

perfectamente ajustado a derecho que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un «suficiente grado de integración en la sociedad española».

is perfectly lawful for the Spanish authorities to regard someone whose marital status constitutes an attack on the public order in Spain not to have accredited «a sufficient degree of integration into Spanish society».

2. Derecho de familia

ALTERACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS PROGENITORES

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

El régimen de visitas tiene como finalidad facilitar a los hijos el contacto con el progenitor con el que no conviven, 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 favorecer 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, y por ello es recomendable, en principio siempre, que se ejerza con generosidad, adaptándose a las necesidades de los hijos, con la mira puesta en su beneficio.

El derecho de visitas del progenitor no custodia constituye pues 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.

Y siendo tan conveniente y necesario para los hijos el mantenimiento de una comunicación amplia y habitual con los padres, con ambos en igual medida hasta donde sea posible cuando los progenitores no conviven, las medidas de inflexibilidad, de limitación o de restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, sólo deben adoptarse cuando concurran graves circunstancias que así lo aconsejen (art. 94 del Código Civil), que resulten debidamente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo.

La separación de los padres no debe suponer nunca un alejamiento de uno de sus progenitores, sino que deben adoptarse las medidas precisas para que pueda tener análogo grado de relación con ambos progenitores, procurando la misma participación de los dos en todas las actividades y circunstancias de la

vida del hijo común, de tal manera que aunque los padres estén separados, el hijo tenga conciencia de que su relación con ambos es igual, que ambos le cuidan y atienden, que participan en la misma medida en su educación, formación, desarrollo y bienestar, que le dan análoga afectividad y que, no obstante la separación matrimonial, los vínculos paterno-filiales con ambos progenitores son similares.

En definitiva, en unas circunstancias de normalidad de los progenitores, es decir, cuando no haya motivos de personalidad o de cualquier otra índole que alteren el orden normal de las comunicaciones o puedan suponer el temor de un riesgo, peligro o perturbación para el menor, la comunicación de ambos padres con el hijo debe ser extensa, intensa y abundante, compartiendo con él, conviviendo y participando en todos los actos y vicisitudes cotidianos, para lo que es necesario un amplio régimen de comunicación del progenitor no custodio, y no ponerle trabas innecesarias, a fin de que participe en la educación del hijo de un modo total o global, lo que sólo puede conseguirse si la convivencia con el hijo menor se realiza sin restricciones horarias, manteniendo la relación durante las veinticuatro horas de los días que se establezca que hijo y padre no custodio estén juntos.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de julio de 2002, concretó que «el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas en el tiempo, que resulten difíciles de recuperar» (1).

Los artículos 90, párrafo 3.º, y 91 inciso final del Código Civil, establecen la posibilidad de que, a solicitud de los cónyuges o del Ministerio Fiscal habiendo hijos menores o incapacitados, se modifique el convenio regulador judicialmente aprobado en la sentencia de separación o divorcio, así como las medidas judiciales acordadas en defecto de convenio de los cónyuges, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobar la propuesta de convenio presentada por los cónyuges, o, en su caso, al adoptar judicialmente las medidas en defecto de acuerdo de los esposos.

II. MODIFICACIÓN DEL REGIMEN DE VISITAS. SUS REQUISITOS

El régimen de visitas se recoge en el convenio regulador pactado por las partes o, a falta de acuerdo, en la sentencia de separación.

El requisito necesario para que prospere una modificación de las medidas establecidas en el convenio regulador es:

- La concurrencia de una *alteración de las circunstancias* tenidas en cuenta por los esposos o por la autoridad judicial para la fijación de dichas medidas en defecto de acuerdo de los cónyuges.

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 9 de julio de 2002, recurso 482/1997. Ponente: VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso. Número de sentencia: 720/2002. Número de recurso: 82/1997. LA LEY 306/2003. La despreocupación y alejamiento temporal, al menos externo y formal, sin perjuicio de la concurrencia de posibles desavenencias con la madre, no constituye causa suficiente para decretar privación de la patria potestad, ya que tampoco estamos ante un supuesto de desamparo total al menor (sentencias de 5 de octubre de 1987 y 11 de octubre de 1991), razones todas suficientes para el rechazo del motivo.

