

LA TRANSFORMACIÓN UNILATERAL DEL RÉGIMEN DE
VISITAS: DELEGACIÓN O ASUNCIÓN DEL CUIDADO DE
LOS MENORES POR LOS ABUELOS

*UNILATERAL TRANSFORMATION OF THE VISITING
ARRANGEMENTS: DELEGATION OR ASSUMPTION OF CARE OF
THE CHILDREN BY THE GRANDPARENTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 116-161

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: En este trabajo nos proponemos analizar las últimas modificaciones que afectan al derecho de visita o de relación entre los hijos y sus padres, así como con sus abuelos. En especial estudiaremos aquellos casos en los que los padres delegan algunos de sus deberes a los abuelos para eludir sus responsabilidades parentales.

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia, patria potestad, derecho de visitas, interés superior del menor, progenitores, abuelos, parientes, régimen de visitas, crisis familiar.

ABSTRACT: *In this paper we propose to analyse the latest modifications affecting visiting rights or the relationship between children and their parents, as well as grandparents. In particular will look those cases in which the parents delegate their parental responsibilities to the grandparents.*

KEY WORDS: *Guard and custody, parental authority, rights of access, best interest of the child parents, grandparents, relatives, visiting rights, family crisis.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS.- III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.- IV. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.- V. EL DERECHO DEL PROGENITOR NO CUSTODIO A LAS VISITAS.- VII. EL DERECHO DE LOS ABUELOS A LAS VISITAS.-VII. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS.- I. Modificación de las medidas por variación de las circunstancias.- 2. Modificación de las medidas por incumplimientos del régimen visitas.- 3. Modificación de las medidas por suspensión de la patria potestad.- 4. Modificación de las visitas por motivos legalmente tasados.- VIII. INCUMPLIMIENTOS POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO DEL RÉGIMEN DE VISITAS.- I. Incumplimientos del régimen visitas con derivación de responsabilidades a otros parientes.- 2. Recogida de los menores por terceras personas.- 3. Delegación de las estancias de los menores a terceras personas.- 4. Progenitores no custodios que nunca tienen consigo a sus hijos ni los derivan a familiares.-

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad con su progenitor no custodio al que con frecuencia se le denomina de manera más abreviada como derecho de visitas se trata de un complejo derecho-deber de los progenitores que no tienen la guarda y custodia a relacionarse y comunicarse con sus hijos e hijas menores. Este derecho aparece regulado de manera un tanto dispersa en el Código Civil. La regulación de esta figura se efectúa principalmente en los arts. arts. 90. 1 y 2, 94, 103, 160 y 161 CC y en el art. 776.3º LEC¹. En la doctrina se ha criticado el empleo del término derecho de visita por ser insuficiente para denominar a una figura cuyo contenido es más amplio². El término visitar en sentido estricto únicamente significa “ir a ver a alguien en el lugar en que se halla”³. De modo que desde el punto de vista del menor, la visita supondría que este es trasladado al domicilio del progenitor no custodio u otro lugar como puede ser un Punto de Encuentro Familiar (en adelante PEF para estar con este). Desde el punto de vista del progenitor es el derecho a tener al menor consigo durante un tiempo. Dentro del término visita en sentido estricto no está incluido el denominado régimen de comunicación al que se hace referencia en los arts. 90.1.a) y b); 90.2.III; 92.10; 94.I y IV; 94.VI; 103.1ª; 158.5º y 6º; 161; 172 ter I.III; 178.4 I y III, todos ellos del CC. No obstante, el derecho de visita en sentido amplio si que comprende el derecho de comunicación. Este derecho de visita también se

1 El presente trabajo se enmarca en el Proyecto MINECO PID2022-139899OB-I00 (NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO BIOMÉDICO EN LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CIVIL DE LAS PERSONAS MAYORES) del que Esther Algarra Prats y Javier Barceló Doménech son los Investigadores Principales.

2 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 94 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo I* (Arts. I a 151) (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 975.

3 Esta es la acepción que del diccionario RAE, actualización 2023 que entre otros sinónimos utiliza los de: ver, presentarse, asistir, citar. Disponible en: <https://dle.rae.es/visitar?m=form>. Consultado: 10-12-2023.

• Federico Arnau Moya

Profesor Contratado Doctor Derecho civil. Universitat Jaume I (España). Orcid 0000-0002-8434-6708. Correo electrónico: arnauf@uji.es

reconoce a los abuelos, hermanos y allegados de los hijos menores en toda una serie de preceptos (art. 90.I.b; 90.2.III, 94 VI, 103.I^a. II y 160.2 CC).

En la doctrina se prefiere la utilización del término más preciso de “derecho a relacionarse” puesto que incluye tanto el derecho de visitas (breves estancias intersemanales sin derecho de pernocta) como el de estancia (períodos de varios días de estancia con pernocta) y el de comunicación. Nos adherimos a esta corriente⁴. No obstante, en cuanto al contenido del derecho a relacionarse nos parece incluso más adecuado la supresión del término visitas y emplear la referencia más precisa al derecho del progenitor no custodio a estar con sus hijos tal como se hace en el art. 90.I.a), así como el derecho de los hijos a estar con su progenitor. Dentro de este derecho de estancia se incluirían las visitas intersemanales, con o sin pernocta, también los regímenes estándar de fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares, así como toda la serie de días especiales señalados en el convenio regulador o el las medidas definitivas⁵. De modo nos parece correcto utilizar la expresión derecho a relacionarse o derecho de relación y a su vez dentro del mismo distinguir entre un régimen de estancia y otro de relación con el no conviviente⁶. No obstante, como tantas veces sucede en nuestro Derecho, nos encontramos ante una expresión cuyo uso está tan sumamente consolidado entre la doctrina y la jurisprudencia que se hace difícil rehuir del empleo del término visitas que continuaremos utilizando en nuestro trabajo.

4 En la doctrina se estima más correcto el término “relaciones personales» por ser mucho más amplio que el de “visitas”. Vid. BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre”, *Anuario de derechos humanos*, n° 6, 2005, p. 47; CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 3, 2015, p. 210; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Barcelona, J.M.Bosch, 1997, p. 23. LINACERO DE LA FUENTE, M.: “La patria potestad. Responsabilidad parental”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, (dir. M., LINACERO DE LA FUENTE). 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp.487, se refiere al derecho de relacionarse con el hijo. MUÑOZ RODRIGO, R.: “El régimen de visitas, comunicación y estancia”, en AA.VV.: *GPS Familia* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 177, también señala que resulta más adecuada la expresión “derecho a relacionarse” que el de visitas, puesto que el primer término incluye tanto el derecho de visitas, como el de estancia y el de comunicación. HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 160”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, p. 1299, estima que “la expresión “relacionarse” ha de entenderse en un sentido amplio, incluyendo un variado abanico de posibilidades, desde la simple visita, hasta un contacto personal más constante y prolongado, pasando por el establecimiento de comunicaciones de todo tipo con el menor (telefónicas, epistolares, electrónicas, a través de las redes sociales, vía whatsapp, etc.).

5 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p.976.

6 Una crítica al término “visitas” lo podemos encontrar en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013 (ANTEPROYECTO, 2013) que no llegó a ver la luz por la disolución de la cortes en octubre de 2015. En el apartado IV de la Exposición de Motivos se estima que el concepto de visitas “se queda corto y obsoleto para las pretensiones de la reforma, que persigue subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor. Por ello, se ha superado dicho término y ahora no se habla de guardador o custodio, o de visitas en relación con las relaciones con los progenitores, sino de convivencia y régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente”.

En los últimos años el derecho de relación personal entre padres e hijos ha sido objeto de diversas reformas legislativas de diverso calado. Nos vamos a ceñir a las más recientes, este es el caso de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La citada ley modifica los siguientes artículos del Código civil: el art. 91 CC (introduce un nuevo segundo párrafo), redacta de nuevo los arts. 94 y 96, modifica los arts. 154, 156, 158; 172. y nuevo art. 237 (guarda de hecho del menor). También modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, en especial algunos artículos comprendidos dentro del Capítulo IV que gira bajo el epígrafe De los procesos matrimoniales y de menores (arts. 769-777) que a su vez está ubicado en el Título I (De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores). Los preceptos modificados han sido el art. 770 (se modifica la regla 4ª y se introduce una regla 8ª); art. 771 (nueva redacción apartado 2); art. 775 (se modifica el apartado 1); art. 777 (se modifican apartados 5, 8 y 10). La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, ha modificado el ca el art. 90 CC añadiendo un nuevo apartado “b) bis” y modificando los apartados 2 y 3. También modifica el apartado primero del art. 91 CC. Introduce un nuevo art. 94 bis (régimen de custodia y visitas para los animales de compañía). Introduce una nueva medida I bis en el art. 103 CC. También modifica el apartado 2 del art. 771 LEC y el apartado I art. 774 LEC. Ley 16/2022 introduce un nuevo apartado 7 al art. 92 CC que ya había sido objeto de sucesivas modificaciones tanto por la Ley 8/2021 como por la Ley 17/2021. Finalmente, el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, ha modificado el art. 776 LEC (ejecución forzosa de los pronunciamientos de medidas).

El objeto de este trabajo, además de analizar el alcance de las citadas reformas, se va centrar en una de las diferentes modalidades de incumplimiento del derecho de estancia del progenitor no custodio. Se trata de incumplimientos, en los que el progenitor desatiende tanto su obligación de recoger a los menores como su deber de tenerlos consigo los períodos de tiempo que se han fijado en el convenio regulador o en las medidas definitivas. En los casos que analizaremos más adelante, el progenitor no custodio delega estas funciones a miembros de su familia extensa. Como veremos, dependiendo de las veces en que se repita este comportamiento, así como de la justificación o no de estas delegaciones, podremos encontrarnos ante incumplimientos que pueden llegar no solo a la privación del derecho de vista sino también al del ejercicio de la patria potestad.

II. LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS.

Tras una situación de crisis matrimonial, o de pareja de hecho, en la que existen hijos comunes menores de edad y se ha acudido a un proceso de nulidad, separación o divorcio judicial o un proceso de guarda y alimentos en favor de los hijos en las parejas de hecho, en la sentencia se tendrán que recoger toda una serie de medidas en las que se regularán las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges⁷, así como la de estos con sus hijos comunes e incluso con sus animales de compañía⁸. Este tipo de medidas también se pueden recoger en un proceso de determinación de la filiación.

Estas disposiciones relativas a la guarda y custodia, así como el derecho de visitas de los progenitores podrán establecerse de mutuo acuerdo en el convenio regulador (art. 90 CC) o bien puede dictarlas, con carácter definitivo, la autoridad judicial al dictar sentencia (arts. 91 a 101 CC). Las medidas definitivas, en su caso, sustituirán a las medidas previas que se dictaron antes de presentar la demanda de nulidad, separación, divorcio o de guarda y custodia y alimentos de menores (medidas provisionales previas o provisionalísimas ex arts. 104 CC y 771 LEC)⁹. También sustituirán, a las dictadas por la autoridad judicial junto con la presentación de aquellas demandas para regular la situación de cónyuges e hijos mientras se sustancia el procedimiento de separación, divorcio o nulidad (medidas provisionales coetáneas contempladas en los arts. 102 a 106 CC y 773 LEC)¹⁰. En la doctrina se reconoce que las medidas relativas a la guarda y custodia compartida

- 7 ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita. comunicación y estancia de los menores*, Wolter-Kluwers, las Rozas (Madrid) 2019, establece un elenco de supuestos de hecho que tienen pueden provocar la necesidad del establecimiento de un derecho de visita: en primer lugar, cuando los progenitores han roto la convivencia, con independencia de que hubieran estado casados o unidos formando una pareja *more uxorio*. También en el caso de que el menor hubiera nacido fruto de relaciones esporádicas entre padres que nunca han convivido. Asimismo, en el caso del derecho de visita con otros hermanos menores cuya guarda y custodia ha sido repartida entre sus padres; con hermanos mayores de edad o emancipados a quienes se les niega el contacto con sus hermanos menores, sean estos de doble vínculo o de vínculo sencillo; con abuelos, tíos, acogedores, compañeros del padre o de la madre con las que el menor ha convivido hasta la crisis de pareja; con padres privados de la patria potestad y un largo etcétera.
- 8 El divorcio o separación de mutuo acuerdo ante Notario introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 15/2015 de 2 de Julio de Jurisdicción Voluntaria, no es de aplicación cuando existan hijos comunes menores de edad no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores (arts. 81, 82 y 87 CC).
- 9 LINACERO DE LA FUENTE, M.: "Nulidad, separación y divorcio", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, (dir. M., LINACERO DE LA FUENTE). 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p.221, estima que las medidas "previas" a la demanda (antes llamadas medidas provisionalísimas) son aquellas que se pueden adoptar antes de la interposición de la demanda. Se fundamentan en el mero propósito de solicitar la nulidad, separación y divorcio y tienen una duración muy breve de 30 días (artículos 104.2º CC y 771.5 LEC).
- 10 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Separación y divorcio", en AA.VV.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, (coord. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), 6ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 129, destaca que las llamadas medidas "provisionales" se acuerdan al inicio del procedimiento judicial; porque hay temas de tal importancia, que han de ser resueltos cautelarmente mientras se tramita el juicio, sin poder esperar a la sentencia firme de nulidad separación o divorcio. Entre otras cuestiones, habrá que decidir con qué progenitor se quedan los hijos menores de edad, el régimen de visitas en favor del progenitor no custodio, quién continúa en el uso de la vivienda familiar o la contribución de cada uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio.

también pueden adoptarse en medidas provisionales, aunque no se diga nada en el art. 103 CC¹¹.

Las medidas definitivas, aun a pesar de su nombre, son susceptibles de modificación cuando por el transcurso del tiempo se alteren sustancialmente las circunstancias que concurrieron en el momento de dictarse aquellas medidas¹². Entre las diferentes medidas relativas a los hijos, a los efectos de este trabajo, solo vamos a tener en cuenta las relativas a la guarda y custodia, la patria potestad y el denominado derecho de visita o de relación personal por estar entrelazados entre sí.

