



Universidad de Valladolid



Máster de Acceso a la Abogacía

“SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS AL PROGENITOR NO CUSTODIO EN LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS”

Presentado por: Luis Miguel Aparicio Gutiérrez

Tutelado por: M^a José Moral Moro

En Valladolid, a 21 de octubre de 2021.

ÍNDICE

1. ABREVIATURAS	3
2. INTRODUCCIÓN	4
3. CONCEPTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.....	5
4. SUPUESTO DE HECHO	6
5. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	8
6. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	9
6.1 Régimen jurídico de la modificación de medidas, requisitos y materias susceptibles de cambio.....	9
6.2 Procedimiento para la modificación de medidas	12
6.3 El derecho de visita en el Código Civil.....	13
6.4 Posibilidad de suspender o suprimir el régimen de visitas	15
6.5 Derecho de visitas a través del Punto de Encuentro Familiar	21
6.6 Opción de atribución del régimen de visitas a un familiar distinto del progenitor.....	22
6.7 Oposición del progenitor a la atribución del régimen de visitas a otro familiar	23
6.8 Interés superior del menor y derecho a ser oído.....	25
7. CONCLUSIONES.....	29
8. JURISPRUDENCIA.....	33
9. BIBLIOGRAFÍA.....	35

1. ABREVIATURAS

Arts: Artículos

CC: Código Civil

CCAA: Comunidad Autónoma

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LPIA: Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

Pág: Página

PEF: Punto de Encuentro Familiar.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STS: Sentencia Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo

2. INTRODUCCIÓN

Cuando se produce una ruptura del vínculo matrimonial, o de una relación en la que dos personas han estado unidas por una relación de afectividad, hay que tener en cuenta varias cuestiones, y entre ellas la existencia o no de hijos, puesto que habrán de valorarse en su debido momento las consecuencias y medidas que pueden desprenderse con ocasión de esta desavenencia.

Uno de los temas que mayor conflicto genera cuando se disuelve una relación sentimental de pareja, además de los relacionados con el reparto de bienes, es la atribución de la guardia y custodia para el caso en que haya hijos, y en especial cuando estos son menores de edad, puesto que habrá que determinar quién se va a hacer cargo de ellos, y de qué manera, estableciendo si se va a optar por una guardia y custodia compartida, o, por el contrario, por una custodia exclusiva disponiendo un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio.

A lo largo de este dictamen trataré de forma general el tema de la modificación de medidas en el ámbito familiar, regulándose primordialmente en el apartado tercero del artículo 90 del Código Civil, consistiendo en términos generales en llevar a cabo una modificación de aquellos aspectos que hubieran acordado los cónyuges o el Juez en un proceso de divorcio o separación, y de forma más específica, atendiendo al caso concreto, desgranaré lo relativo al régimen de visitas y sus peculiaridades, regulado en el artículo 94 del mismo cuerpo legal.

Asimismo, realizaré un estudio explicando cuándo procede dicha modificación y qué requisitos son necesarios para que pueda prosperar, centrándome especialmente en el supuesto de hecho que más adelante explicaré, analizando cómo puede suprimirse o suspenderse excepcionalmente el régimen de visitas del progenitor no custodio cuando las circunstancias así lo aconsejen, y en todo caso, sea la opción más favorable para los intereses del menor, ya que es el más necesitado de protección.

Finalizaré el presente dictamen con una descripción breve de las conclusiones, así como una exposición de la diferente bibliografía empleada y jurisprudencia aplicable al caso en concreto.

3. CONCEPTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

Con el transcurso del tiempo las situaciones pueden cambiar, y estos cambios, como no podía ser de otra manera, afectan también en el ámbito del derecho. Los hijos habidos en común experimentan cambios, crecen, la vida laboral de los progenitores varía, y en consecuencia, las relaciones afectivas entre los familiares pueden verse perturbadas por todos estos factores y otros muchos más.

Cuando se produce una ruptura matrimonial, y se han adoptado una serie de medidas consistentes en regular diversas situaciones como pueden ser los alimentos que deben percibir los hijos, el uso de la vivienda familiar, la atribución de la guardia y custodia, patria potestad o el pago de una pensión compensatoria, entre otras, el paso del tiempo puede hacer que estas medidas adoptadas en su momento sean inútiles e incluso carentes de sentido común cuando han variado determinados aspectos personales, por lo que habrá que realizar una nueva valoración para adecuar la situación real con medidas que se ajusten a la actualidad.

Las modificaciones de medidas que suelen llevarse a cabo están relacionadas con medidas relativas a la guardia y custodia, modificaciones por cambios en la situación económica, y modificaciones motivadas por cambios en horarios de trabajo o disponibilidad del tiempo, ya que pueden verse variados los contratos laborales de los progenitores, sus horarios o sus salarios, cuestión que ocurre con cierta frecuencia.

En definitiva, las partes pueden solicitar al Juez una modificación de las medidas acordadas en su momento que estimen convenientes, bien hayan sido concretadas en sentencia o bien a través un convenio regulador, motivado principalmente por un cambio de las circunstancias.

4. SUPUESTO DE HECHO

Doña Valeria Sánchez acude a mi despacho debido a la situación de angustia que están padeciendo tanto ella como su hijo, Raúl, menor de edad, fruto de la mala relación con Don Jaime, ex cónyuge de Valeria y padre de Raúl, de 12 años de edad.

En vistas de esta problemática, solicito a Doña Valeria que proceda a explicarme paso a paso y con detalle la situación en la que se encuentran ella y su hijo, y me informe de los acontecimientos que se han producido hasta el día de hoy, por lo que procedo a hacer un informe contextualizando los hechos:

PRIMERO.- Doña Valeria y Don Jaime contrajeron matrimonio civil el 10 de septiembre del año 2007, y fruto de dicho matrimonio nació el hijo menor de ambos llamado Raúl, nacido en Valladolid en fecha 20 de febrero del año 2009, y que cuenta en la actualidad con 12 años de edad.

SEGUNDO.- En fecha 25 de septiembre de 2015 se produce la extinción de dicho matrimonio en virtud de Sentencia de Divorcio, y se aprobó el convenio regulador suscrito por ambas partes, y que, se expresaba que:

- La guardia y custodia del menor se confería a su madre en exclusiva.
- El régimen de visitas, se fija en las tardes del lunes y miércoles desde las 16 horas hasta las 19 horas, siendo el lugar de recogida y entrega del menor por el padre el domicilio del mismo y de su madre.
- La patria potestad del hijo se ejercerá por ambos progenitores.

TERCERO.- Visto que Doña Valeria me informa del otorgamiento en su momento de la custodia exclusiva para ella y el citado régimen de visitas a favor del padre, le pregunto cómo era la relación entre el menor y su padre en ese momento, indicándome que la relación que mantenían era completamente diferente con la existente en la actualidad. Me pone de manifiesto que desgraciadamente, la relación de Raúl con su padre se ha ido deteriorando de manera grave y paulatina, deterioro que se ha visto acentuado por el comportamiento del progenitor hacia el menor ya que el consumo de sustancias estupefacientes han provocado constantes episodios de enfrentamiento, desidia, abandono, etc... del señor Jaime hacia Raúl.

Todo ello llevó, hace más de un año, al menor Raúl a tomar la decisión de no querer volver a tener relación ni estar en compañía de su padre, por la ansiedad, malestar y angustia que todo ello le generaba.,

En el presente supuesto nos encontramos con un menor de 12 años de edad, con una gran madurez, y que en el momento de la fijación del régimen de visitas, la situación era totalmente diferente a la que hoy acontece.

