

La incidencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio no sólo se manifiesta en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, sino también se evidencia, existiendo hijos comunes sometidos a la patria potestad de ambos, en las relaciones paternofiliales. Es por ello por lo que, desde siempre, esta materia, que será definitivamente resuelta tras la finalización del proceso o procedimiento matrimonial, ha sido objeto de regulación a través de medidas provisionales.

Ahora bien, en dicha normativa se ha producido, al menos en teoría, un cambio esencial. Si bien con anterioridad a la Ley 30/1981 las medidas provisionales con relación a los hijos se adoptaban discrecionalmente por el órgano jurisdiccional —y, sin mucha justificación, así continuó manteniéndose en el artículo 1888 de la LEC/1881 hasta su reciente derogación—, a partir de aquel momento y, sobre todo, tras la entrada en vigor de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el interés de aquéllos el que debe guiar la correspondiente resolución del tribunal.

En este sentido y de forma unánime se ha pronunciado la totalidad de la jurisprudencia consultada aunque, ciertamente, una lectura superficial de alguno de sus pronunciamientos pudiera dar a entender lo contrario.

Así SAP de Granada de 25 de enero de 2000: «Primero.- Que la discrecional actuación del Juez en pro de los superiores intereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente (artículos 68 y 73), cobra todavía más relevancia en el texto actual, informado para todas las situaciones de separación, divorcio y nulidad del matrimonio por criterio primordial del favor filii (artículos 92, 93 y 94) (STS 2 de mayo de 1983), debiendo los acuerdos sobre su cuidado y educación, ser tomados siempre en beneficio del menor, al que el Juez debe oír si tuviera suficiente juicio y preceptivamente si alcanzó los doce años, recabando si lo entendiere preciso, el dictamen de especialistas (artículo 92 párrafo 2 y 5) (STS 31 de diciembre de 1982)» (AC 2000/92).

Y sin lugar a dudas, SAP de Málaga de 9 de marzo de 1998: «Pues bien, tras un nuevo análisis de lo aportado en autos, no puede la Sala sino incidir en los acertados argumentos contenidos en la resolución combatida, no desvirtuados por el recurrente en esta alzada, y que, a la vista de las cuestiones planteadas por el marido para oponerse a las medidas mencionadas, concluye manteniéndolas. En relación con las mismas, según lo dispuesto en los artículos 103 y siguientes del Código Civil, se ha de tener presente como premisa que las medidas combatidas dado su carácter, sirven para solucionar de una manera provisional todos los aspectos personales y patrimoniales de un matrimonio en quiebra,

permitiéndoles la realización del proceso y que una vez establecidas han de durar lo que la tramitación del pleito hasta tanto adquiriera firmeza la sentencia que en su caso fijará las definitivas, más adecuadas, que será preciso adoptar como complementarias de la declaración judicial de separación. En el momento del inicio del proceso, cuando se acuerdan las medidas provisionales, se tiene en cuenta una determinada situación de hecho y con base a ella se establece su contenido que siempre deberá contemplar con una finalidad primordial, la protección y bienestar de los hijos, a lo que debe supeditarse la decisión del juzgador en aras a la tutela efectiva de esta protección, cuya valoración objetiva debe prevalecer sobre la subjetiva y parcial del cónyuge privado de la custodia de los hijos, dando especial relieve a la voluntad de éstos» (AC 1998/3994).

El artículo 103, 1ª del CC se refiere a la guarda y custodia, por un lado, y al régimen de visitas, por otro, como las dos cuestiones más necesitadas de regulación provisional. A ellas nos referiremos nosotros también, pero antes es preciso destacar ciertos aspectos comunes que no dejan de guardar una estrecha relación con aquel cambio esencial que mencionábamos al inicio de este apartado.

#### **1. Aspectos comunes**

##### **A) Respecto a la necesidad de pronunciamiento judicial**

La protección del menor en general y la tutela judicial de sus intereses en particular goza de una indudable e innegable naturaleza pública. Por ello no resulta difícil entender la facultad que el artículo 158 del CC concede a los tribunales para decretar, de oficio o a instancia de parte, las disposiciones que consideren convenientes, apropiadas, oportunas para la defensa de los intereses de los hijos que no han alcanzado la mayoría de edad (o son incapaces). Y por ello tampoco debe sorprender que se sustraiga a la vigencia del principio dispositivo (y lo que él conlleva) la resolución judicial que en el proceso matrimonial se pronuncie al respecto.

De este modo tal decisión, y es indiferente su carácter provisional o definitivo, ni tendrá como presupuesto necesario una previa rogación, ni se sujetará a criterios de congruencia «stricto sensu», ni, excluyéndose los actos dispositivos de parte, deberá respetar los que pudieran, a pesar de su prohibición, realizarse.

a) La existencia de hijos menores o incapacitados y la pendencia de un proceso matrimonial pueden exigir del tribunal un pronunciamiento de oficio sobre lo relativo al ejercicio de la patria potestad durante su sustanciación.