Estas medidas es aconsejable que se establezcan siguiendo un determinado orden como el que se propone en el art. 90.I. CC para fijar los extremos que han de incluirse en el convenio regulador: en primer lugar, hay que determinar con quien quedan los hijos sujetos a la patria potestad. En segundo lugar, hay que determinar cómo se efectuará el ejercicio de la patria potestad. En tercer lugar, hay que establecer el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor no custodio.

La primera cuestión a dilucidar es la determinación del progenitor con el que han de quedar los hijos comunes sujetos a la patria potestad, es decir que se tiene que fijar quien va ostentar la guarda y custodia de acuerdo a las previsiones de los arts. 90.I.a); 94.I, 103.I, 104.I y 106.I CC. La guarda y custodia podrá tener carácter exclusivo (monoparental o individual), cuando recaea en un único progenitor teniendo el otro a su favor un régimen de visitas intersemanal, de fines de semana y de vacaciones. La guarda y custodia tendrá carácter compartido (guarda y custodia compartida o distributiva) cuando recaiga en ambos progenitores y supone- como regla general- un traslado alternativo por lapsos de tiempo determinados a la vivienda de cada uno de los progenitores. Esta decisión respecto a que la custodia sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges puede acordarse por los progenitores en el convenio regulador que tendrá que homologarse judicialmente (art. 91. I CC). En el caso de que los padres vivieran separados y no decidieran de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que

11 LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: "Comentario al art. 103", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, tomo II*, (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1006.

12 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Separación y divorcio", cit., p. 130, señala que la jurisprudencia ha establecido que, para proceder a un cambio del régimen de custodia, no es preciso que el cambio de circunstancias sea "sustancial" como aparece en el art. 91 I in fine, sino que es suficiente con que sea "cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor. En ese sentido se pronuncia la STS 5 abril 2019 (Tol 7216461). Este mismo autor también cita la STS 24 septiembre 2019 (Tol 7503994), que modificó el régimen de custodia (de monoparental a compartida) respecto de una niña que, cuando se acordó la custodia exclusiva en favor de la madre, tenía 2 años, frente a los 12 actuales, siendo prácticamente idéntico el tiempo que pasan ambos progenitores con la menor.

fueran mayores de doce años” (art. 159 CC). La patria potestad también puede ejercitarse total o parcialmente por uno de los cónyuges (art. 92.4 CC) o por cualquiera de los progenitores, aunque no estén casados.

La guarda y custodia podrá ser compartida si los padres así lo solicitan de mutuo acuerdo en el convenio regulador o a lo largo del procedimiento (art. 92.5 CC). Con independencia de la modalidad de guarda y custodia solicitada por los cónyuges el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, por alguno de los miembros del Equipo Técnico Judicial o por el propio menor (art. 92.6 CC). Excepcionalmente, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida cuando se solicite por una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, fundamentándolo en que sólo de esta forma se protege el interés superior del menor¹³.

En el nuevo párrafo II del art. 91, introducido por la Ley 8/2021, se establece que cuando al tiempo de la “nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad”.

En segundo lugar, habrá que establecer aquellas medidas que, en su caso, puedan afectar a la patria potestad. No obstante, respecto de esta figura, siempre que se produce un supuesto de separación, o ruptura y disolución vínculo conyugal (o separación de la pareja de hecho), lo normal es que los hijos menores de edad queden bajo la patria potestad de ambos progenitores, salvo los casos en los que por resolución judicial se produce la privación de la misma a uno de los padres¹⁴. Cuestión diferente es el ejercicio de la patria potestad que en principio la ostenta quien tiene la guarda y custodia sobre los hijos comunes. Sin embargo, en los casos en los que haya acuerdo entre los progenitores son ellos quienes pueden recoger en el convenio regulador las cuestiones relativas al cuidado de los hijos. En el art. 90.1.a) CC se exige que en el convenio se contenga el extremo relativo al

13 El término “favorable” del apartado 8.º del artículo 92 ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 183/2021 (Pleno) 17 octubre 2012 (RTC 2012,103) por entenderse que no hay ningún argumento que justifique la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto del Ministerio Fiscal. Además, la imposición de ese dictamen obstativo, entra en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor.

14 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Separación y divorcio”, cit., pp. 131-132, estima que la existencia de una separación o divorcio no es suficiente para afectar a titularidad de la patria potestad puesto que esta deriva de la relación paterno-filial y no del matrimonio de los progenitores. No obstante, la autoridad judicial podrá privar de la patria potestad si en el proceso se revela causa para ello (art. 92.3 CC), lo que tendrá lugar si se ha producido un incumplimiento grave de los deberes inherentes a ella (art. 170.1.CC).

“cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos” así como “el ejercicio de ésta”. Es de destacar que en la actual redacción del art. 160 CC se reconoce el derecho de los hijos menores a “relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga de otra cosa por resolución judicial [...]”. En este precepto también se contempla la posibilidad de que se facilite al menor el traslado a un centro penitenciario en caso de privación de libertad de uno de los progenitores, siempre que el interés superior del menor recomiende aquellas visitas¹⁵.

La tercera medida que habrá que adoptar, en el caso de que se haya establecido una guarda y custodia monoparental será la de determinar el régimen de comunicación y estancia de los hijos menores con el progenitor que no viva habitualmente con ellos [arts. 90.I.a); 94.I, 103.I, 104.I, 106.I CC]. Este mismo derecho de visitas, comunicación y tenencia también podrá solicitarse por el progenitor no custodio respecto de sus hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyos. Esta cuestión también ha sido introducida por la Ley 8/2021 al modificar los arts. 91.II; 94 y 172 bis I y 173. I CC. El régimen de comunicación y estancia no sólo se aplica con la guarda y custodia monoparental puesto que también cabe con la custodia compartida. En este caso, una vez fijado cada cuanto tiempo corresponde a los menores vivir con cada progenitor (por lo general una semana alterna), también habría que establecer un régimen de comunicación y, opcionalmente uno de visitas intersemanales. En la custodia compartida también hay que delimitar las cuestiones organizativas respecto del cambio de turno: quien es el encargado de recoger a los menores cada vez que empieza un turno y quien tiene la obligación de reintegrarlo al otro domicilio cuando finaliza la estancia.

Entre los preceptos relativos al derecho de visita destacan los siguientes artículos: en primer lugar, el art. 90.I.a) CC relativo a uno de los extremos que necesariamente ha de incluir todo convenio regulador, en concreto “El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”. En sede de medidas definitivas, el art. 92.2 CC (modificado por la Ley 8/2021) establece que cuando la autoridad judicial deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, cuidado y educación de los hijos menores tendrá que velar por su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor en esta cuestión. En el art. 94.I CC (modificado por la Ley 8/2021), también relativo a las medidas definitivas, se

15 HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 160”, cit., pp. 1299-1300, estima que la consideración como derecho del menor que hace el art. 160 CC, no significa que los progenitores dejen de tener de derecho alguno a relacionarse con el menor, puesto que el art. 94 CC, en sede de nulidad, separación y divorcio, continúa refiriéndose al derecho de los progenitores a visitar, comunicarse y tener en su compañía a los hijos. Se trata de dos caras de una misma moneda, si bien tiene prevalencia el derecho de los menores como consecuencia del interés superior del menor.

establece que “La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. En el art. 103.1ª. I CC, relativo a las medidas provisionales coetáneas, se señala que será el juez, quien determine con cuál de los cónyuges han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos. Asimismo, determinará “la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”. Entendemos, que este precepto se aplica en el caso de no existir acuerdo de los progenitores manifestado en forma de convenio regulador o para el caso de que este no sea homologado por el juez¹⁶. Estas medidas también pueden solicitarse antes de presentarse la demanda de separación, divorcio, nulidad o alimentos y guarda de hijos comunes, es decir como medidas provisionales previas o provisionalísimas de acuerdo con el art. 104 CC. En el caso de que los padres vivan separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años” (art. 159 CC). Este régimen de visitas, en circunstancias normales, adopta la forma del denominado régimen ordinario, que ha sido fijado por la praxis judicial y que comprende los fines de semana alternos, desde el viernes por la tarde o sábado por la mañana, hasta la tarde-noche del domingo¹⁷. Por el contrario, será un régimen extraordinario de medidas el que se acuerda para los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano que serán repartidas entre ambos progenitores. En todo caso el Juez será quien en última instancia determine el tiempo, el modo y el lugar del ejercicio de este derecho de visita, de manera que podrá limitarlo o suspenderlo, siempre en beneficio o interés del menor, cuando se produzca un cambio de las circunstancias o cuando se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. En este sentido se ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia¹⁸.

16 UREÑA MARTÍNEZ, M.: “Comentario a la STS 1 octubre 2010 (RJ 2010, 7302)”, CCJC, núm. 86/2011 (disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es>), dice que, en defecto de acuerdo, la decisión corresponderá a la autoridad judicial con arreglo a lo establecido en el art. 159 CC que, con carácter general, permite al Juez decidir “al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”. En este caso, “el Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”. Esa medida se decidirá siempre en beneficio de los hijos.

17 Así se ha fijado entre muchísimas otras en las SSAAPP Pontevedra 19 diciembre 2007 (JUR 2008, 81387) y Álava (Sec. 1ª) 5 julio 2011 (JUR 2012, 45239). También podría considerarse dentro del régimen ordinario la fijación de un día intersemanal sin pernocta, como indican las SSAAP Barcelona (Sec. 12ª) 5 junio 2019 (JUR 2019, 185070), Salamanca (Sec.1ª) 2 mayo 2019 (JUR 2019, 177627) o dos días intersemanales sin pernocta como señala la SAP Málaga (Sec.1ª) 15 noviembre 2018 (JUR 2019, 166042) o uno con pernocta, como señala la SAP Valencia (Sec.10ª) 16 junio 2003 (JUR 2003,190474).

18 Así, la STS 25 abril 2011 (RJ 2011, 3711) establece que la decisión sobre el derecho de visitas deber ser dictada teniendo en cuenta siempre el interés del menor ya que puede ser objeto de revisión según las circunstancias de cada momento. Realmente son numerosas las sentencias del Alto Tribunal en las que se hace referencia al principio del interés superior del menor. Así las SSTs 19 de abril de 2022 (Tol 8916983), 22 de junio de 2021 (Tol 8495897); 31 de mayo de 2021 (Tol 8463907); 6 julio 2020 (Tol 8000147); 28

En medio de estas medidas hay que destacar la prevista en el art. 103.I.II establece como excepción que los hijos menores puedan ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. Se trata de supuestos excepcionales en los que ambos progenitores han dejado de cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad por motivos como la drogadicción, ingreso en prisión, entre otros. También está el caso de que sólo existe un progenitor por haber fallecido el otro o por no haber sido nunca determinado. No obstante, más adelante volveremos a pronunciarnos sobre esta medida.

El procedimiento a seguir para la delimitación y ejecución del régimen de visitas está regulado en la LEC en el Capítulo IV, bajo el epígrafe “De los procesos matrimoniales y de menores” (arts. 769 a 778), dentro del Título I “De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores” dentro del Libro IV “De los procesos especiales”. El art. 770 remite al juicio verbal teniendo en cuenta las reglas previstas en los arts. 748 y siguientes. LEC. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (en adelante LJV), también tiene algunos preceptos aplicables al derecho de visitas dentro de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia del título II. En concreto, dentro de la Sección 3ª “De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad” hay que destacar el art. 87.1.a) que permite, entre otros, la aplicación de la LJV para la adopción de las medidas de protección de los menores que establece el art. 158 CC (modificado por la Ley 8/2021). Entre estas medidas están las de los apartados 4º y 5º que contemplan la prohibición de aproximación y, comunicación con el menor que puede imponerse a los progenitores y cualquier otra persona. En el apartado 6º se prevé “la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”.

Otra cuestión a tener en cuenta respecto al régimen de visitas es que cabe establecer un régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos [arts. 90.1.b); 90.2. III; 94.VI; 103.1ª.II y 161 CC], al que nos referiremos más adelante. Este derecho de los abuelos (o de los hermanos u otros familiares o allegados)

enero 2020 (Tol 7831825); 16 enero 2020 (Tol 7698821); 11 abril 2018 (RJ 2018, 1729), 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2219), 26 noviembre 2015 (2015,5624), 23 septiembre 2015 (RJ 2015,022), 10 julio 2015 (RJ 2015,564), 31 enero 2013 (RJ 2013,27), 11 febrero 2011 (RJ 2011,311), 29 noviembre 2010 (RJ 2011,546), 14 julio 2010 (RJ 2010,045), 1 octubre 2010 (RJ 2010,302), 11 marzo 2010 (RJ 2010,302) y 28 septiembre 2009 (RJ 2009, 7257). También se han pronunciado en parecido sentido las SSTC 113/2021, de 31 de mayo (Tol 8486040); 178/2020, de 14 de diciembre (Tol 8441207) y 81/2021, de 19 de abril (Tol 8420784).

a relacionarse con los menores está vigente en nuestro país desde la desde la publicación de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos que modificó los arts. 90, 94, 160 y 161 para incluir aquel derecho.

Una última cuestión, relativamente novedosa, es que como consecuencia de la Ley 17/2021, se ha introducido un nuevo 90.1.b) bis que permite que en el convenio regulador se regule sólo “el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal”. Además, se establece “el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal”. Otros preceptos relativos al destino de los animales tras la crisis de pareja, son los arts. 90.1.b) bis, 90.2. II; 90.3. II, 94 bis, 103.1.^a bis¹⁹.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LOPJM), contiene una prolija regulación del interés superior del menor²⁰. En su apartado primero, modificado por la Ley 8/2021 se establece que “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”²¹. De entre el resto de apartados de este precepto,

19 Respecto de los animales domésticos y crisis familiares pueden consultarse las siguientes obras: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una ‘pertenencia’ de la vivienda familiar?”, *Actualidad Civil*, nº 7-8, sección persona y derechos, nº7, 2020. GARCÍA MAYO, M.: “El concepto de animal doméstico y de compañía”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales: Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (coords. M. GARCÍA MAYO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA). Reus, Madrid, 2022, pp. 129-155.