Raúl ha estado siempre bajo la custodia exclusiva de su madre, con un régimen de visitas para el padre, pero la relación con su padre se ha ido deteriorando por la propia actitud del éste hacia el menor.

Así, Raúl ha vivido en primera persona la situación y trato de su padre hacia él, lo que le ha producido un rechazo total debido a múltiples razones, negándose incluso al cumplimiento de las visitas y estancias, de manera coactiva, en el caso en que ello le fuera impuesto, por la situación de angustia generada por la presión ejercida por su padre.

CUARTO.- Una vez escuchada la versión de Doña Valeria, entiendo sin género de duda que existe un frontal y absoluto rechazo del menor hacia su padre, el cual mantiene una postura de beligerancia y discusión constante con el menor, que le genera una situación de angustia y desasosiego, recomiendo a la madre que sería conveniente para Raúl acudir a una consulta con un especialista en psicología con el fin de valorar desde una perspectiva médica el estado en que se encuentra el menor, por si pudiera ser recomendable algún tipo de tratamiento, y en cualquier caso poder acreditar ante el Tribunal mediante el debido informe esta situación.

QUINTO.- Lo cierto es que la posibilidad de una vuelta a la relación con su padre, afectaría seriamente al menor, por lo que indico a la madre que debido al cambio sustancial de las circunstancias respecto de las establecidas en el momento de la fijación de las medidas tomadas en su momento, lo correcto desde mi punto de vista, sería solicitar una modificación de medidas con el fin de suprimir o suspender el régimen de visitas con su padre, aunque le anticipo que dicha medida no es muy común y que, en todo caso, los tribunales la aplican con carácter restrictivo.

5. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

Relatada la situación en el apartado anterior, Doña Valeria plantea las siguientes cuestiones, objeto de este dictamen:

1. Cuáles son los requisitos para poder instar la modificación de medidas acordadas, en su día, mediante el convenio colectivo firmado cuando se produjo la ruptura matrimonial; y, en su caso, cuál sería el camino a seguir por Doña Elvira para poder llevar a cabo dicha modificación.
2. En qué supuestos sería posible suspender o suprimir el régimen de visitas?. Podría ser causa de suspensión del derecho de visita la grave adicción del padre de Raúl a las sustancias estupefacientes?. Influiría en la decisión del Juez, a la hora de fijar esta suspensión, el incumplimiento del régimen de visitas por parte de Doña Elvira y Don Raúl, en el último año, como consecuencia de las malas relaciones con su padre.
3. Durante cuánto tiempo podría llevarse a cabo la suspensión del régimen de visitas y qué medidas sería posible establecer para que Don Raúl tuviera contacto con su padre de forma vigilada.
4. Cabría la posibilidad de atribuir el derecho de visitas que tiene el padre, a favor de la abuela paterna de Don Raúl, con el fin de que éste no pierda relación con esa parte de su familia. Qué sucedería si el padre del menor se opusiera a esta medida.

6. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6.1 Régimen jurídico de la modificación de medidas, requisitos y materias susceptibles de cambio.

Los procedimientos de modificación de medidas son utilizados en España de forma muy habitual, siendo una cuestión muy controvertida.

Doña Valeria debe ser informada antes de iniciar cualquier trámite, de que todo procedimiento de modificación de medidas requiere que efectivamente se haya producido un cambio sustancial respecto a las medidas que se adoptaron, por lo que habrá que realizarse una comparativa entre la situación que había cuando se fijaron las medidas que ahora se desean cambiar y la situación actual.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de enero de 2019¹ indica que ha de comprobarse si realmente ha habido un cambio importante y de cierta entidad y además que dicho cambio tenga una vocación de permanencia, no ser buscado y ser imprevisible para aquella persona que está solicitando la modificación.

Entiendo que esta postura del Tribunal Supremo está encaminada a impedir que los cónyuges puedan favorecerse con la imposición de ciertas medidas y evitar que, con anterioridad, puedan preparar el terreno respecto a los menores y así salir beneficiados, por lo que estos cambios deben producirse de modo natural y no ser artificiosos o provocados.

Por ende, igual que sucede en todos los ámbitos, en el derecho de familia, las circunstancias pueden variar, los hijos crecen, la vida laboral cambia y como se venía anticipando las medidas que se fijaron pueden modificarse, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos.

En primer lugar, las circunstancias desde que se tomaron las medidas deben de haber cambiado. No basta un simple cambio, sino que éste debe ser importante y sustancial.

¹Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2019. Nº 31/2019. Ponente Excmo Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Ese cambio, además, tiene que influir en la futura decisión del juez, es decir, tiene que ser relevante y afectar a las circunstancias que en su momento se tuvieron en cuenta.

Tiene que tener una vocación de permanencia, no puede tratarse de una variación asilada y pasajera, sino que debe tenerse una cierta previsión de que dicha circunstancia perdurará.

Otro de los requisitos a valorar, es que este cambio tiene que proceder de hechos posteriores al procedimiento inicial en el que se adoptaron las medidas, ya que dichos hechos no podrán invocarse en un nuevo procedimiento si ya fueron objeto de debate anteriormente y valorados. Igualmente, el mantenimiento de las medidas debe suponer un grave perjuicio para las partes, en concreto, para aquella que pretende la modificación o para el menor.

En este sentido, a lo largo del articulado del Código Civil, se hacen referencias a estos requisitos, el tenor literal del artículo 91 CC determina que *estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*. El apartado tercero del artículo 90 CC establece que *las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código*.

Asimismo, amplia jurisprudencia², y a modo ejemplificativo la sentencia 508/2011 de 27 de junio del Tribunal Supremo, recoge los requisitos necesarios para que pueda prosperar una modificación de medidas, disponiendo que: *Las medidas acordadas en procesos matrimoniales pueden modificarse si se acredita que se alteraron sustancialmente las circunstancias. De lo que se deduce: 1) que haya existido y se acredite debidamente una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción, 2) que sea sustancial, de tal importancia que haga suponer que de haber existido entonces, se hubieran adoptado otras distintas, al menos en la cuantía, 3) que no sea esporádica o transitoria, sino que presente con caracteres de estabilidad o de permanencia, 4) que la alteración o modificación no haya sido provocada voluntariamente o de propósito para obtener una*

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de mayo de 2019. N° 204/2019. Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 2018. N° 977/2018. Ponente Excmo. Sra. Dña. María del Pilar González Vicente

modificación de las medidas ya adoptadas y sustituirlas por otras que resulten más beneficiosas para el solicitante.

Sensu contrario, debe desestimarse dicha modificación cuando no haya habido un cambio sustancial, ejemplo de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 437/2018, de 19 de diciembre, al establecer que : *La sentencia de instancia ha tenido en cuenta acertadamente el interés superior del menor, pues en la fecha de interposición de la presente demanda, la situación es exactamente la misma, no habiéndose acreditado ninguna alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su día para establecer la última modificación del régimen de visitas, donde se amplió el existente en la sentencia de 2007, no constando en autos si la hija, de 11 años de edad, quiere tener o no comunicaciones telefónicas con el padre, ni que éstas pudieran ser beneficiosas para la menor, y como indica acertadamente el Fiscal, dada la conflictiva relación entre los padres, implicaría perjuicios para la menor, debiendo ponerse de relieve, por otra parte, que cada cierto período de tiempo el actor interpone demanda de modificación de medidas, en este caso, pidiendo un nuevo pronunciamiento como es un régimen de comunicación telefónica, no previsto en ninguna de las resoluciones dictadas en los numerosos procedimientos seguidos, sin haberse acreditado en el presente ninguna alteración sustancial de las circunstancias, por lo que procede la confirmación de la sentencia, con desestimación del recurso.*

Las medidas que pueden ser objeto de cambio son variadas, entre ellas, aquellas que se hayan establecido como medidas definitivas, como determina el artículo 774 LEC, pudiendo ser, a modo enunciativo, la atribución de la guardia y custodia, modificación de pensión de alimentos, de la patria potestad, de la atribución del uso de la vivienda familiar, del régimen de visitas o modificación de la pensión compensatoria, en caso de que se hubiera establecido.

