por trabajo de los padres u otras razones que hacían que la colaboración de los abuelos en determinadas tareas se considerase algo normal.

Citaremos como ejemplos la SAP A Coruña, sección 6, número 42/2008, de 12 de febrero de 2008, Id Cendoj 15078370062008100059 («que la abuela recoja al nieto por impedírselo al padre su trabajo, no alterará el horario de visitas ya que ni perjudica al menor ni se sustituye la relación paternofilial»), SAP Madrid, sección 22, número 616/2013, de 19 de julio de 2013, Id Cendoj 28079370222013100598 («no hay perjuicio para la niña en que las entregas y recogidas las hagan personas del entorno paterno, que la niña manifieste que no quiere estar con su abuela porque le pone la ropa que ella quiere no tiene entidad suficiente para excluirla»), SAP Barcelona, sección 12, número 863/2012, de 20 de diciembre de 2012, Id Cendoj 08019370122012100783 («la previsión en la sentencia de la facultad de los abuelos para recoger a la menor es innecesaria y más cuando por la profesión del padre es razonable que precise la colaboración de su familia para garantizar los cuidados de la hija»), SAP Baleares, sección 4, número 172/2011, de 17 de mayo de 2011, Id Cendoj 07040370042011100182 («especialmente los abuelos, constituyen dentro del marco familiar un soporte de primer grado como complemento de la responsabilidad parental, no siendo inconveniente sino conveniente en circunstancias normales, que el nieto se relacione con normalidad con los abuelos correspondientes a ambas ramas familiares, y si que para ello tenga que ser obstáculo insalvable en nuestros días el hecho de vivir los abuelos en la península; la petición paterna, no fundada tampoco en el capricho sino en una situación laboral especialmente comprometida en verano, deberá merecer un cierto respaldo judicial, el cual, si bien no ha de concederse en el excesivo marco solicitado, en el que no se ponen límites...sí habrá de concederse con un límite razonable en la permanencia de la menor en Zaragoza con los abuelos, límite que la Sala considera prudente establecer en quince días seguidos, durante los cuales el menor podrá residir en Zaragoza con los abuelos pese a que durante la totalidad de dicho periodo no se halle el padre con ellos»), y SAP Sevilla, sección 2, número 251/2010, de 18 de junio de 2010 (Id Cendoj 41091370022010100402), («será la abuela paterna quien entregue y recoja al menor en el domicilio del cónyuge custodio, por ser la familiar de ayuda en el fomento de las relaciones entre el hijo y su padre»).

Procesalmente, los abuelos que pretendieran que se estableciera un régimen de comunicación con sus nietos, deberían interponer una demanda de juicio verbal, pues así se contempla en el artículo 250.13 LEC, que incardina en este procedimiento las demandas que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código civil, sustanciándose el juicio con las peculiaridades dispuestas en el Capítulo I del Título I del Libro IV LEC.

Según ha resuelto el Tribunal Supremo para salvaguardar el interés de los menores, entendiendo aplicable el artículo 769.3 LEC, la competencia territorial la tienen los juzgados del domicilio de ambos progenitores, y si residen en partidos judiciales distintos, a elección del demandante bien el del domicilio del demandado o el de residencia del menor.

Una cuestión que no es baladí es la necesidad de demandar a ambos progenitores (aunque uno de ellos esté de acuerdo), pues se realiza una pretensión que atañe a la patria potestad, de la que son titulares los dos. En este sentido, la SAP A Coruña, sección 4, número 234/2006, de 18 de mayo de 2006, (Id Cendoj 15030370042006100274), apreció la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandado el padre del menor siendo la patria potestad compartida.

Si establecido el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, se viera perturbado, podrían invocar su cumplimiento a través de la demanda ejecutiva correspondiente.

Siendo la relación abuelos-nietos una situación menos tratada doctrinal y jurisprudencialmente, cabría preguntarse si al igual que hemos comentado en el caso del incumplimiento del régimen de visitas entre progenitores, los abuelos podrían solicitar indemnizaciones por gastos o por daño moral, cuestión sobre la que no existen resoluciones accesibles en bases de datos.