20 El art. 39 CE establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Entre estos tratados internacionales ratificados en los últimos años por España, destaca la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo. Asimismo, es de destacar la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007. A nivel europeo es destacable Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

21 Señala BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y la custodia”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 746, noviembre 2014, p. 3289 que el interés superior del menor es el criterio preferente en todas las normas nacionales e internacionales. En el caso de la atribución de la guarda y custodia será el criterio preferente. De modo similar se manifiesta TAMAYO HAYA, S.: “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, 2008 octubre-diciembre, p.37.

a los efectos de la institución de la guarda y custodia y del derecho de relación de los progenitores con sus hijos es de destacar el apartado 2 que establece que a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: “b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”. Asimismo, en el apartado 3 se establece que los criterios del apartado anterior se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) la edad y madurez del menor. Finalmente, en el apartado 4 se establece que “En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Todo lo anterior “obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro régimen de visitas del menor con su padre, que le permite ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial”²². En realidad, el principio del interés superior, que es un concepto jurídico indeterminado, como ya se ha visto se incluye como una especie de coetilla de estilo en la gran mayoría de preceptos relativos a las medidas que pueden adoptarse con un menor en los procesos de familia. En el caso del derecho de visita cualquier previsión de los artículos que regulan esta materia podrán no aplicarse si suponen una contravención de aquel principio. En la doctrina se ha señalado que la utilización de un concepto jurídico indeterminado como el del interés del menor presenta el inconveniente de que se acuda a él para fundamentar la decisión concreta que se adopte, pero sin entrar a motivarla debidamente²³.

22 Así se contempla en la SAP Madrid (Sec. 22ª) 22 marzo 2019 (JUR 2019, 152720). Para la SAP Soria (Sec.1ª) 24 junio 2002 (JUR 2002, 212823) señala que cualquier caso, el derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él no es incondicionado en su ejercicio, sino que está subordinado al interés o beneficio del hijo (“favor filii”), criterio básico que ha de guiar las medidas judiciales al respecto del derecho de comunicaciones y visitas para el progenitor no custodio.

23 Compartimos sin ningún género de duda la opinión en ese sentido de BARCELÓ DOMÈNECH, J.: “El interés del menor como criterio de aplicación de la ley valenciana de relaciones familiares”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, p.800. Este autor, también advierte de que hay que huir de las excesivas generalizaciones amparándose en este principio y que es necesario en todo caso examinar las circunstancias para resolver aquello que resulte más favorable a los intereses del menor.

En consecuencia, todas las cuestiones que afecten a los menores de edad en materia de guarda y custodia, patria potestad y régimen de visitas se tendrán que adoptar atendiendo a su interés superior contemplado en el art. 2 de la LOPJM²⁴. El legislador se refiere al interés del menor en multitud de preceptos que afectan al ámbito de nuestro trabajo. Así sucede con el art. 90.1b) CC que contempla el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos teniendo en cuenta el interés de los primeros. En el art. 92.2 CC se establece que el Juez cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. La novedad, que se introduce con la modificación de este precepto por la Ley 8/2021 es que la autoridad judicial “emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión”. En el art. 92.4 CC también encontramos una referencia implícita al interés del menor al decir que “los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”. En el art. 92.8 CC se prevé que se acuerde la guarda y custodia compartida a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, si de esa manera se protege adecuadamente el interés superior del menor²⁵. Nuevamente, en el art. 94 VI CC se exige que se resuelva en cuenta el interés del menor para determinar el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos. En la nueva versión del precepto (modificado por Ley 8/2021) se amplía este derecho a quienes tengan la condición de hermano, pariente o allegado. Este mismo derecho ahora se reconoce a estas personas respecto de la persona mayor con discapacidad que precise de apoyo para tomar la decisión. Asimismo, en el art. 103.I CC, relativo a las medidas provisionales una vez admitida la demanda, se exige la concurrencia del interés de los hijos para determinar con que cónyuge han de quedar los hijos menores y determinar la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia ha de cumplir el deber de velar por aquellos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. En el art. 103.I.II se establece que excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren, aunque no se haga referencia alguna al interés de los menores este también tendrá que ser tenido en cuenta de modo similar a lo previsto en el anterior párrafo del mismo precepto. Nuevamente, hay referencia a este interés en el art. 154 CC donde se dice que la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas. En el art. 156.V CC, en caso de progenitores separados, la autoridad judicial podrá determinar, en interés del hijo, a solicitud del progenitor no custodio que se atribuya “al solicitante la patria potestad para que la ejerza

24 LOPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentario al art. 103”, cit., p. 1006.

25 El inciso «favorable» que se contenía en la redacción del apartado 8.º del artículo 92, dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 184/2012 (Pleno) 17 octubre 2012.

conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio”.

En la anterior redacción del art. 158. 6° CC se garantizaba que el menor pudiera ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses cuando se tuviera que dictar alguna de las medidas previstas en el art. 158 CC como son, entre otras, las relativas a la prohibición aproximarse al menor o de comunicación con el mismo. En la nueva redacción del art. 158 CC, sin embargo, desaparece la referencia al interés del menor. No obstante, en la nueva versión del apartado 6°. II de ese precepto (introducido por la Ley 8/2021) se establece que todas la medidas allí contempladas podrán adoptarse “podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad”, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma”, de donde cabe inferir que el interés del menor se entiende implícito en la audiencia del mismo. En el art. 160.I CC después de decir que los menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, se permite que la Administración, en caso de privación de libertad de uno de los progenitores, facilite el traslado del menor acompañado al centro penitenciario si el interés del menor recomienda visitas a aquellos. En el art. 161 CC, se permite, en interés del menor, la suspensión temporal de las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados con los menores que estén en situación de desamparo en una Entidad Pública²⁶. En el art. 163 CC se establece el nombramiento de un defensor judicial siempre que alguno de los progenitores tenga un interés opuesto al de sus hijos no emancipados y de los menores emancipados cuya capacidad haya que completar. El defensor los representará dentro y fuera de juicio²⁷. Si el conflicto fuera sólo con un progenitor corresponde de manera automática por Ley representar al menor o complementar su capacidad.

26 MUÑOZ RODRIGO, G.: “El régimen de visitas”, cit., p. 182, se refiere al derecho de comunicaciones como la posibilidad que tiene el progenitor no custodio de comunicarse con el menor por cualquier vía; aquí entrarían tanto las clásicas vías epistolar o telefónica, como las nuevas tecnologías cartas o comunicaciones (WhatsApp, Telegram, Skype, FaceTime, Facebook, etc.). Señala este autor como en algunas sentencias, ante la falta de acuerdo de los progenitores, ya se ha acotado un tiempo máximo para la duración de estas comunicaciones, así como un determinado horario para no interferir en los tiempos de descanso y estudio del menor. Este es el caso de la SAP Barcelona (Sec. 12ª) 28 junio 2018 (Tol 6673534) para la que lo habitual suele ser establecer que las comunicaciones podrán realizarse los martes y los jueves entre las 20:00 y las 20,15 h con una duración máxima de 20 minutos. Se requiere de forma expresa en la sentencia a que la madre facilite el número de teléfono al que podrá llamar el padre.

27 La redacción del precepto ha sido ligeramente modificada por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas, si bien se ha limitado a sustituir la expresión “el padre y la madre” por la de los “progenitores”. Sin embargo, ha dejado sin modificar la expresión “hijo” que aparece en el mismo precepto.

En el art. 170.II CC se posibilita la recuperación de la patria potestad del progenitor que hubiera sido privado de aquella cuando cese la causa que motivó aquella privación, siempre en beneficio e interés del hijo²⁸. La referencia al interés superior del menor también se encuentra presente en la mayoría de los artículos del Código civil relativos a la guarda y acogimiento de menores (art. 172.1.III, 172.3, 172.4. II, 172 bis 1, 172 ter 1, 172 ter 3, 172 ter 3.II, 173.4.b), 173 bis 2.a).b) y c), 174.2. Este interés del menor también está presente en las decisiones que afectan a la adopción: art. 176.1, 176 bis 2, 178.4 I y II. También hay referencias al interés del menor en la tutela: arts. 200.I, 203, 213.IV, 214, 217, 220, 222.II, 227, 229.II y III, 236).

El interés del menor también es mencionado en la LEC, así sucede con los arts. 141 bis, 164 I y II, 749.I. Otras referencias al interés del menor directamente relacionadas con el tema de nuestro estudio se encuentran en el art. 749 II.2 LEC (modificado por la Ley 8/2021) donde se establece como preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal. El art. 751 LEC relativo a la indisponibilidad del objeto del proceso. En el art. 770 LEC (modificado por Ley 8/2021) en las audiencias con hijos menores o con mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantiza por la autoridad judicial que aquellas “que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”. El art. 776.3º LEC (ejecución forzosa de los pronunciamientos de medidas) establece que “El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas siempre y cuando sea acorde con la evaluación del interés superior del menor que haya sido realizada previamente”²⁹. En el art. 777.8.II LEC (modificado por Ley 8/2021) establece que sólo el Ministerio Fiscal podrá recurrir “sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio solo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o en aras de la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de los hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores”. En el art. 778 quáter 8º LEC se establece que durante todo el proceso de restitución de menores o su retorno a su lugar de procedencia se podrá acordar que se garanticen los derechos de estancia, visita, relación o comunicación del menor con el demandante si ello fuera conveniente a sus intereses. En el art. 778 quinquies 8.II, para idéntico procedimiento de restitución de menor o su retorno al lugar de procedencia, se establece que

28 La redacción del art. 170.I CC ha sido ligeramente modificada por la Ley 4/2023 al sustituir la expresión “el padre o la madre” por la de “progenitores”.

29 Este precepto ha sido modificado por el art. 103.121º del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

en la “exploración del menor se garantizará que el mismo pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Esta actuación podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar”. En el art. 778 quinquies 9, el Juez al dictar la sentencia en la que estime la restitución del menor o su retorno se dictará teniendo en cuenta su interés superior:

IV. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.

El art. 9 LOPJM, en su nueva redacción efectuada por la LO 8/2015 establece que “El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez [...]”³⁰. El derecho del menor a ser oído y escuchado se garantiza cuando tenga la suficiente madurez y en todo caso cuando tenga doce años cumplidos³¹. Este derecho está íntimamente unido al interés superior del menor³². En todo caso hay que tener presente que en todos aquellos casos en los que existan hijos menores de edad es obligatoria la intervención del Ministerio Fiscal de acuerdo con lo establecido en los art. 771.2, 771.3 y 749.2 LEC.

30 El art. 9 LOPJM continúa diciendo que “En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

31 SSTS 30 noviembre 2020 (Tol 823047); 19 julio 2021 (Tol 8529820); 27 julio 2021 (Tol 8587710); 19 de abril 2022 (Tol 8916983).

32 ORDÁS ALONSO, M.: “6. El interés del menor como principio rector» en ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita*, cit., estima que ambos preceptos, 2 y 9 LOPJM, tienen funciones complementarias. El niño ya no es un receptor pasivo de los cuidados y atenciones de los adultos sino un protagonista activo, un individuo con opiniones propias que habrán de ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez, llamado a participar en todo proceso de toma de decisiones que le afecten.

En el Código civil, en materia de guarda y custodia, patria potestad y derecho de visitas, son varios los preceptos en los que se establece el derecho de los menores a ser oídos. Así el art. 92.2 CC establece que el juez al adoptar cualquier medida sobre “la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión”. En el art. 154 IV se establece que si los menores tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En el nuevo inciso final de este apartado (introducido por la Ley 8/2021) se establece que “en todo caso, se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”. Asimismo, en el art. 156 III CC, reformado por la Ley 8/2021, pero sin ninguna nueva consecuencia jurídica de calado se establece que “en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”. En el inciso final, sí que se introduce un aspecto novedoso al establecer que: “en los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro”. Finalmente, también se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, en el art. 158.6° CC cuando se adopte la medida prevista en el art. 158.4 CC de prohibición a los progenitores y otros parientes y terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y otros lugares que frecuente. En el apartado 5 de ese mismo precepto se establece la medida de prohibición de comunicación con el menor a las mismas personas que en el anterior apartado. En esta medida se prohíbe cualquier “contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad”³³. En el art. 159 CC se establece que “Si los padres viven

33 BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior”, cit., p.3286, enfatiza el hecho de que estas medidas pueden dictarse no solo en un proceso civil, sino también penal o bien de jurisdicción voluntaria. Por su parte, GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte II), Elderecho.com, enero 2017 (<https://elderecho.com/los-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-en-materia-de-familia-en-la-ley-152015-de-2-de-julio-parte-ii>), señala que esas medidas fueron modificadas por la Ley 26/2015, destaca que la novedad de la reforma estriba la posibilidad de imponer como medidas civiles de protección la prohibición de acercamiento (u orden de alejamiento) al menor o a la persona con capacidad modificada judicialmente. De modo parecido sucede con la prohibición de comunicarse a través de cualquier medio con aquellas personas.

separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

En la nueva redacción del art. 770.4 III LEC se establece que si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios menores “podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando”³⁴. En estas exploraciones de menores o de mayores con discapacidad que precisen del apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

No obstante, el derecho a ser oído no significa que el menor tenga que ser obligatoriamente oído en todos los procedimientos en los que el juez se tenga que pronunciar sobre las medidas relativas a la guarda y custodia y al derecho de visitas³⁵. El Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto en varias ocasiones³⁶.

V. EL DERECHO DEL PROGENITOR NO CUSTODIO A LAS VISITAS.

En la nueva redacción del art. 94. I CC, de modo similar a la anterior versión, se establece que “La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”³⁷. Este derecho de visita en favor de los progenitores se volvía a reiterar en el antiguo art. 160 CC (redactado por la Ley 13/2005) que establecía que “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución

34 Se modifica la regla 4ª y se añade la 8ª al 770 LEC por el art. 4.21 de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

35 A partir de la STC 163/2009, 29 junio 2009 (RTC 2009, 163) ya no se exige que la audiencia al menor se realice directamente por el Tribunal, pudiendo ser escuchados por profesionales cualificados.