Todos estos requisitos habrán de ser probados ante el Tribunal, correspondiendo la carga de la prueba a la parte actora, en aplicación del artículo 217.2 LEC, cuestión que también han manifestado los tribunales, entre ellos, la Audiencia Provincial de Murcia en Sentencia 400/2011 de 8 de septiembre, afirma que: *Incumbe, en consecuencia, a la parte que pretende tal modificación de medidas, la prueba de esa alteración con las notas y presupuestos que hemos comentado, teniendo en cuenta que en dicha acreditación los Tribunales se muestran especialmente exigentes, ya que este procedimiento no tiene como objetivo una revisión de lo ya resuelto, sino más acertadamente la búsqueda de una acomodación y equilibrio de las medidas económicas a la realidad de la nueva situación existente.*

En sentido similar, se pronuncia la Audiencia Provincial de Cáceres en Sentencia 414/2004, de 18 de octubre, *no basta la mera apelación a la "aplicación de la lógica de las circunstancias del caso" para afirmar como probado un determinado hecho si no se proponen y practican los medios de prueba que brinda la legislación procesal para acreditarlo.*

6.2 Procedimiento para la modificación de medidas

Este procedimiento puede llevarse a cabo bien por vía contenciosa o por la vía del mutuo acuerdo, siendo diferente dependiendo de la opción que se elija.

En cualquier caso, el iter será el mismo independientemente de la situación que tuvieran los progenitores, es decir, ya sean pareja de hecho o matrimonio. El procedimiento para la adopción de medidas³, cuando se trate de resolver cuestiones que afectan a los hijos menores de edad de una pareja de hecho, es el verbal, especial regulado en el artículo 770 LEC, en relación con los artículos 748 a 755 LEC. El tratamiento es exactamente igual tanto si la relación inicial de los progenitores, es matrimonial como si es de carácter extramatrimonial o meramente convivencial. Las medidas que se deben adoptar en caso de rupturas de parejas de hecho con hijos no matrimoniales, son iguales a los casos de divorcio y separación matrimonial, porque la Ley protege del mismo modo a los menores ya sean derivados de una relación matrimonial como de otra en la que no ha existido matrimonio. El interés superior del menor es lo único importante en la Ley a estos efectos.

El artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que: *El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.*

Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.

Por tanto, el procedimiento de mutuo acuerdo o llevado a cabo por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, viene regulado en el artículo 777 LEC y el

³ SANCHEZ VIDANES, C., *Memento familia y sucesiones*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2012, Marginal 1908.

procedimiento contencioso en el artículo 770 del mismo cuerpo legal, mediante el juicio verbal.

Debe tenerse en cuenta que la legitimación para solicitar la modificación corresponde tanto a los cónyuges como al Ministerio Fiscal, en virtud del artículo 775 LEC ya que éste actuará en beneficio de los menores o, en su caso, hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores.

En todo caso, el conocimiento de estos asuntos corresponderá a los jurisdicción ordinaria, no obstante, para el caso de que se interponga una demanda de modificación de medidas que previamente hayan sido acordadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el Pleno del Tribunal Supremo mediante Auto de fecha 14 de junio de 2017 resolvió que sería competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando la demanda de modificación de medidas se interponga en fecha en que el procedimiento penal esté en trámite, es decir, no archivado, sobreseído o finalizado por sentencia absolutoria o de extinción de la responsabilidad penal. Asimismo, el Auto indica que será competente el juzgado de familia cuando la demanda de modificación de medidas se interponga una vez sobreseído o archivado, con carácter firme, el procedimiento penal o cuando al interponerse ya se haya extinguido la responsabilidad penal por cumplimiento íntegro de la pena, y finalmente que el momento concluyente para la determinación de la competencia será la interposición de la demanda de modificación (art. 411 LEC), siendo irrelevante, a efectos de competencia, que el archivo o sobreseimiento de la causa penal se acuerde tras la interposición de la demanda.

6.3 El derecho de visita en el Código Civil

En cuanto al fundamento, naturaleza y caracteres del derecho de visita, GARCIA CANTERO, lo hace derivar del Derecho Natural, y lo califica como un derecho de la personalidad: el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar sus sentimientos hacia otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin; tal derecho puede encuadrarse

entre los de la personalidad y se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación jurídico familiar entre visitante y visitado.⁴

El régimen de visitas o derecho de visita es un derecho que tienen tanto el menor como el progenitor a relacionarse, y compartir su tiempo juntos en el caso de que el progenitor no tenga atribuida la guardia y custodia.

Este derecho está previsto en el Código civil, principalmente en el artículo 94, sentando las bases de cómo ha de regularse este derecho, es decir, la autoridad judicial debe determinar el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores puede ejercitar el derecho a visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.

Además los artículos 160.1 y 161 CC, regulan en el campo de la patria potestad este derecho, siendo extrapolable a todas aquellas situaciones en que no existe convivencia entre el menor y el progenitor.

Como expresa RIVERO HERNANDEZ hay un denominador común, presidido por la personalidad del menor del que son manifestaciones: 1) por una parte, el derecho del menor al libre desarrollo de su personalidad, y la necesidad de proporcionarle un haz de relaciones y vivencias, un entorno humano y afectivo que trasciende lo puramente individual y de simple relación jurídica o biológica, relaciones y entorno que no deben interrumpirse en situaciones excepcionales o de crisis familiar; 2) por otro lado, la relación afectiva que en todos esos casos une al beneficiario con el menor, y que esta institución, y esas relaciones a que da lugar entre los mismos, pretende salvar y proteger en circunstancias adversas para aquella.⁵

La principal finalidad de este derecho pues, redundará en fomentar un entorno adecuado para que el desarrollo y crecimiento del menor no se vea truncado como consecuencia de no convivir con uno de sus progenitores.

⁴ GARCIA CANTERO, G. Comentarios al Código civil y compilaciones forales, Editorial Edersa, citado por MARTINEZ AGUIRRE, C., en , *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, Editorial Edisofer S.L. Libros jurídicos, Madrid, 2016, 5ª edición, pág. 204.

⁵ RIVERO FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil*, (Rams- Moreno, Coord), Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

A saber, dicho régimen de visitas únicamente tendrá lugar cuando uno de los progenitores no ostente la guardia y custodia del menor, pues en este caso, habrá concluido la convivencia familiar con dicho progenitor, y es beneficioso tanto para padres como hijos continuar su relación mediante este régimen.

Por el contrario, si se ha acordado un régimen de custodia compartida, no será necesario regular este aspecto.

Lo más habitual en España es que el padre no custodio tenga a sus hijos en su compañía los fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares, aunque a veces este régimen se amplía para favorecer el mayor contacto de los hijos con el progenitor con el que menos tiempo conviven.