También se exige que concurren ciertos requisitos en la señalada «alteración de las circunstancias» que:

- Deberá ser *sustancial* y no afectar únicamente a las circunstancias accidentales o de poca entidad (2).
- Deberá ser *objetiva* y *sustancial* de las circunstancias relativas a la fortuna de uno u otro cónyuge o a las necesidades de los hijos, que suponga la aparición de hechos o *situaciones nuevas* y de algún modo *imprevistas*, más allá de las variaciones que pudieran considerarse ordinarias o habituales (3).
- Deberán revestir cierto grado de *permanencia en el tiempo*.
- Deberá resultar debidamente *acreditada por la parte que la hace valer* para obtener la modificación de las medidas acordadas judicialmente, en cuanto hecho constitutivo de su pretensión (art. 217.2 LEC de 2000) (4) y ser acontecimientos *ajenos a la voluntad del cónyuge* en el instante de la modificación (5).

(2) Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, sentencia de 31 de julio de 2006, recurso 167/2006. Ponente: PUEBLA POVEDANO, Antonio. Número de sentencia: 202/2006. Número de recurso: 167/2006. LA LEY 249445/2006. Medidas acordadas mediante convenio aprobado en anterior proceso de separación matrimonial. Las medidas adoptadas fueron en su día objeto de convenio regulador y por tanto libremente pactadas y aceptadas por los cónyuges litigantes, por lo que quedan sujetos a las normas generales que consagran la obligatoriedad de los contratos, de modo que sólo pueden modificarse o alterarse por alteraciones *sustanciales de las circunstancias que existían al tiempo de celebrar el contrato*, debiendo añadirse que esa obligatoriedad no sólo procede del contrato sino de la sentencia que aprobó el convenio regulador.

(3) Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.^a, sentencia de 31 de julio de 2006, recurso 601/2005. Ponente: CONDE NÚÑEZ, Manuel. Número de sentencia: 308/2006. Número de recurso: 601/2005. LA LEY 245440/2006. La modificación de las medidas o efectos secundarios de carácter económico, consecuentes a la separación conyugal o al divorcio, acordados en la sentencia correspondiente, únicamente puede tener lugar cuando, por causas ajenas a la voluntad del solicitante, se produzca una *alteración objetiva y sustancial de las circunstancias relativas a la fortuna de uno u otro cónyuge o a las necesidades de los hijos, que suponga la aparición de hechos o situaciones nuevas y de algún modo imprevistas, más allá de las variaciones que pudieran considerarse ordinarias o habituales*.

(4) Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, sentencia de 8 de marzo de 2007, recurso 1044/2006. Ponente: DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA, José Enrique. Número de sentencia: 154/2007. Número de recurso: 1044/2006. LA LEY 139641/2007. «FJ 2: debe, asimismo, recordarse que, en estos procedimientos, muy especialmente rige la carga de la prueba según la cual todo hecho trascendente en derecho que se quiera hacer valer ante los Jueces y Tribunales, ha de ser objeto de oportuna prueba, sin más excepción que la de tratarse de hechos notorios o que se encuentren favorecidos por alguna presunción legal o hayan sido reconocidos, expresa o tácitamente, por la parte obligada a soportar sus consecuencias, y tal prueba corresponderá a quien del hecho a acreditar pretenda que se derive un derecho a su favor, o, por el contrario, la liberación de una obligación que resulte pactada a su cargo, o la que deba, conforme a derecho, hacer frente; de donde se infiere que el litigante que reclama ha de acreditar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, así como los necesarios para el nacimiento de la acción ejercitada, y su oponente el de los obstativos a la misma, lo que debe ser completado en el sentido de que la prueba incumbe al que afirma y no al que niega, en virtud del principio *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, en tanto que los hechos negativos, salvo excepciones, no son susceptibles de demostración por su propia naturaleza».