36 ALONSO BEZOS, J.J.: “Guarda y custodia. Exploración del menor”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 9/2019 (disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es>) señala que el Tribunal Supremo en varias ocasiones se ha pronunciado sobre la validez de la decisión del juez de la no admisión o la no práctica de la exploración del menor cuando esta se fundamente de manera motivada teniendo en cuenta la situación y evolución del menor, y sobre todo, los beneficios, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez. Así, en las SSTs 10 julio 2015 (RJ 2015, 2564), 29 noviembre 2010 (RJ 2011, 1546) y 14 julio 2010 (RJ 2010, 6045).

37 Nueva redacción del art. 94 CC efectuada por el art. 2.10 de la Ley 8/2021.

judicial". Sin embargo, en la vigente redacción del art. 160 CC (redactado por la Ley 26/2015) este derecho que antes se configuraba en favor del progenitor, pasa ser titularidad del hijo menor en su apartado 1º al decir que: "Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161 [...]"³⁸. En el apartado 2º de este mismo precepto este derecho del menor a tener relaciones personales con sus progenitores se extiende a "sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados". Se precisa en este apartado que estas relaciones no podrán impedirse por la autoridad judicial sin justa causa.

De modo que en la actualidad en el art. 160 el derecho de visita se configura como un derecho de los hijos menores. Sin embargo, lo anterior es compatible con el art. 94 donde continúa manteniéndose como un derecho en favor del progenitor no custodio. De modo similar, puede afirmarse que el régimen de visitas del menor con sus abuelos (y otros familiares) es un derecho tanto de los menores como de sus ascendientes³⁹. No obstante, en caso de colusión de derechos el del menor tendrá carácter preferente sobre el de los progenitores y abuelos u otros familiares por aplicación de lo dispuesto en el art. 2. 4 LO 1/1996 al decir que "En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"⁴⁰.

En la doctrina se ha llegado a decir que el derecho de visita es un derecho subjetivo puesto que confiere una esfera de poder a su titular; se trata de un poder jurídico institucionalizado y tipificado por el Ordenamiento que va más allá de una simple facultad desprendida de un derecho más amplio, que habilita a su titular

38 HERRERO OVIEDO, M.: "Comentario del art. 160", cit., p. 1299, señala que el TS ya había configurado el derecho de visita como un derecho del menor. Este era el caso de la STS 23 noviembre 1999 (Tol 5120625) que establece que los hijos menores son titulares del derecho a relacionarse con sus progenitores, derecho que contribuye al desarrollo de la personalidad afectiva del menor (y también del progenitor) convirtiéndose en un "factor fundamental" para este desarrollo.

39 CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El derecho de relación", cit., p. 208, estima que en el caso de los abuelos tal derecho corresponde tanto a aquellos como a los nietos, y por lo tanto la solicitud del régimen de visitas puede provenir tanto de los abuelos como de los nietos en el caso de que estos tengan la madurez suficiente de acuerdo con lo previsto en el art. 162.II.1º y 2º CC.

40 En la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017,2219) se reconoce que la comunicación y visitas del progenitor no custodio se configuran como un derecho del progenitor y al mismo tiempo, como un derecho del propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del menor. También se dice que: "El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda sobre la situación del menor, incluido el régimen del llamado derecho de visita, es el del interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta por ello desdeñable (STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176), con cita de otras anteriores). Así lo exige el art. 39 de la Constitución y resulta también del art. 92.4 y 8 y del art. 94 CC, que deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor".

para ejercitar una serie de posibilidades de obrar (comunicar en varias formas, ver y visitar, albergar), tuteladas por la ley y por los tribunales⁴¹. En ocasiones se ha fundamentado este derecho en el art. 39 III CE puesto que es el instrumento adecuado para el cumplimiento del deber de asistencia impuesto por esta norma a los progenitores para con sus hijos⁴². Asimismo, este derecho forma parte del contenido esencial de la patria potestad contemplado en el art. 154 CC⁴³. La jurisprudencia ha venido considerando al derecho de visita del progenitor no custodio, no como un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene sólo por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado⁴⁴. En la doctrina se ha matizado que es un derecho-deber para los progenitores mientras que para los hijos es únicamente un derecho. En todo caso, le hecho de que se instaure en beneficio del menor permite que sea limitado o incluso suspendido en el caso de que perjudicase el interés superior del menor de aquél⁴⁵.

- 41 Defienden que el derecho de visitas es un derecho de la personalidad GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario a los artículos 42 a 107 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), 2ª ed. Edersa, Madrid, 1984, T.II, p.398. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, cit., p. 386. Algunas sentencias llegaron a acoger esta tesis como la SAP Cádiz junio 1992 (AC 1992, 846) al decir que: “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”. En parecidos términos la SAP Madrid (Sec.22ª) 22 marzo 2019 (JUR 2019, 152720) “el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos”.
- 42 ROCA TRIAS, E.: “Comentario del art. 94 CC”, en AA.VV. *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, T.I. p. 394. LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentario del art. 94”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 964, también estima que el derecho de visita tiene su fundamento en el art. 39.I y 3 CE, el art. 154 CC y el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.
- 43 MUÑOZ RODRIGO, G.: “El régimen de visitas”, cit., p. 179. LINACERO DE LA FUENTE, M.: “La patria potestad”, cit., p.487, que este derecho-deber integra el contenido esencial de la patria potestad (art. 154 CC) y que en el ámbito de la separación y el divorcio el derecho-deber de comunicación se regula en el art. 94 CC.
- 44 En la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2219) se entiende “el sentido de las visitas como un derecho-deber, una función concebida en beneficio del menor, en la medida en que contribuye a un desarrollo del menor más íntegro que permite el mantenimiento de los lazos afectivos del menor con el progenitor con el que no convive, la sentencia Para la SAP Asturias (Sec. 6ª) 26 septiembre 2016 (JUR 2016, 226124), el régimen de comunicación o de permanencias entre los menores y el progenitor con el que no conviven, se trata de un derecho que ha de hacerse efectivo en interés de los hijos para procurarles su desarrollo integral, derecho prevalente o interés superior del menor, que viene reconocido, en este ámbito de las visitas, en la legislación internacional (art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989) En la SAP Madrid (Sec. 24ª) 16 julio 2021 (AC 2022, 651) se establece que el régimen de visitas, que es un derecho de los hijos y una obligación para los progenitores, en este caso, para la madre de facilitar las visitas y para el padre de cumplirlas. En la SAP Barcelona (Sec. 18ª) 20 febrero 2020 (AC 2020, 355) se dice que: “Existe un derecho del progenitor a relacionarse con el hijo, pero es un derecho complejo siendo al tiempo un deber en la medida en que el hijo necesita del afecto del padre y de la madre no custodios, pero también que éste lleve a cabo su labor educadora y formativa, y para ello debe existir la convivencia. Caso de vivir separadamente, el hijo tiene derecho a pasar períodos de tiempo con el progenitor no custodio y éste tiene el derecho a disfrutar de la compañía del hijo como también el deber de ayudarlo en su formarle y dedicarle tiempo y atención». En parecidos términos se pronuncian el AAP Córdoba (Sec. 1ª) 25 julio 2019 (JUR 2020, 11154), la SAP Madrid (Sec. 22) 22 marzo 2019 (JUR 2019, 152784) y la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec.1ª) 16 enero 2012 (JUR 2012, 89717)”.
- 45 HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 160”, cit., p. 1302, estima que el derecho de los progenitores es de menor entidad que el de los menores, por lo que cederá cuando la autoridad judicial considere que se

VI. EL DERECHO DE LOS ABUELOS A LAS VISITAS.

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, en su Exposición de Motivos mantiene que para el menor el mantenimiento de relaciones familiares con sus abuelos incide positivamente en la estabilidad afectiva y personal del menor. De ahí que como consecuencia de esta ley se introducen varias modificaciones en el Código civil para reconocer este derecho tanto a los nietos como a los abuelos. Posteriormente, como consecuencia de otros cambios legislativos, este derecho en favor de los abuelos (y de los menores) se extiende a otras personas relacionadas con el menor como sus hermanos, otros familiares y allegados. En la doctrina se ha mantenido que cuando el legislador establece un régimen de comunicación y estancia de los abuelos con los nietos (o viceversa) está pensando en aquellos casos en los que no es posible la existencia de relaciones entre ambos a través de la guarda y custodia o el derecho de visita de sus progenitores. En consecuencia, la falta de relación o incluso hostilidad entre los abuelos y progenitores no son contempladas por los Tribunales como causa suficiente para denegar las relaciones abuelos-nietos; cuestión diferente es que la situación conflictiva afecte al propio menor y a su estabilidad emocional⁴⁶.

En la actualidad la regulación del derecho de relación entre el menor y sus abuelos, hermanos y otros allegados es la siguiente: en el art. 90.1 b) CC se establece que el convenio regulador podrá contemplar, si se considera necesario, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con sus abuelos. De la redacción del precepto se concluye que se trata de un extremo que si bien puede incluirse en el convenio regulador no tiene la condición de obligatorio. Tampoco puede inferirse que se trate de un derecho en favor de los hijos ni de los abuelos. Nuevamente en el art. 90.2.III CC se establece con carácter potestativo que las partes puedan proponer un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos. En este caso, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos tendrá que hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede. En el art. 94.VI CC, reformado por la Ley 8/2021, sí que se refiere al reconocimiento del derecho de comunicación y visita, previsto en el art. 160.2 CC, en favor de hermano, abuelo, pariente o allegado del hijo menor o de aquel mayor con discapacidad. Para que la autoridad judicial adopte esta medida definitiva se exige la previa audiencia de los progenitores y de quien lo

pone en peligro el interés superior del menor (art. 94 IV CC). Como sucede ante episodios de violencia del progenitor hacia el otro progenitor o contra el menor.

46 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, pp.258-259.

hubiera solicitado. De este artículo cabe destacar que en su nueva redacción se amplía el número de titulares de este derecho que ahora, además de los abuelos, incluye a los hermanos, parientes y allegados. Además, ahora también se aplica ese derecho en favor de los hijos mayores con discapacidad que precisen de apoyo para tomar la decisión. La resolución judicial estableciendo esta medida tendrá presente el interés del menor y la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad. En el art. 160.2 CC (redactado por la Ley 26/2015) se establece que “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”⁴⁷. En el párrafo II, del apartado 2 del art. 160 CC, se establece que en caso de oposición (entendemos que de alguno de los progenitores o del propio menor o mayor con discapacidad) “el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá, atendidas las circunstancias”. En este párrafo este tipo de visitas se configuran no sólo como un derecho en favor de abuelos y otros parientes, sino también del menor. En el inciso final de este párrafo se dice que el Juez “Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”⁴⁸.

En la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, se hace constar que la aplicación del derecho de visita en favor de los abuelos (ahora también en favor de hermanos, otros parientes y allegados) no sólo se circunscribe al caso de las rupturas matrimoniales, sino que también pretende articular una salvaguarda frente a otras situaciones como el mero desinterés de los progenitores o la ausencia de uno de ellos que en tales circunstancias perjudicase las relaciones de los nietos con sus abuelos. De ahí que en el art. 161 CC (redactado por la Ley 26/2015), se hace explícito y singular el régimen de visitas y relaciones de los abuelos con los nietos sometidos a acogimiento. Aunque también se refiere a los progenitores, hermanos, demás parientes y allegados. De modo que la Entidad Pública (y no la autoridad judicial) será la que regule las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores que ha sido declarados en situación de desamparo. También podrá

47 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El derecho de relación”, cit., p. 203-204, estima que la “justa causa” para que proceda la denegación del régimen de visitas de los abuelos ha de tratarse de un motivo que pueda causar un perjuicio grave que pueda poner en peligro el libre desarrollo de la personalidad del menor. Dice este autor, que así sucede cuando los abuelos intenten enfrentar al menor con el progenitor custodio, tal como sucede con las SSTS 20 febrero 2015 (RJ 2015, 583) y 18 marzo 2015 (RJ 2015, 1152). A estas resoluciones pueden añadirse las más recientes SSTS 27 septiembre 2018 (Tol 6830516), 5 noviembre 2019 (Tol 7586554) y 25 noviembre 2019 (Tol 7615683).

48 HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 160”, cit., p. 1300, estima que, en este caso, el legislador se está permitiendo que el Juez pueda establecer las medidas necesarias para impedir que el ejercicio del derecho a relacionarse personalmente del menor con sus parientes y allegados, pueda ser utilizado como como subterfugio para infringir aquellas resoluciones judiciales que limitan o suspenden las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de aquellas, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

En el Tribunal Supremo existe una consolidada línea jurisprudencial reconociendo el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos⁴⁹. La jurisprudencia menor se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el derecho de los abuelos y otros parientes a tener un derecho de visitas con sus nietos. Incluso en situaciones en las que existe mala relación con alguno de los progenitores⁵⁰. También existen pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que otros miembros de la familia extensa amparándose en el 160.2º CC han solicitado un régimen de visitas con el menor⁵¹. El derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos en ocasiones también puede incluir la pernocta con éstos⁵².

-
- 49 En ese sentido la STS 15 enero 2018 (RJ 2018, 28) señala que “Esta Sala tiene sentado un cuerpo de doctrina respecto del régimen de visitas y comunicación entre abuelos y nietos, que recuerda la sentencia de 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577) y la 20 febrero 2015 (RJ 2015, 583). Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deben tener siempre como guía fundamental el “interés superior del menor” (STS 28 junio 2004 [RJ 2004, 4321]), si bien, y en aras de ese interés, se prevé la posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la sentencia de 20 septiembre 2002 (RJ 2002, 8462), cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia un progenitor. Tal interés, guía de la interpretación jurisprudencial deriva de lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que “Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos [...] Las relaciones familiares de conformidad con la Ley [...]”. Así se contempla no solo en el artículo 160 del Código Civil sino también en las legislaciones autonómicas. No es posible, pues, impedir o limitar el derecho de los niños al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con sus progenitores (SSTS 20 octubre 2011 [RJ 2011, 6843] y 13 febrero 2015 [RJ 2015, 681]). Como recoge la sentencia 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577) la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora (STS 20 septiembre 2002 [RJ 2002, 8462]) y no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto. Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquélla pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo. Pero añade que “todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto”.
- 50 En la SAP Alicante (Sec. 6ª) 8 mayo 2023 (JUR 2023, 314496), se establece un régimen de visitas a favor de la abuela y el hermano de un menor. Consistente en dos horas un día al mes para cada uno, al considerar, por un lado, que resultaba necesario mantener la relación del menor con sus familiares paternos; pero por otro, que dada la conflictividad existente entre la madre del menor y la familia paterna, resultaba necesario establecer períodos cortos de duración para permitir la adaptación del menor y evitarle situaciones de estrés. Se acuerda, además, que las entregas y recogidas del menor se realicen en el PEF. No se admite ni el aumento de visitas a un fin de semana solicitados por la abuela y hermano ni tampoco la reducción de las visitas a una hora como solicita la madre.
- 51 En el supuesto contemplado por la STS 16 septiembre 2015 (RJ 2015, 4197) una tía del menor solicita el establecimiento de un régimen de visitas que se considera improcedente habida cuenta que aquella carecía de vínculo afectivo con el menor.
- 52 HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 160”, cit., p. 1303, admite esta posibilidad apoyándose en la STS 14 noviembre 2013 (Tol 4023577), de modo que serán las circunstancias concurrentes las que permitan al Tribunal establecer un derecho de visitas que incluya la pernoctación con los abuelos, por lo que esta posibilidad no se puede reconocer de forma generalizada, pero tampoco es viable impedirlo de forma indiscriminada.