Como advierte ACUÑA SAN MARTIN, no es correcto considerarlo exclusivamente como un derecho del progenitor, pero tampoco, exclusivamente como un derecho del hijo (aunque su interés sea el prevalente): al decir de la autora, el padre (o la madre) y el hijo no son sujetos activo y pasivo del derecho de relación, sino titulares recíprocos de un derecho que presenta un complejo entramado de situaciones de poder, deber y vinculación que colocan a padres e hijos en una posición tanto activa como pasiva.⁶

6.4 Posibilidad de suspender o suprimir el régimen de visitas

Antes de entrar a valorar en qué supuestos puede concederse una suspensión del régimen de visitas como interesaba nuestra clienta, considero conveniente aclarar la diferencia que existe entre los distintos conceptos. Como puntualiza MARTINEZ AGUIRRE⁷, debemos diferenciar el hecho de que se deniegue el derecho de visitas, se modifique, se suspenda o se suprima:

1. Denegación del derecho de visita, cuando ya desde el primer momento concurren las circunstancias que aconsejan no conceder ese derecho al progenitor que lo solicita.

⁶ ACUÑA SAN MARTIN; citado por ⁶ MARTINEZ AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia*. Editorial Edisofer S.L. Libros jurídicos, Madrid, 2016, 5ª edición, pág. 206.

⁷ MARTINEZ AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia*. Editorial Edisofer S.L. Libros jurídicos, Madrid, 2016, 5ª edición, pág. 206.

2. Modificación del régimen existente, que a su vez puede consistir en su ampliación o en su limitación, bien cuantitativa, bien cualitativamente. Hay quien refiere el concepto de limitación al propio establecimiento inicial del régimen de visitas, cuando se hace aplicando un criterio restrictivo respecto de lo que sería el régimen normal, pero en es este último supuesto, mas propiamente, no estamos ante una limitación del derecho de visita, que no tiene un contenido legal predeterminado susceptible de ser limitado o ampliado, sino ante una determinación, con criterios restrictivos, de su contenido originario.

3. Suspensión del derecho, que debe ser referida a la cesación temporal o indefinida del ejercicio del derecho. Aunque normalmente será suspensión sobrevenida, no hay inconvenientes teóricos a que sea originaria, bien retrasando el comienzo de las visitas hasta que se dan ciertas condiciones para su disfrute o previendo que si se diere tal o cual circunstancia de conocida trascendencia, se suspenderán las visitas hasta que desaparezca ese hecho objetivo

4. La supresión del derecho, que sería su desaparición definitiva por decisión judicial. Esta es una cuestión debatida, parece cuando menos dudoso a la vista de los arts 90 y 91 del Código Civil que cualquier medida relacionada con los hijos no pueda ser modificada ulteriormente, si su interés lo aconseja y hay causas suficientes para hacerlo. Es más razonable, pues, no admitir la supresión definitiva de este derecho, aunque si pueda ser denegado inicialmente, suspendido indefinidamente más tarde, o incluso suprimido sobrevenidamente, pero no de forma definitiva, sino temporal.

Pues bien, una vez aclarados estos conceptos, y atendiendo a la consulta de Doña Elvira, el derecho de visitas puede limitarse o suspenderse temporalmente cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen, en interés de los hijos (por ejemplo, enfermedad contagiosa del visitador, convivencia de este con tercera persona” non grata” para los hijos, etc) o cuando el visitador incumpla el régimen de visitas impuesto por la resolución judicial (por ejemplo los días, horas y lugar de cumplimiento, presencia de personas no autorizadas) o cuando ejerza el derecho en contra de la buena fe, intentando influir negativamente en los hijos para enfrentarlos personal afectivamente contra el guardador. A pesar del silencio del artículo 94 CC, puede privarse del derecho de visitas al

progenitor visitador. Esta medida tiene carácter excepcional, y sólo procederá cuando, a juicio del juez, el interés de los hijos así lo requiera.⁸

Si leemos detenidamente el artículo 94 CC, afirma que *la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial*, con lo que el citado precepto sí que se hace una mención a esta posibilidad de suspender o limitar el derecho de visitas.

El precepto continúa disponiendo que no proceder el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.

Por lo tanto, el Código Civil prevé la suspensión del régimen de visitas cuando se den circunstancias relevantes, siendo éste un concepto jurídico indeterminado, y en determinados supuestos específicos, debiendo tomarse esta medida con la debida cautela, pues por regla general no debe adoptarse. No obstante, además de por la comisión de un delito, las causas más comunes por las que se suele suspender el régimen de visitas son: el carácter violento del progenitor, adicción al alcohol o sustancias estupefacientes, tener una patología mental que afecte a su capacidad o cualquier circunstancia que así lo aconseje, tratándose por tanto de un *numerus apertus*.

Cabe la suspensión del régimen de visitas cuando suponga un riesgo para el ejercicio responsable de la custodia del menor, así lo ha establecido la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 573/2020 de 9 de diciembre:

⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*. Editorial Bercal S.A., 5ª Edición, Madrid, 2018, pág. 120

En consecuencia, procede suspender el régimen de visitas a favor del progenitor D. Jesús María por reputar acreditado, a la vista de las circunstancias ya expuestas, un riesgo para el ejercicio responsable de la custodia, revocando tal pronunciamiento de la sentencia de instancia. Sin perjuicio de que pueda promoverse un procedimiento de modificación de medidas cuando se acredite un cambio de las circunstancias ponderadas para la suspensión.

Podría darse incluso la suspensión del régimen de visitas cuando el menor se niegue a estar con el progenitor no custodio, como ocurre en el caso de D. Raúl. Sobre este particular la Sentencia del TS 0779/1993, de 21 de julio, afirma:

Expone el recurrente en su justificación que el derecho de visitas ha de quedar subordinado al interés del hijo, y "en el caso de autos existe una absoluta prueba documental y pericial que acredita que un régimen de visitas de José Manuel con su madre natural sería absolutamente perjudicial para aquél dada su situación psíquica, edad y circunstancias concurrentes". El motivo se estima porque el derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él, llamado tradicionalmente "de visitas", no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado al interés y beneficio de éste.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 178/2016, de 26 de febrero dispone: *"A mayor abundamiento, a la edad actual de Teodoro y etapa evolutiva de adolescencia en que se encuentra, próximo a los 14 años, como nacido a NUM000 de 2.002, en la que se le presupone con madurez, juicio y criterio suficiente como para poder decidir con su progenitor en régimen de igualdad el tiempo, modo y lugar de los contactos, es lo procedente que se actúe por los adultos con flexibilidad, teniendo en consideración la voluntad del menor, sin imponerle coercitivamente un sistema de visitas judiciales, en cuanto tiene de contraproducente, de llegar a vivirlo como una obligación no deseada."*

Recientemente, la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia 448/2021, de 23 de julio indica la importancia del interés del menor para autorizar dicha suspensión: *El interés del menor es el principio al que debe atenderse a la hora de establecer medidas de protección y cuidado, de forma que la LO 1/2004, de 29 de junio, autoriza la suspensión y restricción al derecho de visitas, cuando el superior interés del menor así lo aconseje.*

En cuanto al consumo de drogas por parte de un progenitor, como ocurre con D. Jaime, también, nuestros Tribunales, se han pronunciado reiteradamente, restringiendo el derecho de visita en tanto en cuanto no cesen dichos hábitos nocivos, y ampliándolo a medida que se evolucione favorablemente. Así, entre otras, la sentencia 163/2021 de la Audiencia Provincial de Badajoz de 15 de julio, dispone que: *En efecto, al tiempo de establecer el*

concreto régimen de visitas que debe regir en este caso la propia sentencia tiene en cuenta la evolución de la conducta de consumo del ahora apelante en el futuro, que podría motivar una ampliación de las mismas si "el padre demuestra que no consume", considerando así la posibilidad de la pernocta que en este momento no se concede, de forma razonable.

