

EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITA DESDE EL
ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular Acreditada

Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITAS.—III. EL DERECHO DE VISITAS COMO NEXO QUE PERMITE LA CONTINUIDAD O REANUDACIÓN DE LA RELACIÓN MATERNO O PATERNO FILIAL.—IV. NEGATIVA DE LOS MENORES A ACEPTAR LA VISITA DE SU PROGENITOR.—V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO DE VISITA.—VI. LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR Y EL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS.—VII. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS PRODUCIDOS POR EL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO O INCUMPLIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de visita está configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho —deber otorgado al padre no custodio tras la ruptura matrimonial o de pareja—. El artículo 94 del Código Civil indica que el progenitor no custodio de los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, de comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía¹, y el artículo 160 del Código Civil nos recuerda que «el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores...».

Derecho presidido por el principio del *beneficio o interés superior del menor* sobre cualquier interés legítimo que pueda concurrir. Así se deduce del artículo 39.2 CE, de los artículos 1, 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, y lo establecen la Convención sobre los Derechos de la Infancia, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas², así como la Resolución de 29 de mayo de 1967, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas³. Sin olvidarnos del Convenio de La Haya, de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

¹ Así el derecho de visita comprende el de *comunicación* (por cualquier vía, como el teléfono, internet, correspondencia, etc.), el de *visitas* (una serie de horas al día en el lugar que se señale, en su caso) y el de *estancias* (referido a la posibilidad de que el progenitor no custodio podrá tener a los hijos consigo más de un día con pernocta, de tal manera que los hijos van a vivir con él, algunos fines de semana o periodos vacacionales).

² En su artículo 3.1 recoge el principio general del interés superior del menor, como premisa máxima a tener en cuenta por todas las instituciones, autoridades administrativas u órganos legislativos respecto de las medidas concernientes a la infancia.

³ Que señala que «en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial, y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de los mismos...».

La finalidad de este derecho no es satisfacer los deseos de los progenitores sino el interés y las necesidades afectivas y materiales de la prole, de modo que las visitas están condicionadas en todo momento a que resulten beneficiosas para el menor. Por ello, el artículo 94-2.º del Código Civil indica que *«el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial»*.

Lo mejor para los menores es tener una relación lo más amplia posible, constante y fluida con sus progenitores, siempre que estos lo traten de forma adecuada a su edad y necesidades.

Sin olvidar que el régimen de visitas puede modificarse siempre pensando en el beneficio de los hijos *en caso de alteración de las circunstancias cuyos requisitos suelen ser sustanciales, objetivos que supongan la aparición de hechos o situaciones nuevas y de algún modo imprevistas, con un grado de permanencia en el tiempo, acreditada por la parte que la hace valer y consistir en acontecimientos ajenos a la voluntad del cónyuge en el instante de la modificación*.

Además, como veremos a continuación, no procede dejar sometido únicamente a la voluntad de los hijos el ejercicio de este derecho, ni tampoco dejarlo al libre albedrío de una de las partes⁴.

II. EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITAS

El Derecho de visitas surgió con la Ley de divorcio y la reforma en Derecho de Familia producida por la Ley de 1981. Durante estos años ha ido evolucionando tanto el contenido como la visión interna y externa del derecho de visitas del no conviviente.

El contenido de esta figura inicialmente se planteó como la necesidad de mantener una relación por parte del padre que generalmente no tenía la guarda y custodia de los hijos tras la separación o divorcio, pues en los primeros tiempos —casi de manera automática— se otorgaba la guarda y custodia a la madre y el derecho de visita al padre. Con la creación y evolución hacia la guarda y custodia compartida, los derechos de ambos progenitores y de la sociedad en general maduran.

CARRETERO SÁNCHEZ⁵, ya señaló en 1994 la necesidad de cambio en la institución del derecho de visita, donde puso de relieve como en esos años, hace ya una década, servía para «que los cónyuges cuyo matrimonio se ha roto transmitan su mutuo rencor a los hijos menores a quienes utilizan como arma arrojadiza contra el cónyuge contrario, de manera que quienes son verdaderamente las víctimas de su fracaso sufren todavía más las consecuencias del mismo como si fuesen una mercancía de intercambio, con los consiguientes graves traumas que pueden hacerse irreversibles al llegar a la madurez».

A fin de evitar dicha situación, CARRETERO recalcó la importancia de la SAP de Cáceres, de 16 de diciembre de 1989, que dijo del derecho de visita que «tiene por finalidad establecer relaciones de carácter más estable de los progenitores con sus

⁴ Vid. IGLESIA MONJE, María Isabel DE LA, «Alteración del régimen de visitas de los progenitores», en *RCDI, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 712, págs. 925-931 - Vlex: 57716912.

⁵ CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, «El nuevo planteamiento del derecho de visita», en *Diario La Ley*, 1994, págs. 1020, tomo 2, Editorial LA LEY.

hijos, permitiendo la estancia y convivencia de los mismos durante algún tiempo, y que se manifiesta como una facultad de la que no puede ser privado uno de los padres por el hecho de que no le haya sido otorgada la custodia y guarda de los hijos menores, al ser un derecho que, sólo excepcionalmente y en atención a razones fundadas, puede ser limitado, debiendo los Tribunales proceder a la determinación de su contenido, en cada supuesto concreto».

Hoy el contenido se ha visto ampliado, y lo que es más, reconocido por el legislador e incluso impuesto por el fruto de las resoluciones judiciales. No hay una vía solo de comunicación o de visita durante determinados días, o en determinados momentos sino que se requiere la participación activa del no custodio en la formación, educación y bienestar del hijo. Su implicación debe ser total.

III. EL DERECHO DE VISITAS COMO NEXO QUE PERMITE LA CONTINUIDAD O REANUDACIÓN DE LA RELACIÓN MATERNO O PATERNO-FILIAL

Hemos indicado como es importante evitar la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos. Según la jurisprudencia, amplía en este sentido, del que sólo recogemos una muestra, se resalta que el derecho de visitas del progenitor no custodio constituye no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores.