Otra referencia a los abuelos la encontramos en el art. 103.1ª II CC, relativo a las medias provisionales derivadas de la interposición de la demanda (art. 773 LEC) en el que se prevé, que “excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”. Se trata de situaciones extremas, como progenitores prisioneros drogadictos, alcohólicos, que han abandonado a sus hijos o incluso están en paradero desconocido habiéndose llevado consigo a sus hijos menores. Se trata de situaciones cercanas o incluso constitutivas de desamparo. En ocasiones los abuelos u otros miembros de la familia extensa litigan con uno o incluso con ambos progenitores para sustituir o modular el régimen de la patria potestad. Estos familiares pretenden que la autoridad judicial les otorgue el cuidado de los menores⁵³. El Tribunal Supremo en varias ocasiones ha reconocido este derecho a abuelos o tíos de los menores⁵⁴. En el apartado III del art. 103.1ª CC se establecen medidas que puede adoptar la autoridad judicial para minimizar el riesgo de que los hijos menores puedan ser trasladados de manera ilícita dentro del territorio nacional o al extranjero⁵⁵. También puede atribuirse la custodia, con carácter subsidiario, a una institución pública (art. 172 ter CC)⁵⁶.

VII. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS.

I. Modificación de las medidas por variación de las circunstancias.

Los efectos de las sentencias matrimoniales, por las que se tendrán que regir en adelante las relaciones personales y patrimoniales entre ex cónyuges e hijos comunes, aunque producen la excepción material de cosa juzgada, sin embargo, pueden ser modificadas en dos en varios supuestos: en primer lugar,

53 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La familia extensa”, cit., 3.

54 En el caso previsto por la STS 20 junio 2023 (RJ 2023, 4106) el padre se encuentra inmerso en dos procesos de violencia de género. En el caso de la madre también cuenta con imposibilidad para ejercer las funciones de custodia por haber obstaculizado, desde el divorcio, toda clase de contacto y comunicación del padre con su hija, incumpliendo todas las resoluciones judiciales que así lo habían acordado; la madre además se encuentra en paradero desconocido al haber huido con la niña. Como alternativa a la custodia de cualquiera de los progenitores se considera que la tía paterna de la menor es la persona más idónea para proporcionar a la menor un entorno estable, y se le confía temporalmente la custodia de la niña. Medida que se materializará una vez que la madre y la hija sean localizadas y restituidas a la acción de la justicia. El TS se ha pronunciado en otras ocasiones sobre la aplicación del art. 103.1 II del CC, que prevé la atribución provisional de la custodia a los parientes u otras personas que así lo consintieren. Así en las SSTs 14 septiembre 2018 (RJ 2018, 5140) y 13 febrero 681 (RJ 2015, 681) se atribuye la custodia a una tía de la menor. En la STS 27 octubre (RJ 2014, 5183), se atribuye la custodia al abuelo paterno. En la STS 20 noviembre 2013 (RJ 2013, 7824) se atribuye la guarda y custodia de la hija menor al exmarido de la madre, aun a pesar de que había impugnado su filiación paterna. Se tiene en cuenta las especiales relaciones que la menor ha tenido con aquel que sí que es padre biológico de otros dos hermanos de la menor, hijos comunes de este con su madre biológica.

55 LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentario al art. 103”, cit., p. 1007, que hace referencia al supuesto contemplado por la SAP Madrid (Sec. 22ª), de 27 de mayo (Tol 7097440).

56 LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentario al art. 103”, cit., p. 1007, señala que el legislador prefiere el acogimiento familiar antes que el residencial. De ahí que este último tenga carácter subsidiario respecto del familiar.

cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para su adopción⁵⁷. En segundo lugar, cuando se produzca un incumplimiento reiterado de las obligaciones del régimen de visitas.

Son varios los preceptos en los que se admite la posibilidad de modificar las medidas definitivas dictadas por la autoridad judicial cuando se produzca un cambio de las circunstancias. Esta alteración de las circunstancias tiene que estar relacionada con las que se tuvieron en cuenta para establecer el régimen de visitas: bien porque no fueron detectadas en aquel momento o bien porque se trata de un hecho nuevo que ha acaecido con posterioridad a la adopción del régimen de visitas establecido.

En el art. 90.3 CC (modificado por la Ley 17/2021 pero conservando este apartado la redacción anterior⁵⁸) se dice 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”. En el art. 90.3.II (introducido por la Ley 7/2021) se prevé la modificación de las medidas sobre animales de compañía cuando se hubieran alterado gravemente sus circunstancias. En el art. 91.I CC *in fine* (también modificado por la Ley 17/2021 pero conservando este apartado la redacción anterior) se establece la posibilidad de modificar las medidas definitivas, no sólo las relativas al régimen de visitas, “cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”. En el nuevo art. 94 III CC, modificado por la Ley 8/2021 está en sintonía con la anterior versión, al mantenerse que la autoridad judicial puede “limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen [...]”. En la anterior redacción del precepto la modificación o suspensión del régimen de visitas estaba condicionada por hecho de que se dieran “graves circunstancias” expresión que ahora se ha sustituido por la de “circunstancias relevantes”⁵⁹. Así pues, en la nueva versión del precepto se ha suavizado el rigor de las circunstancias que permiten suspender o

57 ORDÁS ALONSO, M.: “7.6. La modificación del régimen de visitas”, en ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita*, cit.

58 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

59 Este criterio se sigue manteniendo en la jurisprudencia menor, al menos para aquellos hechos surgidos antes de la modificación legislativa. Así se manifiesta la SAP Cáceres (Sec. 1ª) 29 marzo 2023 (JUR 2023, 208591), al decir que: “Es esencial que el menor pueda disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que lo hacía con anterioridad a la ruptura del matrimonio o de la pareja, pues el contacto continuado de los niños con sus progenitores les reporta estabilidad emocional y psicológica y, por ende, bienestar y salud. Dada pues, la conveniencia y necesidad para los hijos de mantener y preservar una amplia comunicación con sus padres, las medidas de limitación y/o restricción, tanto en tiempo como en la manera de desenvolverse la relación paterno-filial, únicamente serán admisibles cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen (artículo 94 Código Civil) y que resulten debidamente acreditadas, y de las que se desprenda un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, podría constituir un riesgo o perjuicio para el hijo”.

limitar el derecho de visitas. No obstante, a la autoridad judicial se le va hacer difícil establecer el límite que separe a un hecho grave de uno que sea relevante⁶⁰. En cualquier caso, el art. 94 CC no puede ser objeto de interpretación restrictiva⁶¹.

En parecidos términos se manifiesta el también reformado art. 775 LEC (Modificación de las medidas definitivas), en su apartado primero se exige para la modificación de las medidas definitivas (no sólo las relativas al régimen de visitas) que “hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”, todo ello con independencia de que las medidas adoptadas por el Tribunal sean las convenidas por los cónyuges como si son las adoptadas por autoridad judicial en defecto de acuerdo. Cabe entender que las medidas definitivas están sometidas a una especie de regla *rebus sic stantibus* si bien no tan rigurosa como la que se aplica en materia de obligaciones y contratos. Estarán legitimados para solicitar la modificación de las medidas los cónyuges, así como el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. Asimismo, podrán solicitar la modificación ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

En algunas ocasiones, la modificación se solicita por una particular alteración de las circunstancias, se trata de aquellos casos en la que los hijos menores de edad han empezado a negarse a tener relación con uno de sus progenitores⁶². En

60 En la STS 23 septiembre 2015 (RJ 2015, 4022) se contempla un supuesto que por su gravedad permite la modificación de las medidas definitivas que se dictaron en proceso de divorcio. En este caso la madre, militar de profesión, se traslada forzosamente de Tenerife a Melilla. Se le reconoce al padre el derecho a elegir un finde semana al mes para el ejercicio del derecho de visita al hijo común. Y la madre deberá hacerse cargo de la mitad de los gastos de transporte que se devenguen por el traslado del menor a la residencia del padre en el ejercicio del derecho de visita.

61 Así se ha afirmado en la jurisprudencia menor, estando ya vigente la nueva redacción del art. 94 CC. En la SAP Ourense (Sec. 1ª) 30 de junio de 2023 (JUR 2023, 347333) se modifican las medidas relativas al derecho de visitas dictadas en una sentencia de divorcio. Se estima que “no existe causa alguna para restringir o limitar el derecho de visitas del padre, tal como se indica en el informe pericial psicológico practicado en el curso de los autos, sin que el derecho establecido en el artículo 94 del Código Civil deba ser objeto de una interpretación restrictiva. La intervención del PEF se estima innecesaria dada la actual edad del menor y las actuales circunstancias familiares, siendo más favorable a su interés que el ejercicio de las visitas se realicen en un entorno de normalidad y fuera del ámbito institucional”. La SAP Asturias (Sec. 4ª) 28 de Junio de 2023 (JUR 2023, 346368), no sólo no admite la suspensión del régimen de visitas solicitado por la madre ni que estas se realicen a través del PEF, sino que además admite la ampliación de las visitas del padre con el menor. En este caso al marido se le había condenado en el año 2022 como responsable de un delito de coacciones en el ámbito de la violencia de género. En una segunda condena se le condena por violar la orden de alejamiento. En la sentencia civil se aplica la STC 106/2022 de 13 de septiembre, que estima que el art. 94 IV carece de automatismo en su aplicación y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. En el caso enjuiciado no puede hablarse de una situación de violencia que haya trascendido al menor; ni se puede ignorar que esos hechos ocurrieron en un tiempo anterior a la propia sentencia de divorcio, máxime cuando la recurrente reconoció el derecho de visita en el proceso de divorcio. Aunque la redacción del art. 94 IV no era similar a la actual. En la STS 20 junio 2023 (RJ 2023, 4106) se mantiene la misma tesis en contra del automatismo del párrafo IV del art. 94 CC de modo que no predetermina automáticamente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Le corresponde a la autoridad judicial tomar la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor.

62 Al respecto puede consultarse el trabajo de ARNAU MOYA, F.: “La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina), pp. 410-443.

este caso la idea que idea que debe primar antes de cualquier modificación de las medidas relativas al régimen de visitas, estancias y comunicaciones (o incluso su mantenimiento), una vez conocido el rechazo del menor, es que es necesario ponderar los dos intereses que en numerosas ocasiones entran en conflicto⁶³. En primer lugar, desde un punto de vista teórico es beneficioso para el menor la existencia de un vínculo afectivo o relación parento-filial con el progenitor no custodio. Por lo tanto, sería aconsejable el mantenimiento, restablecimiento o incluso la creación de los contactos del menor con su progenitor. Siempre que sea posible y no perjudique el interés del menor es aconsejable salvar la relación parento-filial puesto que hay que garantizar al menor a vivir crecer y desarrollarse contando con la relación con sus dos progenitores⁶⁴. En la jurisprudencia se ha insistido en el mantenimiento o en el restablecimiento del vínculo⁶⁵. En segundo, lugar en oposición al mantenimiento de la relación parento-filial se encuentra el hecho de que el interés del menor exige preservar su estabilidad emocional y su salud psíquica que podría verse afectada si al menor se le imponen contactos no queridos con una persona a la que no sólo rechaza, sino que en ocasiones le produce verdadera aversión. De ahí que la imposición de contactos forzosos en determinados supuestos, especialmente en el caso de los adolescentes, no solo no servirá para la mejora de las relaciones con el progenitor custodio, sino que acrecentará el rechazo que siente hacia aquel⁶⁶. De ahí que la respuesta judicial varía según las diferentes franjas de edad de los menores: en el caso de los menores de doce años, salvo que exista causa de riesgo justificada, no es admisible

63 La doctrina se ha ocupado de analizar este conflicto de intereses que frecuentemente se enfrentan y es necesario ponderar. Así, GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "¿Resultaría jurídicamente correcto decretar la suspensión del régimen de visitas cuando los menores con alto grado de discernimiento rechazan la figura del progenitor no custodio?", *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, nº 22, 2010. (<https://elderecho.com/resultaria-juridicamente-correcto-decretar-la-suspension-del-regimen-de-visitas-cuando-los-menores-con-alto-grado-de-discernimiento-rechazan-la-figura-del-progenitor-no-custodio>). El citado artículo es un tanto atípico por cuanto que tiene el formato de foro, en el que intervienen varios autores de reconocido prestigio, no obstante desde mi punto de vista, las observaciones más acertadas son las de este autor que juez de primera instancia en Madrid que aporta su experiencia profesional en materia de procesos de familiar relativos al régimen de visitas.

64 GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "¿Resultaría?, cit., fundamenta el derecho del menor a vivir, crecer y desarrollarse contando con la presencia de sus dos progenitores, materializado en diversos preceptos de la Convención de Derechos del Niño, EDL 1989/16179, (concretamente en los arts. 9.3, 7.1 y 8.1, que reconocen al niño que esté separado de uno de sus padres derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, así como el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos y a preservar su identidad, incluidas sus relaciones familiares.