En la misma línea (un caso en el que se procedió a la suspensión del régimen de visitas como consecuencia del alcoholismo del padre) se pronuncia, la sentencia 567/2019 de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de septiembre al disponer: *Por otra parte, es evidente el rechazo que los menores tienen al progenitor, sobre todo Juan Miguel, con recuerdos muy negativos, indicando la perito que las vivencias de los menores con el progenitor generaron en ellos una valoración negativa de su persona. Por otra parte, el progenitor adolece de falta de habilidades parentales y empatía y falta de conexión emocional, según indicó la perito, que señaló también que no se encuentra en una situación favorable al restablecimiento de la relación con los menores, debido a la recaída que ha sufrido en su adicción, y recomendó expresamente la suspensión de las visitas., al no ser beneficioso para los hijos la relación con el progenitor en el momento actual.*

Por ello, asumiendo la Sala las consideraciones que se hacen en la sentencia apelada y por el Ministerio Fiscal, en el sentido de que debe supeditarse la relación de los menores con el progenitor a la recuperación por éste de las cualidades mínimas para el ejercicio de la relación parental, no bastando su mero deseo, procede la confirmación de la misma, con desestimación del recurso de apelación.

Otro asunto en el que se pone de manifiesto el interés superior del menor, fue el de un padre transexual al que se le restringió temporalmente el derecho de visita, pues mediante la práctica de las pertinentes pruebas periciales psicológicas, el Tribunal entendía que existía un riesgo relevante para la salud del menor. Ante esta postura, el padre del menor alegaba vulneración del principio de discriminación por razón de sexo debido a su condición sexual. Finalmente el TC en STC 176/2008⁹, de 22 de diciembre se inclinó por no admitir como causa de esta suspensión la condición sexual del padre, disponiendo que:

En suma, los razonamientos de las Sentencias impugnadas permiten llegar a la conclusión de que la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente acordado inicialmente ha sido adoptada por los órganos judiciales teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida, como pretenden el recurrente y el Ministerio Fiscal, por un supuesto prejuicio de los órganos judiciales ante el dato de la transexualidad del padre, lo que determina que debemos descartar que las Sentencias impugnadas hayan dispensado al

⁹ ROSA I TRIAS, E., *Libertad y familia*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, página 178.

recurrente un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de sus relaciones paternofiliales proscrito por el art. 14 CE.

El artículo 776.3 LEC recoge el supuesto de incumplimiento reiterado por parte de uno de los progenitores de sus obligaciones derivadas del régimen de visitas, disponiendo el citado precepto que el Juez podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas, como podría ser el caso de Doña Elvira que en el último año, por no perjudicar a su hijo, incumplió el régimen de visitas fijado. No obstante, en casos excepcionales y sensu contrario de lo preceptuado en este artículo, puede tener justificación este incumplimiento, como así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo en sentencia 823/2012, de 31 de enero de 2013, en el que la madre incumple el régimen de visitas, impidiendo, con ello, la comunicación entre el menor y el padre: *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 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 del 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.*

Además de las consecuencias de estos incumplimientos, si el menor sufriera daños morales como consecuencia de la obstaculización de su relación con el otro progenitor, deberán ser asumidos éstos por el progenitor que los ha originado, como así lo determina el Tribunal Supremo en sentencia 512/2009 de 30 de junio.

No obstante, a pesar de que dicho régimen de visitas se suspenda, el progenitor no custodio, como ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, entre otras en sentencia 1285/2002, de 26 de diciembre, debe seguir cumpliendo con sus obligaciones: *Por otra parte y en aras de ese superior interés público a que había aludido suprimía la Audiencia la supeditación del derecho de visita al abono de los alimentos por tratarse de medidas no compensables, que no puede entenderse que la una sea contraprestación de la otra, al existir otros mecanismos legales idóneos para asegurar el efectivo pago de las pensiones alimenticias.*

6.5 Derecho de visitas a través del Punto de Encuentro Familiar

El Punto de Encuentro Familiar es una medida que tiene carácter autonómico, por lo que cada Comunidad Autónoma debe determinar los mecanismos así como su establecimiento.

La Junta de Castilla y León define los Puntos de Encuentro Familiar como servicios especializados de apoyo a las familias, que se prestan en instalaciones adecuadas, con el fin de favorecer que los menores puedan mantener relaciones con sus familiares, cuando se presenten dificultades o conflictos, derivados de los procesos de separación, u otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar. Los mismos intervendrán cuando sean el único medio posible para facilitar las relaciones entre la familia y el menor, y tras haber agotado otras vías de solución.¹⁰

Con este método se pretende reforzar el clima de paz en el que los menores deben educarse aún cuando entre sus padres exista una situación de conflicto, favoreciendo el derecho de los menores a mantener relaciones con sus familiares.¹¹

Se trata de un recurso social que se emplea cuando existen situaciones de conflicto familiar, como puede ser el caso de D. Jaime, ya que consume habitualmente estupefacientes, pudiendo esta circunstancia ser un impedimento para llevar a cabo dicho régimen de visitas.

En el supuesto de que el Juez considere la medida, adoptada siempre con carácter temporal, se podrían llevar a cabo visitas tuteladas, las cuales estarían siempre controladas y supervisadas por profesionales. Esto ocurre con cierta frecuencia cuando el progenitor no custodio sufre alguna adicción. Sobre este particular la sentencia 38/2014 de la Audiencia Provincial de Albacete, de 6 de marzo, determina un régimen de visitas tuteladas como consecuencia de la adicción a las drogas que tenía el progenitor que no ostentaba la custodia: *“A tenor de lo expuesto la Sala entiende adecuado que mientras el padre no siga adecuadamente el tratamiento para superar la adicción al consumo de drogas tóxicas conforme a lo pautado por la UCA u otro centro autorizado de deshabituación y su evolución sea positiva y abandone el consumo de drogas el*

¹⁰ <https://familia.jcyl.es/web/es/familia/puntos-encuentro-familiar.html>.

¹¹ GARCIA DEL VADO, F.R., *“La importancia del punto de encuentro familiar para el normal desarrollo de las relaciones personales entre abuelos y nietos”*, En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, La Ley 2890/2015.

régimen de visitas (entrega y devolución del menor) ha de continuar desarrollándose a través del Punto de Encuentro Familiar con la supervisión de los responsables del Punto de Encuentro Familiar pero en orden a favorecer la relación del menor con el padre y la abuela paterna y facilitar una comunicación más distendida dado que la desconfianza de la madre es respecto a que el menor (nacido el 12 de septiembre de 2011) se quede solo bajo la supervisión del padre Jose Pedro y que no constan incidencias respecto al desarrollo de la visitas efectivamente realizadas, éstas se desarrollarán en el domicilio de la abuela paterna mientras no se incumplan los horarios y pautas marcadas por el Punto de Encuentro Familiar y siempre que el menor sea recogido y devuelto puntualmente por el padre acompañado por la abuela paterna".