En este sentido, la STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de febrero de 1992⁶, señaló que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales. Este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales prevenidas para los supuestos de separación, nulidad y divorcio, así como en la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala, que «es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad».

Y, continuando en la misma línea, la más cercana en el tiempo, sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 16 de enero de 2012, aclara la naturaleza jurídica del derecho de visitas del progenitor no custodio, indicando que es un derecho derivado del derecho general de relacionarse los padres con sus hijos (arts. 39-1 y 39-3 CE), y «dada la naturaleza de la materia, las resoluciones sobre el *ius visitandi* no producen cosa juzgada, siendo clara su provisionalidad». En este sentido, el principio de buena fe debe presidir este derecho junto con la natural colaboración de ambos progenitores, correspondiendo al Juzgador,

⁶ La STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de febrero de 1992. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2944/1992. Continuación de la guarda del menor por los abuelos maternos tras el fallecimiento de la madre, pues la patria potestad debe atemperarse al interés de los hijos en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española. Es un derecho-deber que en determinados supuestos puede suspenderse, y aun extinguirse, por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Nos recuerda la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, que en su artículo 9 permite a los Tribunales decretar la separación del niño de los padres cuando conforme a ley sea necesaria.

en defecto de acuerdo de los cónyuges, decidir sobre ello, atendiendo a la edad del menor, su salud, las razones de escolaridad y todos aquellos factores que se consideren beneficiosos para el mismo.

En este sentido y a la vista del artículo 160 del Código Civil, «se viene considerando por la doctrina y jurisprudencia al derecho de visita, no como un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene sólo por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado»⁷.

En resumen, no procede limitar el contacto de los hijos con los progenitores que no ostentan su custodia cuando no concurren razones serias justificativas, de entidad bastante y debidamente probadas que lo aconsejen, sin perjuicio de que en caso de constatarse la voluntad de no cumplir dicho régimen, pueda ser modificado y reducido por el cauce procesal adecuado.

IV. NEGATIVA DE LOS MENORES A ACEPTAR LA VISITA DE SU PROGENITOR

En los casos de conflicto es habitual que los jueces de familia tengan en cuenta los informes de los equipos técnicos, pues hay que garantizar siempre el *favor filii*, y consecuencia de ello surge la necesidad de mantener la vinculación de los menores con sus dos progenitores a fin de *alcanzar un adecuado desarrollo integral de los mismos*.

En el caso de que la decisión de los menores para aceptar o no la visita de su progenitor sea negativa, los jueces buscarán como solución seguir un proceso de terapia familiar en los servicios de Salud Mental como alternativa al cese del régimen de visitas. Es lo que ocurre en la SAP de Palencia, de 8 de noviembre de 2012⁸. En dicha sentencia el régimen de visita de los hijos establecido a favor de la madre que hasta ahora se venía celebrando en el local que la entidad Aprome y que resultaba conflictivo, es sustituido por la libre voluntad de los menores

⁷ SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 16 de enero de 2012, recurso 417/2011. Ponente: José Ramón NAVARRO MIRANDA. Número de sentencia: 22/2012. Número de recurso: 417/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10237/2012.

⁸ SAP de Palencia, de 8 de noviembre de 2012, recurso 325/2012. Ponente: Ignacio Javier RAFOLS PÉREZ. Número de sentencia: 285/2012. Número de recurso: 325/2012. Jurisdicción: CIVIL. *Diario La Ley*, núm. 8049, Sección Jurisprudencia, 22 de marzo de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 189061/2012. Improcedencia de la suspensión del régimen de visitas de los hijos establecido a favor de la madre y su sustitución por la libre voluntad de los menores para decidir si aceptan la visita de su madre. Los informes de los equipos técnicos ponen de relieve que, pese a las relaciones conflictivas, es necesario mantener la vinculación de los menores con sus dos progenitores a fin de alcanzar un adecuado desarrollo integral de los mismos. Solución alternativa al cese del régimen de visitas consistente en seguir un proceso de terapia familiar en los servicios de Salud Mental.

Al mismo tiempo, por ambos equipos técnicos se ofrece una alternativa cual es la de seguir un proceso de terapia familiar en Salud Mental que puede ser de difícil éxito, pero que, en cualquier caso, debe ser intentado como última solución antes de rendirse a una solución, el cese del régimen de visitas, que supone no solo cercenar un derecho de la madre sino, lo que es más importante, no amparar debidamente el derecho de los menores que se verán afectados por un déficit afectivo y emocional que les supondrá la ausencia de relación y de referente de la figura materna.

para decidir si aceptan la visita de su madre, decisión que deberá venir apoyada por el padre quien deberá prestar su colaboración.

Si se acordase la supresión del régimen de visitas se pondría en «entredicho los dos principios en que debe asentarse el régimen de visitas entre los hijos y el progenitor no custodio. El primero y esencial, que las decisiones que se adopten han de estar presididas por el *principio del beneficio o interés superior del menor* sobre cualquier interés legítimo que pueda concurrir».

Continúa la sentencia indicando que el segundo, complementario del anterior, se centra en que ese régimen de visitas ha de permitir la continuidad o reanudación de la relación materno o paterno-filial, «evitando la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos».

La necesidad de mantenimiento de las visitas no se plantea solo desde un plano teórico, sino que tanto el equipo psicosocial como los técnicos de Aprompe ponen de relieve en sus informes la importancia de mantener la vinculación de los menores con sus dos progenitores a fin de alcanzar un adecuado desarrollo integral de los mismos.

La ausencia de relación con la figura materna produciría un déficit afectivo y emocional que les supondrá la ausencia de relación y de referente de la figura materna.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP de La Rioja, de 21 de noviembre de 2012. Que establece la fijación de un régimen de visitas en favor del padre respecto de la hija que siente *terror* hacia él por culpa de la madre. La Sala entiende que no se debe suprimir el régimen de visitas sino tan sólo suspenderlo mientras se adoptan medidas psicológicas que reubiquen el sentimiento de la niña hacia el padre, para después alzar la suspensión e iniciar el régimen de visitas⁹.