65 Así en las más recientes SAP Barcelona (Sec. 18ª) 20 febrero 2020 (AC 2020, 355) en la que se establece que "Es importante mantener la fuerza del vínculo paterno-filial en especial para el adecuado desarrollo emocional del hijo, y por ello se tiende siempre a adoptar las medidas oportunas para restablecer el vínculo y favorecer la relación» y el Auto AP Córdoba (Sec. 1ª) 25 julio 2019 (JUR 2020, 11154) para el que "el régimen de visitas es una continuación o reanudación de la relación paterno-filial que trata de evitar la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos, en cuanto deben ser conciliados distintos intereses protegibles, como son el del relativo al mantenimiento de la relación materno o paterno-filial (que se acrecienta y desarrolla a través del mutuo contacto), el derecho al desarrollo integral del menor (que se enriquece con dicho contacto), y el derecho de ese progenitor no conviviente a que se ponga en peligro esa relación debido a injerencias nacidas de las irreconciliables posturas de enfrentamiento que surgen entre aquéllos como consecuencia de su separación fáctica".

66 GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "¿Resultaría?, cit.,

que el progenitor custodio ceda ante los caprichos del niño y es responsabilidad de aquel el cumplimiento del régimen de visitas. En la franja entre los doce y catorce años, salvo que exista causa grave y justificada se podrá exigir el cumplimiento del régimen de visitas, si bien ahora se tendrá que oír al menor (también en la franja de edad anterior si el menor tuviese suficiente juicio). Finalmente, en el caso de los menores entre catorce y dieciocho años se hace complejo imponer al menor adolescente una relación que no desea. No obstante, cabría la posibilidad de aplicar medidas de limitación del derecho de visitas de común acuerdo siempre que este derecho-deber se haya venido cumpliendo. En los casos de largos períodos de tiempo de interrupción de las visitas cabría aplicar un régimen flexible de acercamiento. Finalmente, en el caso de que haya fallado cualquier tipo de terapia social para el acercamiento entre progenitor e hijo no quedará otra alternativa que la supresión del régimen de visitas⁶⁷.

2. Modificación de las medidas por incumplimientos del régimen visitas.

En el nuevo art. 94 III CC, se establece que la autoridad judicial puede “limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si “se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”⁶⁸. En el art. art. 158.6ª CC se permite, que el Juez, de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dicte: “La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado [...]”. En el art. 170.I CC, con ligeras modificaciones efectuadas por la Ley 4/2023) se prevé la privación total o parcial de la patria potestad a cualquiera de los progenitores “por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”. La privación de la patria potestad puede derivar en una situación de desamparo ex art. 172.I.II CC que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Este sería el caso en que produce el incumplimiento por ambos progenitores o en el caso de que sólo existiera un progenitor. En el art. 179 CC también se prevé que quede excluido de sus funciones tuitivas el tutor que hubiese incurrido en causa de privación de la patria potestad. En el art. 776.3ª LEC se establece la posibilidad de que el Tribunal modifique el régimen de guarda y visitas en el caso de “incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador”.

⁶⁷ ARNAU MOYA, F.: “La oposición”, cit., pp. 430-440.

⁶⁸ Así se determina en las SSTs de 4 de noviembre de 2013 (Tol 4001015) y 11 de noviembre de 2015 (Tol 5560546).

Los incumplimientos más habituales por parte del progenitor no custodio, sin traspasar la línea roja del código penal son la no recogida o devolución del menor dentro de los horarios pactados, las visitas no desarrolladas con el progenitor sino con un familiar o allegado suyo (a las que nos referiremos más adelante), el incumplimiento total del régimen de visitas porque el progenitor no ha llegado a tener al menor consigo o ha interrumpido sin causa las mismas.

3. Modificación de las medidas por suspensión de la patria potestad.

El régimen de visitas también puede verse suspendido en aquellos casos en los que se suspenda el ejercicio de la patria potestad y además lleve aparejada esta medida, puesto que como veremos más adelante la regla general es el mantenimiento del régimen de visitas y comunicación aun a pesar de la privación de la patria potestad. En el Código civil hay varias referencias a la privación o suspensión de la patria potestad en los arts. 92.3, 158. 6ª, 160.1, 161 y 170.1 CC. En el caso del art. 92.1 CC la autoridad judicial puede acordar en sentencia, como medida definitiva, la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. En el nuevo texto del art. 158.6ª (modificado por la Ley 8/2021) el Juez puede dictar la medida consistente en la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones. También puede adoptar otras medidas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. En este caso se trata de la posibilidad de modificar medidas previamente adoptadas en convenio regulador o sentencia. En el art. 160.1 CC se encuentra la regla general a la que hemos hecho referencia de que los hijos tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que otra cosa se disponga por resolución judicial por la Entidad Pública en los casos previstos en el art. 161 CC. La doctrina estima que si puede mantenerse el derecho de relación con los hijos aun a pesar de la patria potestad deriva que aquel derecho deriva de la simple filiación y no de la patria potestad⁶⁹.

4. Modificación de las vistas por motivos legalmente tasados.

El régimen de visita o estancia se suspenderá, o no procederá si todavía no existiera, en los casos en que cualquiera de los progenitores estuviese incurso en

69 HERRERO OVIEDO, M.: "Comentario del art. 160", cit., p. 1300, estima que el hecho de que el derecho a relacionarse persista en aquellos casos en los que se ha privado la patria potestad a alguno de los progenitores es la constatación de que ese derecho no deriva de esa figura sino de la simple filiación. No obstante, en ocasiones, en aras del interés superior del menor sí que puede suspenderse temporalmente el derecho de visitas bien en sede judicial o administrativa. Esta suspensión por la Entidad Pública a la que esté encomendada la protección del menor está contemplada por el art. 161 CC. Señala esta autora la STS 4 noviembre de 2013 (Tol 4001015) como ejemplo de que la privación de patria potestad no tiene por qué cortar de raíz ese derecho a relacionarse del menor con sus progenitores debido a que ha de entenderse un derecho inmerso en el deber de los padres de velar por los hijos, y este deber persiste también en casos de privación (art. 110 CC).

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 cuando existiera indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial puede establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o motivada en la voluntad, deseos y preferencias del hijo mayor con discapacidad necesitado de apoyos. En ambos casos con evaluación previa de la relación paternofilial (art. 94.IV CC). Por el contrario, no procederá el establecimiento del régimen de visitas del progenitor en situación de prisión provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos anteriormente citados (art. 94.IV CC). Las mismas circunstancias del art. 94.IV, proceso penal iniciado por idénticos delitos o existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género impiden que se pueda aplicar el régimen de custodia compartida si bien en este caso no se hace referencia a que el progenitor se encuentre en prisión. Aunque esta circunstancia impide de facto la existencia de una guarda conjunta. Tampoco procederá la custodia compartida cuando se aprecie la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar al otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos (art. 92.7 CC)⁷⁰. El Tribunal Constitucional ha manifestado que el párrafo cuarto del art. 94 no se aplica automáticamente⁷¹. Sin embargo, cuando el progenitor no custodio esté en prisión por otros motivos a los contemplados en el art. 94.IV no tiene por qué quedar privado del régimen de visitas⁷². En el art. 160.I CC se reconoce esta posibilidad de que los menores menor visiten a sus progenitores a los centros penitenciario “siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos”. La Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor

70 El art. 92.7 CC ha sido modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Los apartados VI y V del art. 94 ha sido modificado por la Ley 8/2021.

71 La STC 106/2022 de 13 de septiembre, en la que, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma y tras recordar el principio rector expresado, afirma: “... puede concluirse que el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH Saleck Bardi c. España, § 52), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como, su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011) “.”.

72 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Separación y divorcio”, cit., p. 143, señala que así se puede deducir del art. 160.I CC que, en caso de privación de libertad de los progenitores, permite las visitas a aquellos siempre que el interés superior de los menores lo recomiende.

al centro, la visita se tendrá que realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

El régimen de visitas y estancia también puede suspenderse por decisión administrativa, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 26/2015⁷³. Este es el caso del art. 161 CC que establece que la Entidad Pública a la que esté encomendada la protección de menores “regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años”. También se regula por vía administrativa el régimen de visitas en el caso de los menores en régimen de guarda mediante acogimiento familiar o residencial en el art. 172 ter 2. En el art. 172.2 CC se permite que, en vía administrativa, que cuando se haya declarado un situación de desamparo (y no hayan transcurrido dos años desde la notificación de la resolución administrativa), en la que los progenitores continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, así como los tutores que también tengan suspendida la tutela que soliciten a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la situación de desamparo del menor, si “por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela”.

VIII. INCUMPLIMIENTOS POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO DEL RÉGIMEN DE VISITAS.

I. Incumplimientos del régimen visitas con derivación de responsabilidades a otros parientes.

En ocasiones el progenitor no custodio se auxilia de sus parientes para que atiendan puntualmente a los menores, entre otros supuestos está el encargo de que estos recojan a sus hijos o incluso los tengan consigo durante parte del tiempo que les correspondería a ellos. No obstante, en ocasiones estas derivaciones de deberes pueden acumularse entre sí, como sucede cuando otros parientes no sólo recogen a los menores, sino que incluso los tienen en sus casas durante los fines de semanas o vacaciones que deberían de estar con el progenitor no custodio. Cuestión diferente, que no es el objeto de nuestro trabajo sería el caso en el que algunos familiares -por lo general los abuelos- se hacen cargo en solitario, en el caso del fallecimiento de los padres o por su absoluta imposibilidad (hijos drogadictos

73 LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentario del art. 94 CC”, cit., p. 965.

o cumpliendo condena en un centro penitenciario) o desentendimiento, de la asistencia material y afectiva de los menores⁷⁴.

En cualesquiera de los casos descritos, de delegación del cuidado de los hijos podríamos encontrarlos ante un incumplimiento de los deberes de la patria potestad y en concreto del del régimen de visitas. Se trataría de un incumplimiento puesto que como se ha dicho el derecho de visitas también es al mismo tiempo un deber. Se trata de una misma realidad que contemplada desde el art. 94 CC es un derecho en favor del progenitor; pero desde la óptica del art. 160 CC se trata de un derecho del menor. La clave para determinar si nos encontramos ante un incumplimiento residirá en si la intervención de los terceros en el ámbito de la patria potestad se limita a prestar una simple colaboración o por el contrario aquellos familiares está ejerciendo funciones tuitivas en exclusividad⁷⁵. Como ya hemos señalado, en este trabajo por su extensión no podemos analizar todos los incumplimientos del progenitor no custodio, sino que nos vamos a referir a aquellos en los que aquél puede intentar disimular su incumplimiento mediante la delegación de funciones a otros parientes. Al tiempo que también queremos poner de relieve que no siempre que se derive a otros parientes el cuidado de los menores supone un incumplimiento. En consecuencia, vamos a analizar por separado las diferentes situaciones que pueden plantearse en el ejercicio del derecho de visitas y determinar si son constitutivas o no de incumplimiento.

2. Recogida de los menores por terceras personas.

Una de las cuestiones que no aparece regulada en el Código civil es quien debe de encargarse del traslado y recogida de los hijos para hacer efectivo el régimen de visitas o para el cambio de turno en el caso de las custodias compartidas. En la doctrina se entiende que ante la falta de acuerdo de los padres, el progenitor no custodio, por ser quien tiene el derecho a visitas, deberá recoger al menor en el domicilio del progenitor custodio. Por el contrario, finalizado el tiempo previsto para la visita, se produce un cambio de papeles y corresponderá al progenitor custodio acudir al domicilio del otro progenitor y llevar al menor de regreso a casa⁷⁶. No obstante, en atención a las concretas circunstancias del caso,

74 Véase el interesante trabajo al respecto de DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La familia extensa del menor ante la falta de progenitores, el incumplimiento o la imposibilidad de observancia de los deberes inherentes a la patria potestad. Abuelos, tíos y hermanos en la protección de menores", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.10/2016, pp. 1-24. Disponible en: <https://insignis-aranzadidigital-es>. Consultado 15-12-2023.

75 DIEZ GARCÍA, H.: "Comentario al art. 154", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, tomo II*, (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1563.

76 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Separación y divorcio", cit., pp. 143-144, señala que en ocasiones la autoridad judicial en atención a las concretas circunstancias del caso atribuye a uno solo de los progenitores tanto la obligación de recogida, como la de retorno, estableciendo, en su caso, una compensación económica a su favor. Este es el caso de las SSTs 26 mayo 2014 (Tol 4417774) y 19 noviembre 2015 (Tol 5583114). En esta última el TS con base al sistema equitativo de reparto de cargas previsto en los arts. 90 c) y 91 CC, establece como doctrina jurisprudencial que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en

el Juez, motivándolo debidamente, podrá atribuir a uno solo de los padres, tanto la obligación de recogida, como la de retorno, llegando a poder establecer una compensación económica a su favor.

Los progenitores no siempre pueden cumplir con la obligación de recogida de sus hijos, como sucede con aquellos que trabajan por turnos que en ocasiones pueden cambiarse de improviso. A los efectos de evitar este tipo de situaciones, en muchos convenios reguladores o en las medidas acordadas por la autoridad judicial, se prevé que otras personas puedan proceder a la recogida de los niños. En el texto de algunas sentencias puede comprobarse como en las cláusulas del convenio regulador sí que se preveía la posibilidad de que otro familiar procediese a la recogida de los menores⁷⁷. Esta previsión de que una tercera persona se encargue de llevar o recoger a los menores para el cambio de turno también puede incluirse en los convenios reguladores en los casos de custodia compartida⁷⁸

El problema se plantea cuando la cuestión de la recogida de los niños no ha sido incluida en el convenio regulador ni tampoco ha sido contemplada por la autoridad judicial en las medidas definitivas. Entendemos que deben distinguirse dos clases de situaciones: en primer lugar, están aquellos casos en los de que manera puntual al progenitor le es imposible recoger a los hijos al punto pactado por cualquier motivo justificado: trabajo, enfermedad. En estos supuestos los progenitores suelen enviar a por los niños menores a una persona de su absoluta confianza que a su vez cuente con el beneplácito de los niños. Suelen ser los abuelos, paternos o maternos, dependiendo de quien sea el progenitor no custodio. Incluso pueden

tanto no viole el interés del menor y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables. En el caso enjuiciado, en el que la madre se trasladó de Sagunto a Sevilla, mientras que el padre continuaba en Sagunto (Valencia) se establece que el padre deberá recoger a la hija menor en el centro escolar de la ciudad sevillana en la que reside y que la madre tendrá que ir a por ella al domicilio paterno. Todo ello sin perjuicio de que las partes opten porque "el viaje se haga en la línea de tren AVE existente entre Valencia y Sevilla, usando servicio de acompañante de menores de la red de ferrocarriles, de forma que el padre abonará el billete de la menor de Sevilla a Valencia y la madre el de Valencia a Sevilla".