Legalmente no hay inconveniente alguno. Los términos de los artículos 103 del CC —el juez adoptará— y 773 de la LEC —acordará lo que proceda— son imperativos, quizá como consecuencia de considerar la

posibilidad de vida separada como efecto jurídico-privado de la demanda de nulidad, separación o divorcio. Y, en cualquier caso, así debe entenderse cuando se pone en relación con materias de «ius cogens» como la que estamos comentando.

Al órgano jurisdiccional se le otorgarían, pues, poderes «ex officio» para disponer medidas provisionales en relación con los hijos del matrimonio y a ello resultará obligado, aun cuando no existiera solicitud de los progenitores, si el interés del menor lo requiriera que, por otra parte, será la regla general.

Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en resolución ya citada, 4/2001, de 15 de enero, parte de cuya fundamentación reproducimos de nuevo: «Y precisamente en garantía de cualquiera de los cónyuges (art. 90, párrafo 2, Código Civil), de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección (art. 103 CC, reglas primera y tercera), la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes (ATC 100/1987, de 28 de enero). Por ello en la STC 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2, este Tribunal, al analizar una queja de incongruencia, tuvo ya oportunidad de resaltar que en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de ius cogens, por tratarse de un instrumento al

**servicio del Derecho de familia. La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional stricto sensu (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados (AATC 328/1985, de 22 de mayo, y 291/1994, de 31 de octubre). Como expusimos en la STC 77/1986, de 12 de junio, «la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir ex officio».**

**También muy claramente la SAP de Toledo de 17 de septiembre de 1998: «Consecuencias relevantes del principio de «favor filii» en el orden procesal o adjetivo son, por un lado, que las medidas que afectan a los hijos menores de edad, y que se derivan de una sentencia de nulidad matrimonial, separación o divorcio, han de ser imperativamente acordadas por el Juez, incluso de oficio y sin necesidad de someterse estrictamente a los principios dispositivo y de rogación, característicos del proceso civil, según se infiere de la expresión «determinará» que emplea el citado artículo 91 del CC (...)» (AC 1998/18519).**

b) Existiendo solicitud de parte, la resolución, si bien debe ser exhaustiva, no está sujeta a la tradicional exigencia de congruencia en tanto en cuanto nos encontramos ante una norma de «ius cogens» y, por tanto, imperativa.

De esta forma SAP de las Palmas de 27 de enero de 1999 que, aunque referida a las medidas definitivas, es perfectamente aplicable a las provisionales que examinamos: «Debe indicarse con carácter previo, que dada la naturaleza de las cuestiones que se debaten en el derecho de familia, el propio Código Civil otorga a los jueces y tribunales una capacidad de decisión que permite la alteración de las peticiones formuladas en los escritos expositivos de las partes, siempre y cuando las circunstancias concurrentes y las situaciones e intereses en litigio así lo justifiquen, por lo que, entendemos, ante ello no cabe la alegación de incongruencia de la sentencia (...)» (AC 1999/3015).

c) Puesto que las disposiciones referidas a la patria potestad son derecho necesario, los actos de disposición no están permitidos. La SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 1998, y con ella toda la jurisprudencia, ratifica que «las normas referidas a la patria potestad ostentan carácter de orden público, y no pueden ser objeto de pacto privado, ni de renuncia de los deberes y facultades que la integran» (AC 1998/8617).

Ello no impide, lógicamente, que exista un acuerdo de los cónyuges. El ordenamiento jurídico lo contempla como punto de partida en la adopción

de medidas provisionales, favoreciendo su consecución (arts 103 CC y 773 LEC). Pero, ni el mismo podrá contener renuncia alguna —allanamiento y transacción incluidos—, ni el tribunal estará vinculado para aceptarlo, goza de una libertad «secundum legem».

Sobre ello puede verse la SAP de Málaga de 20 de julio de 2000 donde el juez de oficio, a pesar del acuerdo de las partes sobre la guarda y custodia, procedió a la práctica de la prueba pericial psicológica a fin de determinar cual de los dos progenitores, la madre a quien afectaba el acuerdo o el padre, era más idóneo para tener a la hija de ambos (AC 2000/1726).

#### **B) En torno al interés de los hijos como criterio rector**

Destaca la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como es el interés del menor y la no interferencia en su vida escolar, social o laboral el principio general de toda actuación, sea cual sea su naturaleza, relacionada con él. De acuerdo con ello su artículo 2 proclama que «en aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Consecuentemente, puede adelantarse que el interés de los hijos es parámetro de referencia en todo caso, que tiene carácter preferente por encima, incluso, de otras reglas legales y que el mismo posibilita tanto la



audiencia de aquéllos y del Ministerio Fiscal como la realización, también de oficio, de dictámenes periciales.