⁹ SAP de La Rioja, 384/2012, de 21 de noviembre de 2012. Ponente: Fernando SOLSONA ABAD. LA LEY 194089/2012. *Diario La Ley*, núm. 8052, Sección Jurisprudencia, 27 de marzo de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 1424/2013.

El ponente considera que la restricción o supresión del régimen de vistas a favor de un progenitor ha de ser la excepción a la regla general que consiste en la fijación de un régimen de visitas y relación entre el hijo menor y el progenitor no custodio. Las visitas han de establecerse, salvo que concurren «graves circunstancias» o un «incumplimiento grave y reiterado» de los deberes impuestos en resolución judicial por parte de un progenitor. En la sentencia impugnada se determina que no hay razones para concluir que el progenitor vaya a ser un mal padre o que su relación con la menor la vaya a perjudicar, ni se prueba tampoco que el padre consuma drogas o alcohol. Se resuelve que el pánico o terror que siente la hija hacia el padre no radica en causas objetivas sino en la influencia en la menor por parte de la madre y su entorno.

Cosa distinta es que se valore si concurren otras «graves circunstancias» que, aunque ajenas al padre, sí pudieran justificar una supresión del régimen de visitas, en aras al superior interés del menor, porque lo cierto es que, a la vista del informe psicosocial y la grabación del juicio oral, la hija siente animadversión hacia su padre y hacia la posibilidad de relacionarse con él, debido a la lamentable influencia de la madre.

La Sala concluye, con el fin de *anuar el interés prevalente del menor con los derechos legítimos del progenitor no custodio*, que no debe acordarse la supresión de las visitas, tan sólo su suspensión y adoptarse durante la misma las medidas terapéuticas de tipo psicológico necesarias *dirigidas a reubicar el sentimiento de la niña hacia el padre* para que, cuando ello se logre, pueda alzarse la suspensión e iniciarse el régimen de visitas fijado.

V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO DE VISITAS

El derecho de visitas debe ajustarse al principio general de Derecho que es el del *beneficio o interés superior del menor* sobre cualquier interés legítimo que pueda concurrir. Así resulta de la legislación tanto interna (art. 159 CC¹⁰ y art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor)¹¹, como internacional (art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990)¹².

Principio que ha sido utilizado como argumento de multitud de decisiones jurisprudenciales desde el año 1996 —fecha de publicación de la LO— en diferentes Tribunales y en relación con diferentes temas de fondo relacionados con menores.

La STC, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2008¹³, aclaró que la disforia de género del progenitor no constituye el verdadero motivo de la decisión judicial de restringir el régimen de visitas adoptada en procedimiento de modificación de medidas definitivas. Ésta se justifica, atendiendo al *interés prevalente del menor*, y con base en la prueba pericial psicológica, en el riesgo relevante de repercusión negativa para el desarrollo personal del niño que supone la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre¹⁴.

Sentencia que declara que «el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste»¹⁵.

¹⁰ Artículo 159. 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 oírà, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.

¹¹ Artículo 2. Principios generales. En la aplicación de la presente Ley *primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

¹² Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Artículo 9.3. Los Estados partes respetarán 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*, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

¹³ STC, Sala Primera, número 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, recurso 4595/2005. Número de sentencia: 176/2008. Número de recurso: 4595/2005. LA LEY 198334/2008.

¹⁴ Vid. IGLESIA MONJE, María Isabel DE LA, «Transexualidad y restricción del régimen de visitas», en *RCDI, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 713, págs. 1518-1524 - Vlex: 58031144.

¹⁵ «En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada». Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María («Transexualidad del progenitor y derecho

En referencia al *régimen de visitas de los abuelos*, con gran claridad la STS, de 17 de septiembre de 1996¹⁶, indicó que «el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España».

La STS de 23 de febrero de 1999¹⁷ indica que «es constante la jurisprudencia de la Sala que concibe la institución de la patria potestad “en beneficio de los hijos”. Consecuentemente, si como resulta de la prueba practicada el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio *a fortiori* de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma».

En la STS de 12 de julio de 2004¹⁸ se concreta «la reiterada jurisprudencia de la Sala que concibe la institución de la patria potestad en beneficio de los hijos... Por todo ello no pueden considerarse infringidos los preceptos citados... es el interés superior del menor, el bien jurídico protegido en esta materia, como bien se deriva de la Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y de la Ley de Protección Jurídica del Menor, 1/1996, de 15 de enero y, acreditado éste en autos, no puede ser objeto del recurso de casación».

Últimamente, la STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de enero de 2013, mantiene la guarda de la madre sobre el hijo, pese a impedir durante años que se relacionase con el padre, pese a la solicitud de éste del cambio de la guarda

de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7471, año XXXI, 20 de septiembre de 2010, Ref. D-276, Editorial LA LEY, Abogados de Familia, número 58, Cuarto trimestre de 2010, Editorial LA LEY) quien además indica que «la inestabilidad emocional del progenitor no custodio generó un riesgo relevante para el hijo, lo que justifica la restricción del régimen de visitas, ya que en este tipo de situaciones conflictivas el principio del bienestar del hijo debe ceder ante los derechos de los progenitores y estos han de experimentar un «sacrificio» de sus intereses y legítimos derechos».

¹⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996, recurso 2631/1992. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 2631/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8736/1996.

¹⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de febrero de 1999, recurso 2329/1994. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 2329/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2949/1999. Se recurre la privación de la patria potestad ante el incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales.

¹⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 2004, recurso 1947/2000. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 670/2004. Número de recurso: 1947/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165139/2004.

y custodia del menor atribuida a la madre, a la que se permitió el cambio de residencia a los Estados Unidos de América y que ha impedido durante años el cumplimiento del régimen de visitas del hijo con el padre.