VI. CONCLUSIONES

I. El derecho de visitas o derecho de relación, trata de garantizar que tras la crisis de pareja y la quiebra de la convivencia, los menores sigan manteniendo una relación adecuada para su desarrollo con sus progenitores. Se configura como un derecho-deber de carácter personalísimo, irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y subordinado al interés de los hijos.

II. Tras la despenalización de las faltas, únicamente podrá perseguirse penalmente el incumplimiento del régimen de visitas como delito de desobediencia a lo establecido en la resolución judicial (si se dan todos los requisitos que exige el art. 556 CP), y únicamente en casos excepcionales podrá incardinarse en el artículo 226 CP.

III. En el orden civil, pueden prevenirse los incumplimientos introduciendo medidas que aseguren su efectividad en la sentencia, siendo el cauce procesal oportuno cuando se produce un incumplimiento el procedimiento de ejecución del artículo 776 LEC. Dicho artículo contempla la imposición de multas coercitivas al progenitor que incumpla de forma reiterada el régimen de visitas o incluso la modificación del régimen de guarda y custodia. También es posible reclamar la compensación de las visitas perdidas por el incumplimiento o una indemnización por la pérdida de esas visitas.

IV. El Código civil garantiza el derecho de relación de los nietos con sus abuelos, pudiendo invocar estos dicho derecho a través del juicio verbal (art. 250.13 LEC), siendo necesario demandar a ambos progenitores.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SAP Madrid 560/2012, de 20 de julio. (Id Cendoj 28079370222012100499).
- STC 172, de 22 de diciembre de 2008, recurso de amparo número 4595/2005.
- SAP Madrid, sección 22, número 749/2017, de 10 de octubre de 2017 (Id Cendoj 28079370222017100708).
- SAP Salamanca, sección 1, número 35/2000, de 30 de marzo de 2000 (Id Cendoj 37274370012000200023).
- STS, Sala 1, número 823/2012, de 31 de enero de 2013.
- STS, Sala 2, número 870/2015, de 19 de enero de 2016 (Id Cendoj 80791200 12016100010).
- STS, Sala 2, número 1615/2003, de 1 de diciembre de 2003.
- Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 3, número 941/2017, de 5 de septiembre de 2017 (Id Cendoj 24089370032017200937).
- SAP Barcelona, sentencia 668/2012, de 13 de noviembre (Id Cendoj 080193 70182012100624).
- SAP Álava (sede Vitoria-Gasteiz), sección 2, número 92/2006, de 20 de abril (Id Cendoj 01059370022006100046).
- Auto de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 1, número 131/2018, de 12 de junio de 2018 (Id Cendoj 17079370012018200115).

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, número 11/2018, de 17 de enero de 2018.
- Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4, número 450/2005, de 1 de septiembre de 2005 (Id Cendoj 50297370042005200101).
- AAP de Barcelona, sección 12, número 64/2007, de 27 de febrero de 2007 (Id Cendoj 08019370122007200110).
- SAP de Málaga, sección 5, número 167/1999, de 17 de marzo de 1999 (Id Cendoj 29067370051999100107).
- SAP Madrid, sección 22, número de recurso 655/1997, de 13 de febrero de 1998 (Id Cendoj 28079370221998100524).
- SAP Murcia, sección 1, número 43/2001, de 30 de enero de 2001 (Id Cendoj 30030370012001100184).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, número 141/2014, de 25 de febrero de 2014 (Id Cendoj 08019370122014100100).
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, número 122/2005, de 14 de junio de 2005 (Id Cendoj 08019370122005200147).
- SAP Valencia, sección 10, número 131/2007, de 27 de febrero de 2007 (Id Cendoj 46250370102007100286).
- AAP Madrid, sección 22, número 96/2010, de 22 de marzo de 2010 (Id Cendoj 28079370222010200092).
- STS de 22 mayo 1995, Sala de lo Civil, número 474/1005, (Id Cendoj 28079110011995101460).
- STS de 31 de mayo de 2000, Sala de lo Civil, número 533/2000 (Id Cendoj 28079110012000102126).
- STS, Sala de lo Civil, número 521/2008, de 5 de junio de 2008 (Id Cendoj 28079110012008100488).
- SAP Cádiz, sección 2, número de recurso 220/2001, de 8 de abril de 2002 (Id Cendoj 11012370022002100264).
- SAP Valencia, sección 11, número 89/2006, de 20 de febrero de 2006 (Id Cendoj 46250370112006100097).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, número 8/2005, de 17 de enero de 2005 (BOE número 41, de 17 de febrero de 2005).
- Auto de la Audiencia Provincial de Logroño, sección 1, número 34/2018, de 13 de marzo de 2018 (Id Cendoj 26089370012018200157).
- STS, Sala de lo Civil, número 346/2016, de 24 de mayo de 2016 (Id Cendoj 28079110012016100343).
- STS, Sala de lo Civil, número 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 (Id Cendoj 28079110012016100528).
- STS, Sala de lo Civil, número 638/2016 de 26 de octubre de 2016 (Id Cendoj 28079110012016100606).
- STS, Sala de lo Civil, número 823/2012, de 31 de enero de 2013 (Id Cendoj 28079119912013100002).
- STS, Sala de lo Civil, número 477/1996, de 11 de junio de 1996 (Id Cendoj 28079110011996101557).
- STS, Sala de lo Civil, número 632/2004, de 28 de junio, (Id Cendoj 28079110012004100592).
- STS, Sala de lo Civil, número 576/2009, de 27 de julio de 2009, (Id Cendoj 28079110012009100562).
- SAP A Coruña, sección 6, número 42/2008, de 12 de febrero de 2008, (Id Cendoj 15078370062008100059).