Lo resume perfectamente la SAP de Granada de 25 de enero de 2000: «Que la discrecional actuación del Juez en pro de los superiores intereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente (artículos 68 y 73), cobra todavía más relevancia en el texto actual, informado para todas las situaciones de separación, divorcio y nulidad del matrimonio por criterio primordial del «favor filii» (artículos 92, 93 y 94) (STS 2 de mayo de 1983), debiendo los acuerdos sobre su cuidado y educación, ser tomados siempre en beneficio del menor, al que el Juez debe oír si tuviera suficiente juicio y preceptivamente si alcanzó los doce años, recabando si lo entendiere preciso, el dictamen de especialistas (artículo 92 párrafo 2 y 5) (STS 31 de diciembre de 1982» (AC 2000/92).

Y la SAP de Toledo de 28 de mayo de 1999: «Como ya hemos tenido oportunidad de señalar en numerosas resoluciones (así las SS. de 21 de junio de 1993, 11 abril 1996 y 17 septiembre 1998, entre otras), el principio rector para la solución de los conflictos personales en materia de derecho de familia, y en especial para la adopción de medidas que afecten al cuidado y educación de los hijos, ha de ser el de «favor filii», elevado a rango constitucional (art. 39 CE) y consagrado en numerosos preceptos sustantivos (arts. 92, 103, 154 y 170 del CC), conforme al cual deben procurarse, ante todo, el beneficio o interés de los menores, en orden a

su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de los progenitores, constituyendo, este principio de protección integral y preferente de los hijos menores, un criterio teleológico de interpretación normativa que debe presidir la aplicación de la ley en esta materia» (AC 1999/6144).

**a) En todo caso**

El interés de los hijos se constituye en directriz primera y principal para la adopción de estas medidas provisionales. Y se constituye en todo caso. No sólo con relación a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 103, 1ª (y aquí incluiríamos tanto las posibles decisiones a adoptar sobre la guarda y custodia de los hijos como las referidas al régimen de visitas), sino también respecto al supuesto excepcional de encomendar los hijos a otras personas distintas de los padres o a la institución adecuada, establecido en el segundo apartado.

SAP de Palma de Mallorca de 11 de mayo de 1988: «El principio inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos, es el de que su interés debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, consagración de dicho principio que se encuentra recogida de forma expresa en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 103.1, 154 y 170) y en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paternofiliales o tutelares, latiendo en todas ellas la idea de que el beneficio de los hijos o menores constituyen la

razón de ser o el fundamento de las prescripciones legales» (en RGD, 1989, pp. 687-9).

O, más recientemente, la ya citada SAP de Alava de 8 de octubre de 1997: «De ahí que, como se decía, parezca más razonable mantener la guarda y custodia en los términos establecidos por ser más adecuada a los intereses de la menor cuya absoluta prevalencia ha de ser tenida en cuenta en aplicación del principio favor filii, pero sin deber tampoco obviar, obiter dicta, que al ser igualmente positivas las relaciones de la madre con la menor siendo ésta una figura de apego fundamental para Tania conforme a los propios términos de informe pericial y a las propias normas de experiencia que salvo casos muy concretos recomiendan la presencia de ambas figuras, paterna y materna, para el adecuado desarrollo y educación de los hijos, deben ser ambos progenitores los que han de consensuar un amplio régimen de visitas en exclusivo beneficio de la niña» (AC 1997/2014).

Y SAP de Toledo de 17 de septiembre de 1998: «En particular, las medidas relativas al cuidado de los hijos en estas situaciones de crisis matrimonial han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (art. 39 CE), del «favor filii», procurando, ante todo, el beneficio o interés de los mismos, en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores. Este principio de protección integral de los hijos, constituye un criterio

teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los arts. 92, 96 y 103, entre otros, del CC, que debe presidir la aplicación de la ley en esta materia» (AC 1998/18519).

**b) Preeminencia sobre otras reglas legales**

El interés de los hijos es, o debe ser, atendido incluso por encima de otros criterios establecidos por el legislador. Actualmente las medidas relativas a los hijos no pueden determinarse si no es en función del propio interés de los mismos. El precepto antes citado es concluyente en este sentido.