El alto Tribunal considera prevalente el interés del menor con independencia del reproche que se pudiese realizar del comportamiento de la progenitora custodia, pues el menor es vinculado afectivamente con la madre e integrado en la vida del país de residencia, sin que haya quedado justificado el beneficio que para el menor representa el traslado de su lugar de residencia a España y la imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce.

No debemos olvidar la existencia del artículo 776.3 LEC dice que «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».

Esta norma 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 CE. Lo que la norma defiende no es la autoridad de la resolución judicial que la acuerda, sino *el interés de los menores en verse y comunicarse con el progenitor no custodio, evitando que la ruptura del contacto con el hijo, especialmente si este es de corta edad, pueda conducir a una alteración creciente de la relación con su padre*. Sin duda el paso del tiempo puede tener como efecto convertir en definitiva una situación de falta de comunicación, en la medida en que se le priva de estos contactos periódicos y se amenazan estos intereses y derechos que resultan de la relación con sus progenitores.

El ordenamiento jurídico dispone de un arma más beneficiosa para el menor en cuanto no compromete a la madre en actuaciones que a la postre podrían perjudicarle, pero con el efecto disuasorio que pueden producir en aquellos padres que se sintieran tentados a recurrir al secuestro, evitando los abusos y fraudes que se pudieran cometer con motivo del derecho de visitas, están instrumentos como el *Convenio de La Haya, de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* dirigido, entre otros fines, a «velar por que los derechos de custodia y visitas vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes» (art. 1.2).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda en la sentencia de 7 de agosto de 1996¹⁹, que para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento

¹⁹ STEDH de 7 de agosto de 1996 (LA LEY 14117/1996). Sentencia que indica que «en cuanto a la supresión de los derechos parentales y de visitas, la recurrente ha sido privada de sus derechos y de la posibilidad de visitar, ya que su hija ha sido situada permanentemente en un hogar de acogida con vistas a ser adoptada ulteriormente. Estas medidas tenían un alcance particularmente grande en cuanto han privado totalmente a la interesada de una vida familiar con su hija y no se ajustaban a la finalidad de reunir a la madre y a la hija. Tales medidas no deben aplicarse más que en circunstancias excepcionales, y no pueden justificarse respecto al apartado 2 del artículo 8 del Convenio más que si se inspiran en una exigencia primordial que afecte a un interés superior del hijo».

Continúa la sentencia diciendo que «el modo de vida de la recurrente había ya mejorado en alguna manera. Fueron ante todo las dificultades encontradas para aplicar la decisión de retirada de la custodia de su hija las que justificaron desde el punto de vista de las autoridades que la interesada no iba a mostrarse cooperativa y que podía implicar un riesgo

fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio de donde concluye el Tribunal que «el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio»²⁰.

Como precisa la sentencia de 3 de diciembre de 2009, al resolver sobre una demanda del padre por incumplimiento del régimen de visitas por parte del cónyuge custodio, en realidad, el Tribunal Europeo no condenó al otro progenitor sino al Estado alemán. 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 habidos dentro o fuera del matrimonio²¹.

de perturbación de la educación de su hija si se le daba el derecho de visitar a ésta en el hogar de acogida. No se puede sin embargo decir que estas dificultades y este riesgo fuesen de una naturaleza y de un grado tales que dispensaran a las autoridades de la obligación, normal en relación con el artículo 8 del Convenio, de adoptar medidas para reunir a la madre y a la hija, si la primera devenía apta para educar convenientemente a la segunda.

Siendo esto así, el Tribunal no considera que la decisión de 3 de mayo de 1990, en la medida en que privaba a la recurrente de las visitas a su hija y de los derechos parentales respecto de esta, tuviera una justificación suficiente a los fines del artículo 8.2 del Convenio, ya que no se ha demostrado que la medida respondiera a una exigencia primordial afectante al interés superior del hijo.

Por tanto, el Tribunal concluye que las autoridades nacionales han excedido su margen de apreciación y atentado por ello a los derechos garantizados a la recurrente por el artículo 8 del Convenio».

²⁰ STEDH de 13 de julio de 2000 (LA LEY 144430/2000). El Tribunal recuerda, además, que un justo equilibrio debe alcanzarse entre los intereses del niño y los del padre. Se atribuye una importancia particular *al interés superior del hijo que, según su naturaleza y su gravedad, puede sobreponerse al del padre. En particular, el artículo 8.º del Convenio no puede autorizar al padre a tomar medidas perjudiciales para la salud o el desarrollo del hijo.*

En este caso, el Tribunal destaca que las jurisdicciones nacionales competentes han rechazado la solicitud por la cual el recurrente pedía un derecho de visita basándose en las declaraciones hechas por el niño en respuesta a las preguntas de un tribunal de distrito cuando tenía la edad de cinco y seis años respectivamente, y que han tomado en cuenta las relaciones mantenidas entre los padres considerando que no importaba saber cuál era el origen de las tensiones entre ellos, y que han concluido que una reanudación de los contactos sería nocivo para el hijo.

²¹ STEDH, Sección 1.ª, de 3 de diciembre de 2009, recurso 22028/2004. Número de recurso: 22028/2004. (LA LEY 326430/2009). Caso Zaunegger contra Alemania. Denegación al recurrente de la custodia compartida de su hija, nacida fuera del matrimonio. Disposiciones legales que dan lugar a una diferencia de trato entre los padres de los niños nacidos dentro y fuera del matrimonio. Los tribunales alemanes rechazaron la petición del demandante para la custodia conjunta de su hija porque según el Código Civil alemán, en ausencia de una declaración sobre la custodia compartida por ambos padres, la madre asume la custodia exclusiva. En consecuencia, como no hubo una decisión alternativa posible en virtud de la legislación nacional, los tribunales nacionales no examinaron si la concesión de la custodia compartida pondría en peligro el bienestar de la niña, o si por el contrario, sería en el mejor interés de ella. No existe una razonable relación de proporcionalidad entre la exclusión general de la revisión judicial de la atribución inicial de la custodia exclusiva a la madre y el objetivo perseguido, a saber, la protección de los intereses de un niño nacido fuera del matrimonio. Hubo, por tanto, una violación del artículo 14 de la Convención, junto con el artículo 8.