6.6 Opción de atribución del régimen de visitas a un familiar distinto del progenitor

Hay que tener en cuenta que también se puede establecer un régimen de visitas a favor de otros familiares del menor, como pueden ser sus abuelos u otros familiares. Esta circunstancia viene recogida en el apartado segundo del artículo 90 del Código Civil: *si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento.*

La Ley 42/2003 de 21 de noviembre añadió un párrafo a este artículo 94, en virtud del cual *podrá determinar el juez, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al art 160 CC, teniendo siempre presente el interés del menor.*¹²

Este régimen de visitas con los abuelos es compatible con el que puedan tener otros familiares.

No obstante, en casos excepcionales, el Alto Tribunal se ha negado a establecer este régimen de visitas cuando las relaciones existentes entre los familiares supongan un riesgo para el menor, en el sentido de que los abuelos influyeran de manera negativa a sus nietos creando una mala imagen en relación con sus progenitores. Así lo establece el citado Tribunal en sentencia 532/2018¹³: *Es que, si bien es cierto, y así lo pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, que el interés de los menores se ha de salvaguardar en todo caso, también lo es que no pueden relativizarse las relaciones existentes entre los dos grupos de adultos y que la justa causa para negar las*

¹² MORENO QUESADA, B., *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de Familia y Sucesiones*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 139.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2018. N° 532/2018. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

comunicaciones, visitas y estancias de las nietas con sus abuelos viene condicionada no solo por unas reiteradas denuncias, condenas, alejamientos, etc., sino por la absoluta desvinculación familiar durante un periodo considerable de tiempo (la mayor desde los cuatro años; la pequeña no les conoce) y, especialmente, por el riesgo que para las niñas va a suponer estas las vistas, por muy restrictivas que sean, y por la evidente influencia sobre las nietas de animadversión hacia la persona de sus padres, que la sentencia deduce de comportamiento tan anómalo y reprochable de los abuelos con su hijo y nuera, que no han asumido verdaderamente su papel de abuelos desde que dejaron de relacionarse con sus nietas, con el irreversible efecto que el transcurso del tiempo ha ocasionado en el desarrollo de la vida familiar desde que cesaron estas comunicaciones, salvo que se reconduzca la situación.

Por consiguiente, pueden surgir situaciones anómalas, en las que como dice GARCIA CANTERO¹⁴, resulta muy difícil resolver, ya que la situación de los abuelos resulta ser ambivalente: ¿dejarán, cada uno de los abuelos de defender y apoyar las razones de su hijo o hija para sostener los de su yerno o nuera?.

En consecuencia, la ley regula estos aspectos con el fin de dotar de cierta flexibilidad, y teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso en concreto, velando siempre por el interés superior del menor.

6.7 Oposición del progenitor a la atribución del régimen de visitas a otro familiar

El régimen de visitas a favor de un familiar distinto al progenitor no custodio puede establecerse, a pesar de que uno de los progenitores muestre su disconformidad, así lo establece el Código Civil en el apartado segundo del artículo 160: *no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.*

En contestación a la consulta de Doña Valeria, y ante la duda planteada por ésta de qué es lo que ocurriría si Don Jaime tratara de impedir la atribución de este derecho a la abuela como consecuencia de la negación de su derecho de visita, el artículo 160 continúa estableciendo el procedimiento a seguir para el caso de que hubiera oposición, debiendo el juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolver atendidas las circunstancias.

¹⁴DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia*. Editorial Edisofer S.L., Libros jurídicos, 5ª edición, Madrid, 2016, pág. 207.

El Tribunal Supremo es claro al respecto¹⁵, entendiendo que no es posible restringir o limitar el derecho de los niños con sus abuelos, y viceversa, por el motivo de que los progenitores tengan una falta de afinidad con los abuelos, todo ello sin perjuicio de suspender o limitar dicho régimen si el juez aprecia un perjuicio para el menor.

La jurisprudencia parte de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, en contra de lo argumentado por la sentencia de apelación, que denegó el derecho de visita de la abuela porque la hostilidad entre ella y su hijo era tal que este presentaba “un cuadro de ansiedad, depresión e hipertensión” y esta situación podía “repercutir en la integridad psicológica del menor”. Es decir, el Tribunal Supremo revoca dicha sentencia por considerar que tuvo en cuenta, no el interés del menor, sino el del padre, y en consecuencia reconoce el derecho del nieto a relacionarse con su abuela.

Los Tribunales han reconocido también, a la vista del tenor del artículo 160.2 CC, conforme a la redacción de la LPIA¹⁶ (relación con otros parientes y allegados), el derecho del menor a relacionarse con los miembros de su familia con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos, y ese concepto de allegados comprende a la conviviente de la madre biológica tras la ruptura de la unión de hecho respecto del hijo concebido por inseminación artificial (STS 320/2011, de 12 de mayo, y otras muchas)¹⁷.

Incluso han puesto de manifiesto que las relaciones entre los nietos y los abuelos tienen, en todo caso, un carácter enriquecedor, que no puede ni debe limitarse a los pertenecientes a una sola línea.¹⁸ Este razonamiento respalda la voluntad de Doña Elvira de que el menor Raúl no pierda la relación con su abuela paterna, a pesar de no mantener contacto con el padre.

¹⁵Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011. N° 689/2011. Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2015. N° 47/2015. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

¹⁶ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Familia, principios de derecho civil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016, página 127.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002. N° 858/2002. Ponente Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

6.8 Interés superior del menor y derecho a ser oído

La Constitución Española de 1978 protege a los menores a lo largo de todo su articulado, pero no dedica un artículo en concreto o un conjunto de preceptos específicos al reconocimiento de este derecho, a pesar de que en el Capítulo III del Título I, relativo a los principios de la política social y económica, menciona la obligación que tienen los padres de asistir a sus hijos, haciendo referencia también a la obligación de los poderes públicos de comprometerse con la protección jurídica de la familia y singularmente con los menores.

La Carta Europea de los derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo indica en cuanto a las medidas de protección que: *toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses.*¹⁹

El artículo 3 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño también atiende al respeto, y especial protección del menor en todos los ámbitos, disponiendo que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

El principio que debe regir el régimen jurídico cuando se produce una ruptura matrimonial con hijos es el del interés superior de los mismos, debiendo adoptarse en su beneficio todas las medidas que se adopten.

Según BARTOLOMÉ CENZANO,²⁰ el principio del interés superior del menor, o “*favor minoris*”, debe entenderse como un criterio de ponderación abierto y un principio necesario inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el menor, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial. En nuestro sistema jurídico se han realizado constantes alusiones al interés superior del menor, relacionándolo con un criterio rector de actuación que deja mucho margen al operador jurídico. Es decir, no podemos saber con exactitud estudiando nuestro ordenamiento jurídico cuál es ese interés, ya que se trata de un

¹⁹ “*Carta Europea de los Derechos del Niño*”, Resolución A-3-0172/92, de julio de 1992, del Parlamento Europeo, Letra D, apartado 8.14.

²⁰ BARTOLOMÉ CENZANO J.C., “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español.” *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, Septiembre 2012 páginas 46-59.

concepto jurídico indeterminado, y habrá que atender a las circunstancias de cada caso para ponderarlo.