77 Así en la STS 18 marzo 2016 (RJ) 2016, 1136) en el antecedente de hecho 1º se reconoce que en la sentencia de divorcio se establece que "El padre tendrá derecho a tener a su hijo en su compañía los fines de semana alternos desde el viernes a 17.00 horas a las 17.00 horas del domingo, verificándose la entrega y recogida del menor en el domicilio materno a través de una tercera persona". En la SAP Asturias (Sec. 4º) 28 junio 2023 (JUR 2023, 346368), se admite "la entrega del menor al inicio de las visitas con el padre por la persona de confianza que designe la madre; y la que ha de realizarse al finalizar las visitas, por la persona de confianza que designe el primero". En la SAP Guadalajara (Sec. 1º) 12 mayo de 2023 (JUR 2023,274335), los padres se conceden autorización para que la entrega y recogida del menor pueda ser realizada por terceras personas conocidas y autorizadas por ambos, siempre que se advierta con la suficiente antelación.

78 En la SAP Salamanca (S.1º) 12 mayo 2023 (Tol 9653560) en un caso de guarda y custodia compartida se establece como medida definitiva que no será necesario que las entregas y recogidas del menor sean efectuadas por los progenitores, pudiendo hacerlas un familiar o persona de su confianza.

encargarse de esta tarea los tíos del menor incluso amigos del progenitor. A veces, incluso cabe la posibilidad de que un progenitor no puede no atender a sus hijos el fin de semana que le corresponde tener consigo a los niños y los confía a alguna de las personas a las que nos hemos referido. En nuestra opinión, si se trata de situaciones excepcionales y justificadas entendemos que no se produce un incumplimiento por parte del progenitor no custodio.

En segundo lugar, están aquellos supuestos en los que los progenitores, por sistema no acuden a recoger a los menores, sino que en su lugar envían a otras personas, por lo general sus padres o hermanos, a sus hijos. Además, se trata de supuestos en los que no existe causa justificada alguna que impida al progenitor cumplir con su deber de recogida de los menores, sino que se trata de simple comodidad o incluso desinterés por los hijos. A diferencia del caso anterior, la falta de recogida de los niños por los padres y su delegación en otros familiares, cuando no existe causa justificada y se repite en el tiempo encajaría dentro del supuesto contemplado en el art. 94 III CC y, por lo tanto, puede considerarse como un incumplimiento reiterado que puede conllevar la limitación o suspensión del derecho de visitas. Por el contrario, no nos parece causa suficiente para la privación de la patria potestad

Cuestión diferente sería el caso de que el progenitor ya no pudiese recoger personalmente a sus hijos por causa justificada y sobrevenida, como un cambio de trabajo o de lugar de residencia. De existir causa justificada y tratarse de una situación que se prevé que se reitere en el tiempo, de debería de presentar una solicitud de modificación de medidas prevista en los arts. 90.3 y 91CC que permiten la modificación de las medidas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias⁷⁹. Lo que no es factible es que aun a pesar de existir causa justificada que el progenitor delegue en otras personas sin ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial. Lo procedente es solicitar una modificación de medidas y designar en las mismas a la persona que, en adelante, se encargaría de la recogida de los menores con ocasión del derecho de visitas. En algún caso se han modificado las medidas relativas al derecho de visitas dictadas en una sentencia de divorcio. Se

79 La STS 7 junio 2011 (RJ 2011, 4890) recoge los requisitos doctrinales para que se aprecie la modificación de medidas: "1.º. Que haya existido y así se acredite, una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. 2.º. Que dicha modificación o alteración sea sustancial, de tal importancia que haga suponer que, de haber existido tales circunstancias al momento de la separación o el divorcio, se habrían adoptado medidas distintas, al menos en su cuantía si se trata de prestaciones económicas. 3.º. Que tal alteración no sea esporádica o transitoria, sino que presente caracteres de estabilidad o permanencia. 4.º. Que la referida modificación o alteración no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas y sustituirlas por otras que resulten más beneficiosas para el solicitante. Por tanto, la razón de ser del proceso de modificación es realizar un juicio comparativo entre dos momentos, el de la sentencia que fija las medidas y el de la demanda, en que se pide su modificación, quedando fuera de su objeto lo relativo a la nueva valoración de la posible sujeción a Derecho de las circunstancias tomadas en cuenta en aquel primer momento". Esta doctrina jurisprudencial ha sido continuada, entre otras en las SSTS 3 enero 2022 (RJ 2022,4545), 16 octubre 2019 (RJ 2019, 4180) y 27 octubre 2015 (RJ 2015, 4787).

admite que la entrega y recogida del menor se haga en períodos vacacionales en el domicilio familiar sin intervención del PEF “Pudiendo realizarse bien por el padre directamente o bien podrá delegar tal cometido en familiar responsable o persona responsable de la confianza del padre”⁸⁰. De modo similar, alguna otra sentencia se ha pronunciado en grado de apelación, sobre unos autos sobre Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados. Se estima el recurso del padre que solicita una ampliación del régimen de visitas del menor con el padre en los fines de semana alternos: “el menor será recogido por una tercera persona de confianza de los progenitores el viernes a la salida del centro escolar y el domingo será recogido igualmente por una tercera persona de confianza [...], rigiendo dicho sistema en el periodo vacacional”⁸¹.

Estimamos que en aquellos casos en los que la recogida de los menores ya no puede efectuarse personalmente por el progenitor no custodia hay que solicitar la modificación de medidas ante el juzgado. De no hacerse así nos encontraríamos ante una modificación unilateral del mecanismo de entrega y recogida del menor establecido en la sentencia de divorcio o separación en la que se establecen el lugar que se ha de recoger a los menores y que concretas personas, además del progenitor podrán ir a buscar a los menores.

En alguna sentencia dictada en un procedimiento de guarda y alimentos de un menor que cuenta tan solo 18 meses de edad. El Juez “a quo” establece como medida que la entrega y recogida del menor se efectúe, de forma ocasional, por familiares o personas de confianza del padre⁸². En el recurso de apelación se opone la madre a dicha medida “citando este de forma expresa en su demanda a los abuelos paternos y a su hermana, pero en ningún momento se justifica la razón de esa desconfianza hacia los familiares y allegados, indicando tan sólo, y de forma genérica la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores y, lo que parece ser el riesgo un derivado del traslado en vehículo. En la misma se mantiene que “establecido un régimen de visitas en favor de uno u otro progenitor corresponde a estos hacerse cargo del menor y tenerle en su compañía, no siendo admisible, con carácter general, y establecido ese régimen que las personas que realmente tienen en compañía a los menores y se ocupan de ellos en todos los sentidos, sean los abuelos o los tíos, pues éstos tienen su particular régimen de comunicación con los menores” [...]. Advierte que “lo normal debe ser que sea el padre quien se organice a efectos de poder recoger y entregar al menor, pero ello no es obstáculo alguno para que a la vista de las circunstancias particulares que puedan darse, y con el fin de que pueda cumplirse el régimen de visitas establecido, los abuelos o una tía se ocupen de dicha recogida y entrega, pues de no permitir

80 SAP Orense (Sec. 1ª) 30 junio 2023 (JUR 2023, 347333).

81 SAP Madrid (Sec. 22ª) 9 junio 2023 (JUR 2023, 350423).

82 SAP Salamanca (S.1ª) 13 junio 2017 (Tol 6208072).

esta situación se llegaría a algo tan absurdo como que se hiciese de peor condición o se gravase más a esta unidad familiar por el hecho de haberse producido la ruptura de la relación que a aquellas que continúan unidas en las que, siempre, y más en estos momentos, como consecuencia de la crisis, han prestado una impagable colaboración cuidado de los menores los abuelos y familiares cercanos”.

3. Delegación de las estancias de los menores a terceras personas.

Un segundo ámbito de derivación de los deberes que van incluidos en el derecho de visitas son los relativos a las estancias de los menores. Se trata de supuestos en los que el progenitor no tiene consigo a sus hijos los tiempos que le corresponden, como son las estancias intersemanales, los fines de semana alternos o períodos vacacionales. El progenitor se limita a recoger a sus hijos para llevarlos a casa de sus padres, los abuelos de los menores, o a la casa de otros familiares o allegados donde estos pasan el tiempo de la visita pernoctas incluidas. En otros casos, ni tan siquiera los recoge, sino que directamente sus familiares recoge a sus hijos y los tienen en sus casas el tiempo que le correspondería estar con el progenitor.

De modo similar a como sucede con la recogida de los menores ahora hay que distinguir entre dos situaciones. En primer lugar, están las delegaciones puntuales en ciertas personas del cuidado diario de un menor, en las que los progenitores no dejan de ejercer y cumplir con sus funciones, puesto que continúan tomando las decisiones ordinarias y dan las pertinentes instrucciones al familiar en el que han delegado⁸³. En este caso, igual que en el de la recogida de los menores hay que distinguir el caso en el que este comportamiento tenga carácter ocasional, como sucede con una enfermedad puntual del progenitor custodio (gripe, covid, etc.) o a motivos de trabajo cuando se ve obligado subrepticamente a realizar un cambio de turno con un compañero. En ese caso, siempre que la cuestión no se repita con demasiada frecuencia entendemos que no puede considerarse como un verdadero incumplimiento del régimen de visitas.

La cuestión es diferente cuando la situación de derivación de los cuidados del menor a un familiar o allegado, durante el tiempo de las visitas, se convierte en habitual. Además, esta delegación se hace de manera unilateral, al margen de cualquier tipo de acuerdo con el otro progenitor y sin contar con autorización judicial. En ocasiones, además de que los menores quedan con los abuelos, el progenitor no custodio va espaciando el contacto con sus hijos hasta prácticamente desaparecer de la vida de los menores⁸⁴. En este caso se ha traspasado la frontera entre una simple colaboración en la que los familiares que ayudan esporádicamente

83 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La familia extensa”, cit., p.3.

84 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La familia extensa”, cit., p.3.

al cuidado de los menores siguen las instrucciones, indicaciones, vigilancia y control del progenitor no custodio a una sustitución en las funciones de aquel⁸⁵. En este caso entendemos que sí que existe un verdadero incumplimiento grave y reiterado de los deberes impuestos por la resolución judicial ex art. 94 III CC. En estos casos el juez además de suspender el régimen de visitas podría incluso privar al progenitor de la patria potestad, tal como se prevé en el art. 170.I CC, puesto que se está incumpliendo uno de los deberes de la patria potestad, el de velar por los hijos y tenerlos en su compañía del art. 154.I CC.

En estos casos también hay que distinguir dos supuestos: en el primer lugar, estarían aquellos casos en los que el incumplimiento del régimen de visitas se debe a motivos plenamente justificados. Este sería el progenitor que se embarca para una campaña pesquera durante tres meses. Otra cuestión es que el padre, por circunstancias sobrevenidas y totalmente ajenas a su voluntad, deja de tener una vivienda en adecuadas condiciones de habitabilidad donde los hijos puedan continuar realizando las estancias. Este sería el caso de que tras un desahucio el padre tiene que hospedarse en una fonda, o cuando habiendo contraído un segundo matrimonio tiene más hijos y deja de tener espacio físico donde alojar a los hijos del primer matrimonio. Entendemos que cualquiera de estos supuestos no habría inconveniente para que la autoridad judicial autorizara que las visitas se desarrollasen en un domicilio de un familiar cercano. Lo que no es de recibo es que el progenitor no custodio *motu proprio* tome estas decisiones sin pasar por el correspondiente procedimiento de modificación de medidas. En la jurisprudencia ha llegado a admitirse que las visitas y pernoctas puedan llevarse, mientras, padre no disponga de una vivienda en adecuadas condiciones de habitabilidad, estancueidad y comodidad, en el domicilio de la hermana del padre⁸⁶. En la doctrina alguna voz se muestra favorable con esta posibilidad de poder realizar las visitas y pernoctas en domicilios de familiares cercanos del progenitor no custodio siempre que cumplan con ciertos niveles de habitabilidad⁸⁷. Nuestra opinión es favorable a este tipo de medidas siempre que se dicten con carácter temporal hasta que el progenitor no custodio pueda conseguir un domicilio que cumpla las condiciones mínimas de habitabilidad donde tener consigo a sus hijos menores. No obstante, la justificación no autoriza a esta modificación unilateral de las medidas, de modo que el progenitor no custodio tendrá que solicitar ante el juzgado una modificación de las medidas. El juez a la vista de si estas medidas perjudican o no el interés del menor las admitirá o las desestimaré.

85 DIEZ GARCÍA, H.: "Comentario", cit., pp. 1563-1564, estima que nos encontramos ante una dejación de las funciones paternas. Los familiares realmente están realizando por sustitución las funciones propias de los titulares de la patria potestad.

86 En este sentido se manifiesta la SAP Guipúzcoa (Sec. 2ª) 24 febrero 2015 (Tol 4807299) en un proceso de modificación de medidas.

87 MUÑOZ RODRIGO, G.: "El régimen de visitas", cit., p. 182.

Cuestión totalmente diferente, es cuando el progenitor, sin causa justificada alguna va dejando de cumplir con sus deberes respecto al derecho de visitas y delega todos los cuidados de los menores, incluidas las pernoctas a otros familiares suyos, normalmente los abuelos o los tíos de los menores. No existiendo justificación, es evidente que la autoridad judicial no admitirá ninguna modificación de las medidas. En lo que subyace en este tipo de comportamiento es que ese progenitor realmente no quiere tener consigo a sus hijos, pero además actúa con el falso convencimiento de que al delegar a sus hijos a sus parientes no está actuando fuera de la ley, puesto que se lleva a los niños los fines de semana que le corresponden. En algunos casos, además se trata de una estrategia de causar dolor a su expareja, puesto que sabe que aquella aunque no le corresponda tenerlos consigo accedería a ello antes que ver a sus hijos derivados a domicilios que no les corresponde aunque se trate de sus abuelos o de sus tíos. En otros casos se trata de situaciones en las que el progenitor custodio vive con una nueva esposa o pareja que tiene mala relación con los hijos de aquel y no quiere tenerlos en su compañía⁸⁸. Finalmente, en ocasiones puede tratarse de una combinación de todos esos supuestos.