Pero retomando la sentencia del TS, de 31 de enero de 2013, se justifica la medida adoptada porque considera que el artículo 776 es una concreción del concepto jurídico indeterminado *del interés superior del menor*, y así puede ser; ciertamente, pero no siempre. Es cierto que, sea cual fuere el miembro de la pareja parental con el que conviva el niño, debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque de ambas funciones precisa el niño para un correcto desarrollo emocional. Ocurre, sin embargo, que se han creado unos vínculos muy distintos del menor con el padre que ahora pretenden reforzarse a través de un cambio de custodia que tiene como punto de partida una primera etapa de acercamiento progresivo del padre con su hijo en Pontevedra en el que la madre seguirá con la custodia, lo que exige que tanto éste como su madre se trasladen a España para cumplimentar el régimen de visitas que se establece a favor del padre, y una fase posterior que concluye con la madre residiendo en España con el hijo ya bajo la custodia del padre. La primera parte tiene una duración de dos años. La segunda de cuatro. Una y otra prorrogables, sin que este periodo intermedio de transición hacia el sistema de custodia paterno, a desarrollar en España, ofrezca ninguna garantía de que pueda materializarse en una nueva relación, hasta ahora prácticamente inexistente del padre con su hijo.

Iniciativas de esta clase, con el padre en Pontevedra y la madre y el hijo en Estados Unidos donde están perfectamente integrados desde hace tiempo, no son aconsejables en estos momentos.

Para el menor, dice el voto particular, que se acepta, «supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce»²².

²² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hay tenido ocasión de pronunciarse en los últimos tiempos en supuestos parecidos:

La STEDH, Sección 2.ª, de 17 de mayo de 2011, recurso 33362/2004. Número de recurso: 33362/2004 (LA LEY 91046/2011). Caso Küçük contra Turquía y Suiza. Secuestro internacional de niños. No restitución del hijo del recurrente —titular de su custodia— a Turquía, donde tenía su residencia habitual, por su exesposa tras el ejercicio por ella de su derecho de visita. Adopción por las autoridades de todas las medidas ordenadas para la restitución y retorno del menor sustraído. El hecho de que los procedimientos judiciales, policiales y diplomáticos turcos y suizos no se hayan desarrollado según el deseo del padre y que el interesado no haya obtenido el resultado querido en un plazo más corto, no significa que las autoridades en cuestión hayan permanecido inactivas. Inexistencia de vulneración del artículo 8 del Convenio.

También hay que tener en cuenta la STEDH, Sección 3.ª, de 10 de noviembre de 2009, recurso 1188/2005. Número de recurso: 1188/2005 (LA LEY 254278/2009). Caso R. R. contra Rumanía. Medidas exigibles a las autoridades nacionales en el marco del Convenio de La Haya para hacer efectivo el derecho de visita del padre que no tiene atribuida la custodia del hijo desplazado a otro país. El artículo 8 del Convenio, interpretado a la luz del Convenio de La Haya, no pone a cargo de las autoridades nacionales obligaciones positivas dirigidas al regreso permanente del niño si el interesado no es titular más que de un derecho de visita. Y en el caso, las autoridades rumanas han adoptado todas las medidas para el retorno del niño desde Estados Unidos para reunirse con su padre, y para el ejercicio por el recurrente de su derecho de visita anual de tres semanas, por lo que no existe vulneración del artículo 8 del Convenio.

VI. LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR Y EL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Uno de los mecanismos que se han creado y que resultan imprescindibles para lograr el cumplimiento del régimen de visitas establecido ante la inviabilidad de otras alternativas aptas para su efectividad son los Puntos de Encuentro Familiar (PEF).

Como exhaustivamente demuestra el magistrado GONZÁLEZ DEL POZO²³, «desde su experiencia se utilizan cuando hay orden de alejamiento entre los progenitores o cuando hay malas relaciones entre los progenitores²⁴, o para la implementación de regímenes de visitas tuteladas (y propone como ejemplo: la reanudación de relaciones entre el menor y su progenitor cuando las mismas han estado interrumpidas durante largos periodos de tiempo²⁵, o la existencia de enfermedades de tipo psiquiátrico, alcoholismo, toxicomanías o adicciones en el progenitor custodio que, por el estado en que se encuentran, generen un riesgo razonable de peligro o daño, físico o psíquico, para el menor con ocasión de las visitas²⁶ o, en caso de padres con enfermedades mentales²⁷ o en los supuestos, no comprobados,

²³ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento», en *Diario La Ley*, núm. 6998, Sección Doctrina, 28 de julio de 2008, año XXIX, Ref. D-238, Editorial LA LEY. LA LEY 38862/2008.

²⁴ La eliminación de enfrentamientos entre los progenitores favorece, por sí sola, las relaciones del menor con el no custodio, como dice la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, sentencia de 8 de febrero de 2007, recurso 552/2005. Ponente: Fernando VALDÉS-SOLÍS CECCHINI. Número de sentencia: 106/2007. Número de recurso: 552/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 19818/2007) para mantener la entrega del menor en el punto de encuentro («puede favorecer la relación paterno-filial al evitar nuevos enfrentamientos entre los progenitores...»).

²⁵ El AAP de Málaga, Sección 6.ª, de 16 de febrero de 2006, resolución 38/2006, recurso 68/2006, ponente: Soledad JURADO RODRÍGUEZ, deniega al padre el despacho de ejecución de sentencia solicitada para comunicar con su hijo de diez años, al que no veía desde los tres, con el argumento de que esa 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». Auto citado por GONZÁLEZ DEL POZO.