Reflexión obvia, y que comparte GARCIA CACERES, indicando que en definitiva²¹, cualquier resolución judicial que deba resolver el conflicto surgido entre los progenitores en relación a los hijos menores, deberá dictarse teniendo en cuenta el interés de éstos. Por ello, para determinar, cuál es la medida más idónea para proteger dicho el principio del interés del menor, los Tribunales deben analizar en cada caso cómo proteger mejor a los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes que surgen en las crisis familiares.

En este sentido, pueden destacarse las siguientes resoluciones de nuestro más Alto Tribunal:

STS 215/2019, de 5 de abril, en la que declara: "*Como esta sala ha declarado en sentencia 31/2019 de 19 de diciembre, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio "cierto" de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores (art. 91 del C.Civil)*"

STS 280/2017, de 9 de mayo, que afirma: "*Ciertamente que, a partir de la sentencia 257/2013, de 29 de abril, se ha reiterado que la redacción del art. 92.8 CC no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional sino que, por el contrario, ha de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en cuanto lo sea. Pero la misma sala ha recordado que la interpretación del art. 92.5, 6, 7 y 8 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se adopte. Y ello, con las garantías que se establecen en el propio art. 92 CC para proteger dicho interés (sentencia 54/2011, de 11 de febrero).*"

Auto del TS recurso 396/2021 de 21 de julio:

Ese derecho de visitas y comunicación, como el de guarda y custodia, y en general cuantas medidas de carácter personal afecten a los menores, viene informado por el principio favor filii o, lo que es más frecuente últimamente, por el denominado interés del menor.

²¹ GARCIA CARRERES, MR Y SANZ- DIEZ DE ULZURRUN, J.,) *Memento familia y sucesiones*, Editorial Francis Lefebvre,, Madrid , 2012, Marginal 3984.

Este interés, según doctrina de la sala (sentencias 566/2017, de 19 de octubre y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor.

Para conocer cuál es el interés superior del menor, éste debe ser oído regulándose en los artículos 770.1.4º y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *que podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad.* En este caso, puesto que Raúl cuenta con 12 años de edad, deberá ser oído por el juez y tener en cuenta su interés.

Además se establece en dichos preceptos, que la autoridad judicial debe garantizar que el ejercicio de su capacidad jurídica se realizará en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, como podría ser la de su padre en este caso, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

No obstante, el Tribunal Supremo²² también ha aclarado esta cuestión por si existiera alguna duda de interpretación, siendo proclive a escuchar al menor en todos los procedimientos en los que tenga un interés: *“En relación a la falta de exploración de la hija, esta sala se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan. La sentencia de 20 de octubre de 2014 establece lo siguiente: «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005 .*

Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”.

²²Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2017. N° 157/2017. Ponente Excmo Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

En consonancia, el TS²³ en más de una ocasión ha llegado a revocar una sentencia cuando no se haya respetado el derecho del menor a ser oído, exponiendo: “*La sentencia recurrida se ha dictado sin que nada de lo anterior se haya hecho. Por lo tanto, se han quebrantado las normas legales contenidas en los preceptos que el recurso cita como infringidos; desatendido la jurisprudencia establecida sobre el derecho de los menores a ser oídos; y vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.*”

En definitiva, procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia y retrotraer las actuaciones al momento anterior al de su dictado para que, antes de resolver sobre la modificación de medidas, se haga efectivo el derecho de los menores a ser oídos y escuchados sobre su guarda y custodia.”

En todo caso, habrá que valorar las circunstancias concretas, ya que los tribunales no siempre están obligados a oír al menor, debiendo atenderse a la edad del menor y su madurez.²⁴

Incluso oyendo a los menores, y teniendo éstos más de 12 años de edad, el Tribunal puede acordar lo que estime oportuno, ya que no siempre la voluntad del menor es la opción más idónea.

No hay que olvidar que, en aras de determinar el interés del menor, el código civil en el apartado noveno del artículo 92, establece la posibilidad de que el Juez recabe *dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.*

²³Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2021. N° 577/2021. Ponente Excmo Sr. D. Antonio García Martínez.

²⁴Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección ^a de 11 de octubre de 2016. N° de recurso 23.298/2012.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Respecto a la primera cuestión planteada acerca de cuáles son los requisitos para poder llevar a cabo la modificación de medidas acordadas, en su día, mediante el convenio colectivo firmado cuando se produjo la ruptura matrimonial; dicho procedimiento debe venir motivado por un cambio real de las circunstancias, tal y como establece el artículo 91 del Código civil. La Jurisprudencia, puntualiza que no basta con un simple cambio en las circunstancias iniciales para poder modificar las medidas en su día adoptadas sino que además éste debe ser sustancial, que influya en la decisión que en su momento se consideró, que tenga relevancia, y con cierta vocación de permanencia. No puede tratarse de una variación asilada.

Asimismo dicho cambio debe proceder de hechos posteriores al procedimiento inicial cuando se tomaron las medidas, y, en todo caso, no ser provocado por ninguna de las partes, es decir, deberá producirse de manera natural.

No debemos olvidar que el informe emitido, en su momento, por el correspondiente especialista, como puede ser un psicólogo o equipo psicosocial, resulta ser una prueba de gran relevancia para la toma de decisiones por el Juez sobre este particular.

Las medidas susceptibles de cambio son todas aquellas que se fijaron en su momento, siempre y cuando cumplan los requisitos expuestos anteriormente. Correspondiendo, conforme el artículo 217.2 LEC, la carga de la prueba a la parte actora.

En todo caso, la legitimación para llevar a cabo esta modificación corresponderá, como así señala el art. 775 LEC, tanto a los cónyuges como al Ministerio Fiscal, que actúa en beneficio de los menores de edad.

En cuanto al camino a seguir por Doña Elvira para llevar a cabo la citada modificación de medidas, deberá ésta iniciar el procedimiento contemplado en el art. 770 LEC, sustanciándose en mismo por los trámites del juicio verbal.

SEGUNDA.- En relación a la segunda cuestión planteada, Doña Elvira, especialmente está interesada en modificar el régimen de visitas que hasta ahora estaba rigiendo, al haber cambiado la situación considerablemente; los enfrentamientos del progenitor con el menor son cada vez mayores y la adicción de éste a las sustancias estupefacientes no ayuda a mejorar la situación.

En definitiva, tanto el menor como su madre no quieren seguir manteniendo este régimen de visitas con el padre, y desean que sea suprimido, suspendido o, en su caso, que se establezca un régimen de visitas a favor de la abuela paterna.

El régimen de visitas, regulado principalmente en el art .94 CC, es un derecho que tienen tanto el menor como el progenitor a relacionarse, y compartir su tiempo juntos en el caso de que el progenitor no tenga atribuida la guardia y custodia. Se trata con él de conseguir que la crisis matrimonial no lleve consigo una pérdida de las necesidades afectivas y educaciones de uno de los progenitores.

Sin embargo, la redacción del citado precepto puede dar lugar a diversas interpretaciones, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, ya que incluye la posibilidad de suspender o limitar este derecho cuando así lo aprecie la Autoridad judicial.

La Jurisprudencia ha venido concretando el momento en el que es posible una supresión o una limitación de este derecho, teniendo en cuenta, para ello como premisa general, la de amparar siempre el interés del más necesitado de protección, como es el del menor.

En los supuestos específicos señalados por el art 94 CC, en los que no procede el régimen de visita, no se encuentra tipificado el caso que nos ocupa, es decir, cuando el progenitor se halla en una situación de drogodependencia. Sin embargo, esta situación si es tratada por la jurisprudencia, indicando al respecto que la privación del derecho de visita puede adoptarse cuando el progenitor no custodio consuma sustancias estupefacientes o alcohol, restringiendo el derecho de visita en tanto en cuanto no cesen dichos hábitos nocivos, y ampliándolo a medida que éste evolucione favorablemente.