En los casos comentados no existe un derecho de visita reconocido a otros familiares como abuelos o tíos. Se trata de una reinterpretación de los arts. 94 VI y 160, ambos del CC, respecto del derecho de comunicación y visitas respecto de los abuelos, parientes y allegados. En todo caso de existir ese derecho de visita en favor de esos parientes es completamente independiente del que a su vez tenga el progenitor no custodio. De modo que no puede enmascarse el incumplimiento del progenitor derivando a los hijos al domicilio de esos parientes. Estimamos que en este caso debería proceder no solamente la suspensión del régimen de visitas, tal como se prevé en el art. 94 III, sino también, la privación total de la patria potestad de acuerdo con la previsión del art. 170 CC⁸⁹. En el caso de que los abuelos y otros familiares hubieran disfrutado de facto de un régimen de visitas o incluso tenerlos en su compañía tendrán que solicitar al juzgado que establezca este régimen, pero *iure proprio* en virtud de lo que establecen los arts. 94 VI, 103.1ª.II y 160.2 CC.

88 En la SAP Pontevedra (S. 1ª) 22 enero 2021 (JUR 2021, 104977) el padre que está conviviendo con una nueva pareja silencia esta nueva circunstancia ante el juzgado. No aporta datos sobre su nuevo domicilio y solo facilita el anterior donde residía con su madre. Además, incumple sin justificación las visitas intersemanales, aunque mantiene las de fin de semana. Ante estas circunstancias se desestima la modificación de medidas adoptadas en procedimiento de divorcio en la que se solicita el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores. No se prueba la existencia de un cambio de circunstancias que permita adoptar el cambio del régimen de guarda y custodia. Estimamos que la madre de haber presentado una demanda reconvenional podría haber conseguido la modificación de las medidas de visitas intersemanales que reiteradamente han sido incumplidas.

89 En la SAP Granada (Sec. 5ª) 10 enero 2023 (JUR 2023, 200157) se estima la privación de la patria potestad del demandado sobre sus hijos menores, así como la suspensión del régimen de visitas establecido a favor de aquel. Se estima probado el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la patria potestad, por la situación de abandono material y afectivo de los menores por su padre. En esta sentencia se reconoce la existencia de un régimen de visitas de facto por el abuelo, al decir que: "siendo el abuelo paterno -hasta su fallecimiento- el único que los visitaba y los tenía en su compañía".

4. Progenitores no custodios que nunca tienen consigo a sus hijos ni los derivan a familiares.

En ocasiones el incumplimiento del régimen de visitas es total, el progenitor custodio ni tan siquiera intenta disimular su incumplimiento mediante la delegación de sus deberes a otros familiares o allegados. En estos casos el padre o la madre nunca ha cumplido con el régimen de visitas o si lo ha hecho durante un tiempo ha dejado de cumplir. Por lo general quien incumple totalmente los derechos de visita suele dejar pagar las prestaciones por alimentos a los hijos. En estos casos nos encontramos ante situaciones que traspasan la línea roja que separa la jurisdicción civil de la penal y que se contemplan como delitos de abandono de familiar, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección en los arts. 226 a 233 del CC.

En el caso del incumplimiento del derecho visitas, se trata de una conducta que según su duración podría ser constitutiva del abandono de un menor de edad (o persona con discapacidad) tipificado en el art. 229 CP o de abandono temporal de un menor (o persona con discapacidad) del art. 230 CP⁹⁰. En cualquiera de los casos anteriores el art. 233 CP permite que se imponga “la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años”. Como ya hemos mencionado los anteriores delitos en muchas ocasiones suelen producirse de manera acumulada con otros delitos: este es el caso del contemplado en el art. 226 CP, incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. En estos casos se puede imponer una pena de inhabilitación de cuatro a diez años para ejercer esas funciones. En el caso del art. 227 CP se refiere al delito de impago de las prestaciones económicas, durante dos meses consecutivos o cuatro alternativos, “de cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses”. En este delito a diferencia de los anteriores no se prevé la pena de inhabilitación de la patria potestad, de la guarda o de las otras funciones.

90 En la SAP Valencia (Sec.1ª) 25 febrero 2015 (JUR 2015, 174301) reconoce la existencia de un delito de abandono del art. 229.2 del CP a la madre de dos menores por ausentarse del domicilio familiar para encontrarse con su pareja sentimental en el extranjero, dejando a los hijos menores a cargo de su abuela y su tía, sin advertirlo a los niños ni a éstas últimas. Asimismo, se inhabilita a la condenada para el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores por tiempo de 5 años.

Volviendo al ámbito estrictamente civil, en muchos de estos graves incumplimientos se produce la paradoja de que carece de utilidad la supresión de un derecho de visita que no se está cumpliendo. De ahí que lo conveniente sea pasar a solicitar al juez que adopte otras medidas más contundentes como la privación total del ejercicio de la patria potestad al incumplidor, habida cuenta que el art. 170 CC permite la adopción de esta medida en sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Esta sentencia podrá dictarse tanto en causa matrimonial como criminal⁹¹. El TS estima que incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad se tienen que producir de manera reiterada y grave. Además, privación de esta función ha de ser beneficiosa para el hijo⁹². Cabe destacar que la patria potestad, a diferencia del derecho de visitas que se configura como un derecho-deber, ha sido definida como un derecho-función⁹³. Además, cuando ya han transcurrido varios años sin que el progenitor cumpla con su régimen de visitas se genera un desapego por parte del menor que ya no tiene ningún interés en volver a relacionarse con su

- 91 El art. 170 CC establece que: "El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación. A título de ejemplo en la SAP (Sec. 6ª) núm. 64/2020 de 6 marzo 2020 (JUR 2021, 2002) se confirma la inidoneidad del padre para el ejercicio de la patria potestad puesto que constaba acreditado que las circunstancias personales y sociales del mismo le impedían el ejercicio correcto de la misma, con situaciones de abuso en el consumo de drogas, abandono del plan de intervención propuesto, incumplimiento del régimen de visitas establecido y desinterés absoluto de someterse a un plan de rehabilitación a través de la UCA.
- 92 La doctrina sobre privación de la patria potestad se encuentra recogida en la STS 1 octubre 2019 (RJ 2019,3690). En un caso de absoluta dejación de sus deberes paterno-filiales durante años el padre no ha demostrado la más mínima preocupación por relacionarse con su hija, ni atender a sus necesidades básicas. No se ha relacionado con la menor desde la fecha de la sentencia de divorcio dictada en 2014. Se estima la privación de la patria potestad ex art. 170 CC por la existencia de graves y reiterados incumplimientos del progenitor, prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada. Asimismo, se suspende de forma completa el régimen de visitas del demandado con su hija en virtud de lo establecido en el art. 94 CC. Esta sentencia sigue lo establecido la STS 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157) que estima que: "1. El art. 170 CC prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada, así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma". Esta sentencia remite a la STS 6 junio 2014 (RJ 2014, 2844), para la que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 CC, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS 18 octubre 1996; 10 noviembre 2005 (RJ 2005, 7625)".
- 93 HERRERO OVIEDO, M.: "Comentario del art. 154", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 1265-1267, estima que la patria potestad se configura como una función o como un "derecho-función" donde el interés del menor se configura como piedra angular. La patria potestad es una función de los progenitores (que se contempla también en el art. 39.2 CE) sobre los hijos no emancipados que abarca un aspecto netamente personal, como es la protección, la convivencia, el cuidado, la alimentación y la educación de los hijos y un aspecto más patrimonial como es la representación y administración de sus bienes (aunque hay que advertir que esta clásica distinción entre lo personal y lo patrimonial no siempre es nítida).

padre⁹⁴. En alguna sentencia se ha estimado la privación de la patria potestad al padre por la falta de cumplimiento del régimen de visitas durante quince meses que equivale al 25% de la vida de ese menor⁹⁵. El demandado no ha tenido ningún tipo de comunicación con su hijo de pocos años de edad, cuya falta de comunicación ha sido querida por él de forma voluntaria y reiterada.

94 Son numerosas las sentencias en las que el progenitor custodio no ha tenido relación con el menor desde hace varios años. Las soluciones adoptadas en cada resolución varían por las circunstancias concretas de cada caso. Así sucede con la SAP Huelva (Sec. 2ª) 16 octubre 2016 (JUR 2016,107349), en este caso la hija de 16 años llevaba sin ver a su padre desde hacía seis años. Se establece un régimen abierto de visitas. En la SAP de Murcia (Sec. 4ª) 20 diciembre 2012 (JUR 2013,34612) se suspende el régimen de visitas con el padre no ha tenido contacto con la menor, ahora con 14 años, desde que la hija tenía 3 años de edad. En la anterior sentencia de separación se había pactado un régimen de visitas temporal en el Punto de Encuentro Familiar para iniciar las relaciones entre el padre y la menor. En la SAP Murcia (Sec.4ª) 11 diciembre 2008 (JUR 2009,102577) se desestima la petición de la madre solicitando la modificación de medidas que establecía un régimen limitado a dos días entre semana en un Punto de Encuentro Familiar. La madre ha estado cuatro años sin cumplir el régimen de visitas. La menor, con 12 años de edad, no quiere contactar con su madre. En el caso de la SAP Murcia (Sec. 5ª) 9 mayo 2006 (JUR 2006, 220707) el adolescente de 15 años se niega a relacionarse con su padre por incumplimiento de éste del régimen de visitas desde su separación legal desde hacía ocho años. Se limitan el derecho de visitas no incluyendo la pernocta los fines de semana. Se desestima la demanda por entender que no hay variaciones sustanciales.

95 SAP Zamora (Sec. 1ª) 7 octubre 2021 (JUR 2021, 381232).

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO BEZOS, J.J.: "Guarda y custodia. Exploración del menor", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2019 (disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es>).

ARNAU MOYA, F.: "La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina), pp. 410-443.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El interés del menor como criterio de aplicación de la ley valenciana de relaciones familiares", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, pp.790-803.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y la custodia", *Revista Critica Derecho Inmobiliario*, núm. 746, noviembre 2014, pp. 3284-3314.

- "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Anuario de derechos humanos*, nº 6, 2005, pp. 1-112.

CASADO CASADO, B.: "El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal", *Revista de Derecho de Familia*, núm.62/2014 (<https://insignis.aranzadidigital.es/>).

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una 'pertenencia' de la vivienda familiar?", *Actualidad Civil*, nº 7-8, sección persona y derechos, nº7, 2020.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 195-212.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Separación y divorcio", en AA.VV.: *Derecho Civil IV (Derecho De Familia)*, (coord. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 121-202.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 94 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo I (Arts. 1 a 151)* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 974-973.

- "La familia extensa del menor ante la falta de progenitores, el incumplimiento o la imposibilidad de observancia de los deberes inherentes a la patria potestad.

Abuelos, tíos y hermanos en la protección de menores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.10/2016. Disponible en: <https://insignis-aranzadidigital-es>. Consultado 15-12-2023.

DÍEZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 154”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, tomo II*, (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1562 y 1563.

GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario a los artículos 42 a 107 del Código civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), 2ª ed. Edersa, Madrid, 1984, T.II, p. 398.

GARCÍA MAYO, M.: “El concepto de animal doméstico y de compañía”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales: Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales*, (coords. M. GARCÍA MAYO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA). Reus, Madrid, 2022, pp. 129-155.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “¿Resultaría jurídicamente correcto decretar la suspensión del régimen de visitas cuando los menores con alto grado de discernimiento rechazasen la figura del progenitor no custodio?”, *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, nº 22, 2010, EDC 2010/1013817, p. 6. (<https://elderecho.com/resultaria-juridicamente-correcto-decretar-la-suspension-del-regimen-de-visitas-cuando-los-menores-con-alto-grado-de-discernimiento-rechazasen-la-figura-del-progenitor-no-custodio>).

–“Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte II), *Elderecho.com*, enero 2017 (<https://elderecho.com/los-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-en-materia-de-familia-en-la-ley-152015-de-2-de-julio-parte-ii>).

HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 154”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 1265-1276.

–“Comentario del art. 160”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 1298-1305.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentarios del art. 94”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 1004-1010.

-“Comentario del art. 103”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 1004-966.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: “Nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, (dir. M., LINACERO DE LA FUENTE). 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp.195-226

-“La patria potestad. Responsabilidad parental”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, (dir. M. LINACERO DE LA FUENTE). 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp.439-514.

-“Medidas en los procesos de familia en relación a los hijos. Patria potestad. Guarda y custodia. Régimen de comunicación y visitas”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, (dir. M. LINACERO DE LA FUENTE). 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 725-786.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “El derecho de visita en la reciente praxis judicial”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1994 (<https://insignis.aranzadidigital.es/>).

MUÑOZ RODRIGO, G.: “El régimen de visitas, comunicación y estancia”, en AA.VV.: *GPS Familia* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 177-200.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita comunicación y estancia de los menores*, Wolter-Kluwers, las Rozas (Madrid) 2019.

PÉREZ MARÍN, A.J.: “Las interferencias parentales en el cumplimiento del régimen de visitas y posibles soluciones”, *Revista Derecho de Familia*, núm. 81/2018, (<https://insignis.aranzadidigital.es/>).

ROCA TRÍAS, E.: “Comentario del art. 94 CC”, en AA.VV.: *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, T.I. p. 394.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997.

TAMAYO HAYA, S.: “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, 2008 octubre-diciembre, pp.35-39.

UREÑA MARTÍNEZ, M.: “Comentario a la STS 1 octubre 2010 (RJ 2010,7302)”, *CCJC*, núm. 86/2011 (<https://insignis.aranzadidigital.es/>).