²⁶ La SAP de Lugo, Sección 1.ª, de 19 de diciembre de 2006, resolución 416/2006, recurso 454/2005, ponente: María José RUIZ TOVAR, Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 242773/2006) revoca el régimen de visitas ordinario concedido en primera instancia a un padre que padecía alcoholismo crónico y establece un régimen de visitas controladas en un punto de encuentro familiar durante dos horas los sábados y domingos, con posibilidad de ampliar las mismas e incluso autorizar su desarrollo fuera de dicho punto a la vista de la evolución positiva de los informes siempre con las debidas garantías de seguridad para la menor. La fijación de este régimen se razona así:

«...El alcoholismo crónico del padre no hace aconsejable que recoja o lleve a la menor o esté a solas con la misma, por muy buenas relaciones que Daniela (siete años en la actualidad) haya podido tener con los abuelos paternos (...). El médico forense y la psicóloga recomendaron que las visitas se realizaran en el punto de encuentro, “dada a imprevisibilidad de do seu comportamento, en relación a o seu hábito alcohólico e o ofecemento dun modelo parental pouco adecuado”. Véase, igualmente, el tiempo transcurrido sin ver la menor a su progenitor...».

²⁷ En la sentencia del Juzgado de 1.ª instancia, número 24 de Madrid, de 5 de enero de 2007, dictada y citada por GONZÁLEZ DEL POZO, en los autos de modificación de medidas

de denuncia de maltrato o abuso sexual cometidos sobre el menor por parte del progenitor no custodio, o cuando hay malas relaciones entre el progenitor no custodio y el menor) siempre con la finalidad de instaurar un régimen progresivo iniciado con visitas tuteladas²⁸, o como elemento de preconstitución de prueba en caso de incumplimientos reiterados del régimen de visitas por parte del progenitor custodio, o donde tienen lugar las visitas de los abuelos u otros parientes cuando el progenitor de su línea tiene suspendido o restringido el régimen²⁹, o finalmente, ante el riesgo de sustracción internacional del menor por el progenitor no custodio aprovechando los periodos en que le corresponde tener consigo al menor en cumplimiento del régimen de visitas y estancias establecido».

VII. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS PRODUCIDOS POR EL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO O INCUMPLIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Si el progenitor no custodio incumple o cumple defectuosamente su obligación se está produciendo un *daño* al hijo. Daño que debe ser reparado vía indemnización de daños y perjuicios (art. 1902 CC)³⁰.

Hasta ahora la doctrina³¹ había considerado un *incumplimiento* al derecho de visita, por ejemplo, «el no acudir a buscarle los días establecidos (en el convenio)».

número 489-2006, se discutía el régimen de visitas de que debía disfrutar un padre no custodio que tenía diagnosticada esquizofrenia paranoide. La sentencia de separación en el año 2002 y posteriormente la de divorcio en 2004 habían establecido a favor del padre un régimen de visitas limitado, a desarrollar en un PEF, de forma controlada. Los motivos que fundamentaban, dada la personalidad agresiva del padre por entender que debía prevalecer en todo caso el derecho de los menores a la seguridad y este limitado régimen de comunicaciones paterno-filiales, residían, de un lado, en la personalidad agresiva del padre, y, de otro, en la posibilidad de que sufriera accesos o recaídas graves en la enfermedad de esquizofrenia paranoide que le había sido diagnosticada, en relación con las cuales la salida de los menores del Punto de Encuentro podía suponer un elemento nuevo y sorpresivo, que supone cierto riesgo dada la psicosis paranoide que sufrió el padre.

²⁸ Suelen establecerse tras largos periodos de incomunicación del menor con el progenitor no custodio, «El Auto de la AP de Barcelona, Sección 12.ª, Auto de 12 de abril de 2005, recurso 859/2004. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 66/2005. Número de recurso: 859/2004. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 80329/2005), acuerda el establecimiento de una relación progresiva de un menor de doce años, con su padre, en presencia permanente de un psicólogo para garantizar la estabilidad emocional de aquél, al haberse constatado que la madre de manera reiterada había venido ejerciendo una nefasta influencia sobre el menor con el fin de desdibujar la figura paterna».

²⁹ En la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, número 24 de Madrid, de fecha 28 de diciembre de 2005, dictada y citada por GONZÁLEZ DEL POZO, en el juicio verbal 251/2005, se denegó el establecimiento de un régimen de visitas a favor de la abuela paterna respecto de un menor de catorce años, al rechazar abiertamente éste todo contacto con su abuela paterna y existir un situación de grave enfrentamiento e incomunicación entre las familias materna y paterna del menor, y manifestar éste un serio rechazo hacia la figura del padre, que tenía suspendidas las comunicaciones con su hijo.

³⁰ La LEC prevé, en su artículo 773.3.º, las consecuencias jurídicas de los incumplimientos, estableciendo que «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 del régimen de guarda y visitas».

³¹ ROMERO COLOMA, Aurelia María, «Incumplimientos del régimen de visitas por el progenitor no custodio: problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7550, año XXXII, 19

Y, en cuanto a los *cumplimientos defectuosos* del derecho de visita y comunicación, la doctrina recoge los siguientes: «la mitad de los fines de semana pactados no vaya a buscar al hijo, o vaya tarde, o devuelva al menor a su domicilio habitual después del día o de la hora pertinente, o desatienda al hijo y le deje con otra persona, por ejemplo, con una *canguro* o *au pair* de manera injustificada durante todo, o parte, del tiempo que comprenden las relaciones paterno-filiales».

El artículo 1902 del Código Civil prevé la reparación del perjuicio sufrido y, según MORENO VELASCO³², «es común en la práctica de los juzgados de familia que ante el incumplimiento del cónyuge custodio, el no custodio solicite que se le compense con periodos futuros», solución que considera más acorde con la naturaleza del derecho de visitas, ya que tiene la ventaja de permitir al progenitor no custodio recibir justo de lo que se ha visto privado como compensación al daño moral sufrido³³.