(5) La SAP de Álava, dictada el 30 de noviembre de 2005, establece al respecto que «...el actor deberá justificar: que se trate de *hechos de nueva consideración*, surgidos

- Deberán ser hechos nuevos, *surgidos tras el acuerdo judicial* (6).
- La parte que desea la modificación o alteración del régimen puede alegar como causa directa el *empeoramiento de la situación* (7).
- *No* procede dejar sometido únicamente a la voluntad de los hijos (8) el ejercicio de este derecho (9).
- *Ni* tampoco dejarlo al *libre albedrío de una de las partes* (10).

después de la sentencia; que supongan una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de adoptar los efectos; que la alteración revista cierto grado de permanencia en el tiempo; y, que se trate de acontecimientos ajenos a la voluntad del cónyuge instante de la modificación.

(6) Vid. SAP de Álava, dictada el 30 de noviembre de 2005.

(7) Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª, sentencia de 7 de marzo de 2007, recurso 140/2007. Ponente: CALVET BOTELLA, Julio. Número de sentencia: 52/2007. Número de recurso: 140/2007. LA LEY 333612/2007.

(8) La Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, sentencia de 24 de noviembre de 2006, recurso 459/2006 (Ponente: GARCÍA DE YZAGUIRRE, Mónica. Número de sentencia: 489/2006. Número de recurso: 459/2006. LA LEY 212070/2006) señala que no existe ningún interés acreditado de las menores que justifique la alteración del régimen de visitas, *no procediendo el establecimiento de un régimen flexible supeditado a la voluntad de las hijas, en la medida que éstas se encuentran lejos todavía de la mayoría de edad.*

FJ 3.º: «La flexibilidad existe desde el momento en que el régimen de visitas que establece la sentencia de instancia es aplicable en defecto de mutuo acuerdo de los progenitores, quienes podrán en todo momento flexibilizar con el consentimiento de ambos y adaptar a las circunstancias cotidianas y concretas el régimen judicial, teniendo en cuenta, si así lo estiman oportuno, la opinión de las hijas.

Pero no resulta adecuado supeditar la relación del padre con las hijas a la voluntad libérrima de éstas, pues no olvidemos que no tienen diecisiete años ni tampoco una edad próxima a la mayoría de edad, y, además, la relación con el padre ha sido correcta y continuada, pues pese a la separación de hecho de sus padres que dura ya diez años, han visto a su padre todos los días».

(9) Audiencia Provincial de Zamora, sentencia de 19 de octubre de 2007, recurso 210/2007. Ponente: BRUALLA SANTOS-FUNCIA, Luis. Número de sentencia: 214/2007. Número de recurso: 210/2007. LA LEY 273285/2007.

No procede dejar sometido únicamente a la voluntad de los hijos el ejercicio de este derecho, que es, a la vez, una obligación para los progenitores, por lo que se establece a favor de la madre un régimen de visitas más amplio, en orden a conseguir la mejor estabilidad y equilibrio de los menores, eliminándose exclusivamente el derecho de visitas los días intermedios de la semana a la salida del colegio. La madre tiene la obligación de comunicar al otro progenitor o a los hijos cualquier alteración que haya de sufrir su ejercicio por imposibilidad o dificultad de llevarlo a cabo.

(10) Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, sentencia de 10 de octubre de 2007, recurso 379/2007. Ponente: GUERRERO ROMEO, María Mercedes. Número de sentencia: 277/2007. Número de recurso: 379/2007. LA LEY 232628/2007. *No podemos dejar algo tan importante como es el régimen de visitas al libre albedrío de una de las partes que lo que pretende es que no se fije un fin de semana en concreto.* Además, determinar con antelación el fin de semana que corresponden las visitas beneficia no sólo al padre que puede así organizar su trabajo, sino también al menor en sus tareas actividades escolares y extraescolares, e incluso a la madre. Respecto de las vacaciones escolares, debe concluirse que el régimen establecido favorece al padre, toda vez que, si bien la madre no trabaja, también tiene derecho a conciliar su vida familiar con el régimen de visitas de su hijo, máxime teniendo en cuenta que tiene una nueva pareja y otra hija.

- Cuando exista conflictividad entre los progenitores y se ha acordado judicialmente el régimen de visitas, *no podrá modificarse de común acuerdo por los progenitores* (11).
- Y siempre *beneficiosa* para los hijos (12).