Además, el Tribunal Supremo determina que este derecho debe restringirse cuando suponga un riesgo para el ejercicio responsable de la custodia del menor. Incluso existe jurisprudencia que respalda esta restricción en los casos en que el menor se niegue a estar con el progenitor no custodio, ya que aboga por no imponer coercitivamente un sistema de visitas judiciales si esto puede llevar aparejado vivencias negativas para el correcto desarrollo del menor. No obstante, esta postura habría de valorarse con cautela, ya que también hay Jueces que son más proclives a valorar qué es lo más beneficioso para el menor desde un punto de vista objetivo, pues en ocasiones, el menor todavía no tiene la suficiente madurez y su voluntad puede no ajustarse a lo más conveniente para él.

Respondiendo, asimismo, a esta segunda cuestión, en el supuesto en el que uno de los progenitores incumpla reiteradamente sus obligaciones, como era el caso de Doña Elvira al negarse a cumplir el régimen de visitas por la mala relación de su hijo con el padre, y para su debida protección, el artículo 776.3 LEC establece que el Juez podrá dar lugar a una modificación en el régimen de visitas. La jurisprudencia, ha esclarecido este precepto, al afirmar que estos incumplimientos no dan lugar a una modificación automática, sino facultativa, teniendo en todo caso presente las circunstancias concretas y los motivos de dichos incumplimientos, ya que los mismos pueden estar justificado, como entiendo que ocurre en el presente caso, por lo que el órgano jurisdiccional no deberá verse influenciado por los mismos.

TERCERA.- Con respeto a la tercera cuestión, objeto de este dictamen, nuestro ordenamiento jurídico ofrece la posibilidad de suspender o suprimir el régimen de visita, ya establecido, aunque mayormente de forma temporal, puesto que las circunstancias que dieron lugar al mismo pueden cambiar.

Existen diversos mecanismos para que esta situación no afecte al menor o lo haga en menor medida. Uno de ellos sería un régimen de visitas a través del Punto de Encuentro Familiar, con la finalidad de que los menores puedan mantener relaciones con sus familiares, cuando entre ellos presenten dificultades o conflictos derivados de los procesos de separación, o en otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar, llevándose a cabo, así, visitas de manera tutelada junto a profesionales.

Este régimen de visitas debería ser adoptado como última solución y siempre que no haya sido posible reconducir la situación por otros cauces.

Esto podría ser de aplicación al caso que nos ocupa, al ser adoptado comúnmente por la jurisprudencia en supuestos en los que los progenitores tengan adicción a sustancias tóxicas. No obstante, considero que sería mejor para el menor suspender el régimen de visitas y retomar el contacto con el progenitor no custodio, cuando la situación haya cambiado, ya que las visitas a través de un Punto de Encuentro Familiar crean una situación bastante complicada para ambos

CUARTA.- Doña Elvira planteó la posibilidad de adoptar el régimen de visitas a favor de la abuela paterna del menor, cuestionándose qué pasaría si el padre se opusiera a aceptar esta medida. El Código Civil en el art. 160 contempla la posibilidad de establecer un

régimen de visitas a favor de los abuelos, siempre que se cuente con el consentimiento de éstos.

En el supuesto de que el padre se opusiera, el artículo 160 CC establece el procedimiento a seguir, debiendo el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolver el caso atendidas las circunstancias y lo más conveniente para el menor. No obstante el Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre este particular, otorgando este derecho a los abuelos incluso cuando un progenitor no esté de acuerdo.

Por todo lo expuesto, y tras un examen exhaustivo de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, aconsejamos a D. Elvira iniciar un procedimiento de modificación de medidas, solicitando la supresión, o, en su caso, la suspensión del régimen de visitas otorgado al progenitor, y el establecimiento de dicho régimen a favor de la abuela paterna.

Para probar el cambio de circunstancias relevantes que se ha producido durante todo ese tiempo habría que aportar toda la documentación tendente a demostrar la grave adicción a las drogas que tiene el padre, acompañando de informes del equipo psicosocial en los que, tras una exploración del menor, se ponga de manifiesto el rechazo y malestar que le provoca a Don Raúl pasar tiempo con su padre.

En definitiva, por todo lo expuesto, entendemos que hay probabilidades de que puedan prosperar las pretensiones de Doña Elvira, pues tanto las normas legales como la jurisprudencia rechazan aquellas situaciones que impidan ejercer con responsabilidad el cuidado de los menores.

8. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 11 de octubre de 2016. N° de recurso 23.298/2012.

Sentencia del Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008. N° 176/2008. Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes.

Sentencias del Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1993. N° 0779/1993. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002. N° 858/2002. Ponente Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2002. N° 1285/2002. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009. N° 512/2009. Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011. N° 689/2011. Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011. N° 54/2011. Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011. N° 320/2011. Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2013. N° 823/2012. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2015. N° 47/2015. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2017. N° 157/2017. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
- Auto del Pleno del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2017. N° de recurso 61/2017. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2017. N° 280/2017. Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2017. N° 566/2017. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2017. N° 579/2017. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2018. N° 532/2018. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2019. N° 31/2019. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2019. N° 215/2019. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- Auto del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021. N° recurso 396/2021. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2021. N° 577/2021. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

Sentencias de las Audiencias Provinciales

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 18 de octubre de 2004. N° 414/2004. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio María González Floriano.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 8 de septiembre de 2011. N° 400/2011. Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 6 de marzo de 2014. N° 38/2014. Ponente Excmo. Sr. D. José García Bleda.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de febrero de 2016. N° 178/2016. Ponente Excm. Sra. Dña. María del Rosario Hernández Hernández.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 2018. N° 977/2018. Ponente Excm. Sra. Dña. María del Pilar González Vicente.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de diciembre de 2018. N° 437/2018. Ponente Excm. Sra. Dña. Emma Galcerán Solsona
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de mayo de 2019. N° 204/2019. Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de septiembre de 2019. N° 567/2019. Ponente Excma. Sra. Dña. Ana Delia Muñoz Jiménez
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 9 de diciembre de 2020. N° 573/2020. Ponente Excma. Sra. Dña. Sandra María Piñeiro Vilas.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 15 de julio de 2021. N° 163/2021. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Bobadilla González.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de julio de 2021. N° 448/2021. Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Ataulfo Ballesta Bernal.

9. BIBLIOGRAFÍA

- BARTOLOMÉ CENZANO J.C., “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. Septiembre 2012.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Editorial Bercal S.A., 5ª Edición, Madrid ,2018.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, Editorial Edisofer S.L., Libros jurídicos, Madrid, 2016, 5ª edición.
- GARCIA CARRERES, MR Y SANZ- DIEZ DE ULZURRUN, J., *Memento familia y sucesiones*. Editorial Francis Lefebvre, Madrid 2012.
- GARCIA DEL VADO, F.R., “La importancia del punto de encuentro familiar para el normal desarrollo de las relaciones personales entre abuelos y nietos”, *En Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, Editorial, La Ley, 2890/2015.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Familia, principios de derecho civil*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016.
- MORENO QUESADA, B., *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de Familia y Sucesiones*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- ROSA I TRIAS, E., *Libertad y familia*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- SANCHEZ VIDANES, C., *Memento familia y sucesiones*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2012.