Todo ello, además de los daños morales que se generan consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas³⁴.

de enero de 2011, Ref. D-22, Editorial LA LEY. Abogados de Familia, núm. 60, segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, «Incumplimientos del régimen de visitas y daños morales», en *RCDI. Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, año 2012, núm. 729, págs. 419-432.

³² MORENO VELASCO, Víctor, «La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7163, año XXX, 28 de abril de 2009, Ref. D-149, Editorial LA LEY.

³³ Así el Auto de la AP de Zaragoza, Sección 4.ª, de 1 de septiembre de 2005, recurso 114/2005. Ponente: José Javier SOLCHAGA LOITEGUI. Número de Auto: 450/2005. Número de recurso: 114/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 169169/2005), que dice que «Se estima en parte lo solicitado por la representación de don Lázaro en su escrito de 18 de octubre de 2004, y a la vista de los incumplimientos del régimen de visitas de la parte contraria, se establece que éstas se deberán reanudar el próximo viernes día 12 de noviembre de 2004 a las 18.00 horas; debiendo llevar la madre a las hijas al Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza sin excusa ni pretexto, salvo que las hubiera entregado al padre el fin de semana anterior del 5 al 7 de noviembre; y sin perjuicio de que si se llegare a un acuerdo de las partes, pueda cambiarse el actual Punto de Encuentro por otro más favorable para las hijas».

O el Auto de la AP de Barcelona, Sección 12.ª, de 27 de febrero de 2007, recurso 612/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 64/2007. Número de recurso: 612/2006. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 53815/2007), ejemplo claro del principio de autonomía de la voluntad entre los cónyuges en cuanto al derecho de visita y el incumplimiento del mismo. Al establecerse que: «El régimen de visita fijado en sentencia, ya sea por la aprobación de un convenio entre las partes o con motivo de la presentación de la demanda de divorcio, es de obligado cumplimiento para ambos cónyuges, salvo que de mutuo acuerdo flexibilicen el rigor de los pronunciamientos y alcancen otros acuerdos en beneficio del hijo común. Pactaron las partes la compensación de dos fines de semana para el caso de incumplimiento, que en este caso válida y correctamente se aplica de forma literal».

³⁴ SAP de Cádiz, Sección 2.ª, de 8 de abril de 2002, recurso 220/2001. Ponente: Manuel DE LA HERA OCA. Número de recurso: 220/2001. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 68232/2002), que afirma 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».

Jurisprudencia que excluye el daño moral a las relaciones familiares por ser ajeno al sentido común³⁵.

Más práctico puede resultar el hecho de dar más auge al principio de la autonomía de la voluntad en el propio Convenio Regulador y concreten por pacto el abono de una indemnización para el caso de incumplimiento o cláusula penal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo: «El nuevo planteamiento del derecho de visita», en *Diario La Ley*, 1994, pág. 1020, tomo 2, Editorial LA LEY.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento», en *Diario La Ley*, núm. 6998, Sección Doctrina, de 28 de julio de 2008, año XXIX, Ref. D-238, Editorial LA LEY. LA LEY 38862/2008.
- GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel: «Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, de 1 de octubre de 2010, Ref. D-291, Editorial LA LEY.
- IGLESIA MONJE, María Isabel DE LA: «Transexualidad y restricción del régimen de visitas», en *RCDI, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 713, págs. 1518-1524 - Vlex: 58031144.

³⁵ SAP de Valencia, Sección 11.ª, de 20 de febrero de 2006, recurso 951/2005. Ponente: José Alfonso AROLAS ROMERO. Número de sentencia: 89/2006. Número de recurso: 951/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 87293/2006), declara inaplicable el artículo 1101 del Código Civil: «excluida la aplicación del artículo 1101 del Código Civil, el único título de imputación lo sería por vía del artículo 1902 del Código Civil, y en el presente supuesto no concurren los requisitos configuradores de la culpa extracontractual. De un lado, porque la actitud que el demandante imputa a la demandada como causante de la ruptura de la relación paterno-filial, que la sentencia apelada calificó a título de culpa, no puede estimarse así, ya que responde a un ánimo tendencial, como así se desprende de la demanda, que nada tiene que ver con la culpa o negligencia en que se sustenta el artículo 1902 del Código Civil, y sí con un comportamiento doloso que no tiene encaje en este precepto. De otro lado, porque el resultado producido hay que referirlo a la ruptura de la relación entre el actor y su hija, lo cual hay que darlo por probado por la propia declaración de ésta y por el testimonio de la psicóloga doña María Luisa, pero ello no implica de por sí que se haya producido un daño moral indemnizable: de una parte, porque no se ha acreditado con medio probatorio alguno que dicha situación haya causado un padecimiento o sufrimiento psíquico tal al demandante que le haya causado ansiedad, angustia o un quebranto en su personalidad que sea merecedor de una compensación económica; y de otra parte, porque en dicha ruptura de relación padre-hija no ha sido ajeno el propio actor, cuando en un principio, para la obtención de una separación de mutuo acuerdo, accedió a un nimio régimen de visitas de dos días al mes y, además, en el domicilio de la madre, y cuando, posteriormente, aunque insistió en ver a su hija, no llegó a agotar todas las vías procesales, tanto civiles como penales, para regularizar un efectivo régimen de visitas, construyendo a la madre a su cumplimiento. Pero es que además, hablando de relaciones humanas y sin prueba pericial practicada al caso de que se trata, no puede darse por sentado que el comportamiento negativo y obstativo de la demandada al régimen de visitas, haya sido la única causa de la ruptura de la relación paterno-filial, ya que dicho resultado podría haberse igualmente producido de haberse desarrollado el régimen de visitas con normalidad, pues en las relaciones familiares, y más concretamente en las paterno-filiales son muchos los factores anímicos, emocionales, sentimentales... que influyen en ellas».