III. MODALIDADES DE MODIFICACIÓN

La modificación puede ser de distinta índole, puede referirse a una ampliación del régimen de visitas de un progenitor en el tiempo (13), o a la eli-

(11) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, sentencia de 12 de marzo de 2008, recurso 729/2007. Ponente: VIÑAS MAESTRE, María Dolores. Número de sentencia: 175/2008. Número de recurso: 729/2007. LA LEY 56213/2008. Fijación del régimen denominado ordinario a favor del progenitor no custodio, sin que sea procedente la prohibición de que los progenitores puedan de común acuerdo alterarlo, al tener carácter subsidiario el régimen de visitas fijado judicialmente, pues si bien la conflictividad existente entre ambos progenitores es causa para su determinación, a fin de evitar que la voluntad de uno de los padres se imponga sobre el otro, no obsta a la asunción de acuerdos por los mismos.

(12) Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.^a, sentencia de 24 de octubre de 2000, recurso 390/1999. Ponente: TINTORE LOSCOS, Fernando. Número de sentencia: 510/2000. Número de recurso: 390/1999. LA LEY 191153/2000. La modalidad de régimen de visitas establecido en el convenio regulador aprobado en la sentencia de separación y ratificado en la de divorcio no se considera *beneficiosa para las hijas*, porque otorga a dicho régimen una amplitud excesiva, que se compadece mal con la fijación concreta de tales visitas que exige la estabilidad de la relación paterno-filial en perjuicio de las hijas. Éstas pueden ver alterado, en el momento más inesperado, su normal y cotidiano modo de vida y también de la madre, que no tiene por qué estar obligada a tenerlas continuamente en casa por sí a su padre, cuando lo estime conveniente, se le ocurre ir a visitarlas.

(13) Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, sentencia de 21 de febrero de 2008, recurso 519/2007. Ponente: GUERRERO ROMEO, María Mercedes. Número de sentencia: 58/2008. Número de recurso: 519/2007. Diario «La Ley», número 7079, Sección Reseña de Jurisprudencia, 18 de diciembre de 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY. LA LEY 39259/2008. Lo que se solicita en este procedimiento es la *ampliación del horario de visitas los fines de semana, desde la tarde del viernes a la salida del centro escolar hasta las veinte horas del domingo, y esto en fines de semana alternos*. Sólo se está pidiendo las visitas que corresponden a cualquier padre que vive separado de su cónyuge y que no tiene la guarda y custodia, entendiéndose que en este caso están justificadas por la asistencia permanente que requiere el hijo y el trabajo continuo para la persona que le cuida, no sería justo eximir al padre de esta obligación sólo porque tiene una ocupación que no es su trabajo habitual ni depende de ello para vivir, al progenitor este trabajo le supone una remuneración extra, por lo que no puede ser un obstáculo para no hacerse cargo del hijo mayor. La madre necesita descansar al menos dos fines de semana al mes.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia de 13 de diciembre de 2007, recurso 650/2007. Ponente: JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN, Juan Miguel. Número de sentencia: 764/2007. Número de recurso: 650/2007. LA LEY 283048/2007. *Ampliación del régimen de visitas a favor del padre en cuanto a «puentes» y mitad de vacaciones escolares en atención al fomento de las correctas relaciones entre el padre y sus hijos.*

minación de visitas intersemanales a la salida del colegio (14), o la suspensión durante un periodo de tiempo de las mismas (15).

También la modificación puede referirse respecto a uno de los hijos con necesidades especiales (una ampliación en el régimen de visitas del padre hacia uno de los hijos que es discapacitado) (16).

Por otro lado, si las condiciones personales y patrimoniales de los cónyuges se modifican cualitativamente con una entidad permanente y estable, como puede ser el cambio de residencia originará, a su vez, una modificación en el régimen de visitas establecido (17).

En cuanto a la *forma* de las visitas no debemos olvidar que no puede impedirse a familiares próximos al menor la recogida o entrega del mismo (abuelos, tíos) (18).