- SAP Madrid, sección 22, número 616/2013, de 19 de julio de 2013, (Id Cendoj 28079370222013100598).
- SAP Barcelona, sección 12, número 863/2012, de 20 de diciembre de 2012, (Id Cendoj 08019370122012100783).
- SAP Baleares, sección 4, número 172/2011, de 17 de mayo de 2011, (Id Cendoj 07040370042011100182).
- SAP Sevilla, sección 2, número 251/2010, de 18 de junio de 2010, (Id Cendoj 41091370022010100402).
- SAP A Coruña, sección 4, número 234/2006, de 18 de mayo de 2006, (Id Cendoj 15030370042006100274).

VIII. MBIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA SANMARTÍN, M. (2014). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Madrid: Dykinson.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2007). La ejecución forzosa de obligaciones de hacer y entregar cosa determinada en los procesos de familia y menores. En A. Saravia González, J. J. García Criado (dir.), *La jurisdicción de familia: especialización, ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Madrid: CGPJ.
- HERRANZ GONZÁLEZ, A. (2015) Repercusión de los incumplimientos sobre guarda y custodia tras la reforma del Código Penal. *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 104-119.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. (2002). *Los menores en el derecho español*. Madrid: Tecnos.
- Documento Marco de Mínimos Para Asegurar la Calidad de los Puntos de Encuentro Familiar, aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directoras y Directores Generales de Infancia y Familias el 13 de noviembre de 2008, publicado por el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte (en línea), disponible en <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/2009-marco-minimos-asegurar-calidad-pef.pdf>.
- MORENO VELASCO, V. (2009). La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas. *Diario La Ley*, 28 de abril de 2009, 10-13.
- ORTUÑO MUÑOZ, P. (2013). La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial (comentario a los arts. 233-13 y 236-3 CCCat). *Revista SEPIN*. SP/DOCT/18072.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000). Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo). *Derecho privado y constitución*, núm. 14.
- ROMERO COLOMA, A. M. (2010). *Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*, Madrid: Reus.
- ROMERO GONZÁLEZ, R. (2009). Algunos problemas en torno a la guarda y custodia de los menores: los puntos de encuentro familiar. III Congreso sobre violencia doméstica y de género, Madrid, 21 y 23 de octubre de 2009 (en línea). Disponible en www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/DOCTRINA/FICHERO/Romero%2520Gonzalez,%2520Ruth_1.0.0.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clk&gl=es.
- SANTANA PÁEZ, E. (2014). El interés del menor: relaciones con abuelos, padres y allegados (en línea). Disponible en www.elderecho.com/tribuna/civil/interes_del_menor_11_712180002.html.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2012). Responsabilidad por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos. En: J. R. De Verda y Beamonte (coord.) *Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares*, Cizur Menor: Aranzadi SA, 358-362.