- «Alteración del régimen de visitas de los progenitores», en *RCDI. Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 712, págs. 925-931 - Vlex: 57716912.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7163, año XXX, de 28 de abril de 2009, Ref. D-149, Editorial LA LEY.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Incumplimientos del régimen de visitas por el progenitor no custodio: problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7550, año XXXII, de 19 de enero de 2011, Ref. D-22, Editorial LA LEY. Abogados de Familia, núm. 60, Segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY.
- «Incumplimientos del régimen de visitas y daños morales», en *RCDI. Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, año 2012, núm. 729, págs. 419-432.
- «Transexualidad del progenitor y derecho de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7471, año XXXI, de 20 de septiembre de 2010, Ref. D-276, Editorial LA LEY, Abogados de Familia, núm. 58, cuarto trimestre de 2010, Editorial LA LEY.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STEDH, Sección 2.^a, de 17 de mayo de 2011, recurso 33362/2004. Número de recurso: 33362/2004 (LA LEY 91046/2011).
- STEDH, Sección 1.^a, de 3 de diciembre de 2009, recurso 22028/2004. Número de recurso: 22028/2004. (LA LEY 326430/2009).
- STEDH, Sección 3.^a, de 10 de noviembre de 2009, recurso 1188/2005. Número de recurso: 1188/2005. LA LEY 254278/2009.
- STEDH de 13 de julio de 2000 (LA LEY 144430/2000).
- STEDH de 7 de agosto de 1996 (LA LEY 14117/1996).
- STC, Sala Primera, número 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, recurso 4595/2005. Número de sentencia: 176/2008. Número de recurso: 4595/2005. LA LEY 198334/2008.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 2004, recurso 1947/2000. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 670/2004. Número de recurso: 1947/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165139/2004.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de febrero de 1999, recurso 2329/1994. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 2329/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2949/1999. Se recurre la privación de la patria potestad ante el incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996, recurso 2631/1992. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 2631/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8736/1996.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de febrero de 1992. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2944/1992.
- SAP de La Rioja, 384/2012, de 21 de noviembre de 2012. Ponente: Fernando SOLSONA ABAD. LA LEY 194089/2012. *Diario La Ley*, núm. 8052, Sección Jurisprudencia, de 27 de marzo de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 1424/2013.
- SAP de Palencia, de 8 de noviembre de 2012, recurso 325/2012. Ponente: Ignacio Javier RAFOLS PÉREZ. Número de sentencia: 285/2012. Número de recur-

- so: 325/2012. Jurisdicción: CIVIL. *Diario La Ley*, núm. 8049, Sección Jurisprudencia, de 22 de marzo de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 189061/2012.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 16 de enero de 2012, recurso 417/2011. Ponente: José Ramón NAVARRO MIRANDA. Número de sentencia: 22/2012. Número de recurso: 417/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10237/2012.
 - SAP de Lugo, Sección 1.^a, de 19 de diciembre de 2006, resolución 416/2006, recurso 454/2005. Ponente: María José RUIZ TOVAR.
 - SAP de Valencia, Sección 11.^a, de 20 de febrero de 2006, recurso 951/2005. Ponente: José Alfonso AROLAS ROMERO. Número de sentencia: 89/2006. Número de recurso: 951/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 87293/2006).
 - SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 16 de febrero de 2006, resolución 38/2006, recurso 68/2006. Ponente: Soledad JURADO RODRÍGUEZ.
 - SAP de Cádiz, Sección 2.^a, de 8 de abril de 2002, recurso 220/2001. Ponente: Manuel DE LA HERA OCA. Número de recurso: 220/2001. Jurisdicción: CIVIL. (LA LEY 68232/2002).
 - SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 8 de febrero de 2007, recurso 552/2005. Ponente: Fernando VALDÉS-SOLÍS CECCHINI. Número de sentencia: 106/2007. Número de recurso: 552/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 19818/2007).
 - AP de Barcelona, Sección 12.^a, Auto de 27 de febrero de 2007, recurso: 612/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 64/2007. Número de recurso: 612/2006. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 53815/2007).
 - AP de Zaragoza, Sección 4.^a, Auto de 1 de septiembre de 2005, recurso 114/2005. Ponente: José Javier SOLCHAGA LOITEGUI. Número de Auto: 450/2005. Número de recurso: 114/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 169169/2005).
 - AP de Barcelona, Sección 12.^a, Auto de 12 de abril de 2005, recurso 859/2004. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 66/2005. Número de recurso: 859/2004. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 80329/2005).

X. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículo 39 CE (el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia).
- Artículo 159 del Código Civil.
- Artículo 2. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Artículo 776.3 LEC.
- Artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.
- Artículo 1.2 del Convenio de La Haya, de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.
- Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

RESUMEN

DERECHO DE VISITA.
VOLUNTAD DE LOS HIJOS

El derecho de visita se configuró inicialmente como una necesidad del padre que no tenía la guarda y custodia de sus hijos tras la ruptura de la pareja. Paralelamente se detectó la necesidad de establecer relaciones de carácter más estable con los hijos. Desde la perspectiva del padre es una facultad de la que no puede ser privado, y desde la del hijo el ordenamiento prima su interés y su beneficio, pudiendo los tribunales limitar su contenido en cada caso distinto. Preside este derecho el principio de buena fe junto con la natural colaboración de ambos progenitores.

Actualmente su contenido se ha ampliado, ya no solo hay visita y comunicación, sino que se requiere la participación activa del no custodio en la formación, educación y en su bienestar.

ABSTRACT

VISITATION RIGHTS.
THE CHILDREN'S WISHES

At first visitation rights were set up in response to the needs of the parent who is not awarded guardianship and custody of the children in the wake of a break up. In a parallel development, the need for this parent to establish relationships of greater stability with the children was detected. From the parent's standpoint, visitation is an inalienable faculty; from the child's standpoint, the child's interests and benefit come first for the law, and courts may restrict visitation on a case-by-case basis. Presiding over this right is the rule of good faith, together with the natural cooperation of the two parents.

Visitation rights mean more now than they used to. Not only may the parent without custody visit and communicate with the children; he or she is actually required to participate actively in the children's training, education and welfare.