(14) Audiencia Provincial de Zamora, sentencia de 19 de octubre de 2007. LA LEY 273285/2007. Se establece a favor de la madre un régimen de visitas más amplio, en orden a conseguir la mejor estabilidad y equilibrio de los menores, *eliminándose exclusivamente el derecho de visitas los días intermedios de la semana a la salida del colegio.*

(15) Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, sentencia de 17 de mayo de 2005, recurso 210/2005. Ponente: BOTE SAAVEDRA, Juan Francisco. Número de sentencia: 199/2005. Número de recurso: 210/2005. LA LEY 110389/2005. *El actor tiene suspendido el régimen de visitas, en virtud de resolución judicial, durante el tiempo que permanezca ingresado en un centro penitenciario.* En la actualidad sigue cumpliendo condena por lo que no se ha producido una alteración sustancial de circunstancias que sólo podrá darse cuando sea excarcelado y por los miembros del equipo psicosocial se observe un cambio sustancial en su conducta y modo de vida. La medida adoptada lo es en beneficio de los hijos.

Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4.ª, sentencia de 25 de septiembre de 2006, recurso 289/2006. Ponente: GELABERT FERRAGUT, Juana María. Número de sentencia: 391/2006. Número de recurso: 289/2006. LA LEY 135791/2006. Se admite el cambio en la situación económica del actor, debido a sus problemas con el alcohol y a la crisis de su empresa, estando en la actualidad jubilado. No existe prueba alguna que acredite que el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre venga motivado por una actuación obstaculizadora de la madre. *Debido al reiterado incumplimiento por parte del actor del régimen de visitas, se acuerda la suspensión del mismo, resultando lo más beneficioso para el menor.*

(16) Vid. Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, sentencia de 21 de febrero de 2008.

(17) Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, sentencia de 12 de septiembre de 2001, recurso 311/2001. Ponente: SELJAS QUINTANA, José Antonio. Número de sentencia: 393/2001. Número de recurso: 311/2001. LA LEY 159482/2001. Para que se reconozca como sustancial una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para adoptar las medidas reguladoras de la crisis matrimonial, se precisa que las condiciones personales y patrimoniales de los cónyuges aparezcan modificadas cualitativa y cuantitativamente y que dichas modificaciones tengan una entidad permanente y estable. Estas circunstancias concurren en el presente caso, en el que *el hijo de los litigantes ha alterado su lugar de residencia, lo que tendrá como consecuencia una modificación en el régimen de visitas establecido.*

(18) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, sentencia de 18 de octubre de 2007, recurso 615/2006. Ponente: VIÑAS MAESTRE, María Dolores. Número de sentencia: 507/2007. Número de recurso: 615/2006. LA LEY 219828/2007. La segunda de las peticiones debe ser estimada por razones obvias, al no concurrir causa alguna que justifique impedir a familiares próximos al menor la recogida o entrega del mismo, considerando con carácter general *beneficioso para el niño la relación con la familia extensa de ambos progenitores.*

RESUMEN

REGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas de los progenitores se recoge en el convenio regulador pactado por las partes o, a falta de acuerdo, en la sentencia de separación. Dicho régimen puede modificarse siempre pensando en el beneficio de los hijos en caso de alteración de las circunstancias cuyos requisitos suelen ser sustanciales, objetivos que suponga 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. 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 partes. Cuando exista conflictividad entre los progenitores y se ha acordado judicialmente el régimen de visitas, no podrá modificarse de común acuerdo por los progenitores.

ABSTRACT

VISITING RIGHTS

Parents' visiting rights are addressed in the regulating agreement set up by the parents upon separation or, if there is no regulating agreement, visiting rights are stipulated in the separation order. With the children's benefit foremost in mind, visiting rights can be changed, but only if there are changes in certain circumstances. These changes must be substantial and objective, must involve the appearance of new and somehow unforeseen facts or situations, must involve the appearance of new and somehow unforeseen facts or situations, must last over time, must be proved by the party petitioning for a change of visiting rights and must consist in events beyond the control of the petitioning spouse. It is not appropriate to leave the exercise of visiting rights subject solely to the children's wishes or the free will of either of the parties. When there is any conflict between the parents and the visiting rights have been declared by a judge, the parents cannot by themselves agree to any change in visiting rights.

1.3. Derechos reales

LA CONSTITUCIÓN TÁCITA DE SERVIDUMBRES,
EN VIRTUD DEL DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE

Los modos de adquisición de las servidumbres los encontramos en la sección 2ª del título VII del Libro segundo del Código Civil, en los artículos 537-542.