Sin fisuras, como advertíamos, en las resoluciones de nuestros tribunales, puede verse: SAP Santa Cruz de Tenerife de 20 de diciembre de 1988: «El criterio rector para decidir sobre la guarda y educación de los hijos menores en los pleitos sobre nulidad, separación o divorcio de los padres está representado por el logro de la mayor y más adecuada satisfacción de sus intereses de todo orden, tanto cuando se trata de adoptar medidas provisionales, vigentes durante la substanciación del proceso —artículo 103.1<sup>a</sup> del Código Civil— como de resolver definitivamente la cuestión —artículo 92, párrafo segundo— y al cumplimiento de ese objetivo debe orientarse el ejercicio de la facultad discrecional que el Juez concede al artículo 1.888 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para decidir sobre las primeras, de tal suerte que el mayor beneficio de los hijos prevalece en cada caso sobre las normas

legales que contienen soluciones para la cuestión, como son el artículo 159 del Código citado que, siguiendo una norma de experiencia, prefiere confiar a la madre los hijos menores de siete años, edad superada por las dos hijas del matrimonio litigante, o el 92, último párrafo, que aconseja no separar a los hermanos, pareciendo claro que en el caso presente, además de observarse esta admonición, se ha tenido muy en cuenta lo manifestado por éstas en su comparecencia ante el Juez, sin que se haya practicado en este incidente prueba suficiente para modificar la medida» (en RGD, 1990, enero-febrero, pp. 991-2).

O, de esta misma Audiencia, Sentencia de 6 de febrero de 1989: «El criterio rector a que han de acomodarse todas las medidas que se adopten, sea con carácter provisional o definitivo, en los pleitos de nulidad, separación o divorcio sobre el cuidado y educación de los hijos, es el que con ellas debe buscarse primordialmente su mayor beneficio y la más cumplida satisfacción de sus intereses, de acuerdo con lo que disponen los artículos 92 y 103-1ª del Código Civil, y al logro de esa finalidad se subordinan las reglas contenidas en los artículos 159 y 92, último párrafo, cuyas soluciones, fundadas en lo que la experiencia aconseja como regla general para conseguirla, se aplicarán únicamente si en cada caso no se descubre que otra distinta resulta más adecuada para ello» (en RGD, 1990, pp. 994-5).

Y también SAP de Badajoz de 2 de marzo de 1999: «En materia de guarda y custodia, como decía el apelante, no existe otro interés distinto que salvaguardar el del beneficio del menor. La resolución será tanto más ajustada a derecho cuanto más se ajuste a este parámetro en busca del desarrollo integral del menor y de su personalidad; es pues que este criterio predominante absorbe cualquier otro, aun legítimo, que pudiera resultar invocable» (AC 1999/6867).

En consecuencia, cuestiones tales como la personalidad del niño (art. 154, II), la existencia de varios hermanos (art. 92, IV), la voluntad del menor (art. 92, II), su edad (aunque la referencia a los 7 años del art. 159 CC y 1881 LEC/1881 ha desaparecido tras la Ley 11/1990, de 15 de octubre y la Ley 1/2000, de 7 de enero), o cualquier otra circunstancia deberán acomodarse a ese principio general y habrán de ser tenidas en cuenta siempre en el intento de averiguar cuál es aquel interés que preside la aprobación-adopción de estas medidas. Todos ellos, inclusive el mantenimiento de la unidad familiar o las preferencias del hijo, ceden ante este concreto criterio. Es más, como reiteradamente ha venido señalando la jurisprudencia, ninguno de ellos, ni este último, vinculan al juzgador; no se olvide que muchas veces se alude a la inseparabilidad de los hermanos sin que exista vínculo afectivo alguno o que la voluntad del niño puede haber sido presionada o simplemente es producto de actuaciones caprichosas o inmaduras.

En relación sobre todo con el mantenimiento de la unidad familiar y su cesión ante el interés de los hijos, SAP de Castellón de 17 de marzo de 1999: «Al respecto este Tribunal estima que la primera cuestión que debe ser resuelta es la relativa a la modificación del régimen de guarda y custodia de los dos hijos menores del matrimonio, pues de lo que al respecto se resuelva, derivarán las decisiones que sobre los otros temas se adopten. Habida cuenta de su propio contenido, y para su mejor resolución conviene partir de las siguientes consideraciones:

1º. El estricto contenido del art. 90 a), conforme al cual el convenio regulador deberá determinar el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor con quién no convivan, del art. 103.1 según el que, el Juez a falta de acuerdo entre los cónyuges deberá adoptar en interés de los hijos la forma en que el cónyuge apartado de ellos podrá cumplir el deber de velar por ellos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicarse con los mismos y tenerlos en su compañía, y el artículo 159 que dispone que a si los padres viven separados y no deciden de común acuerdo, el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, con quien quedaran los menores de edad, oyendo antes de tomar esta medida a los hijos que tuvieran suficiente juicio y en todo caso a los mayores de doce años; siendo criterio incontrovertido de interpretación de estos preceptos que siempre debe primar el interés de los hijos a la hora de determinar con quien de los cónyuges han de quedar y la forma

en que el cónyuge con quien no convivan haya de velar por ellos y tenerlos en su compañía, de manera que se decidirá en su beneficio, teniendo igualmente en cuenta su opinión.

2º. Los parámetros que han de presidir las decisiones y actuaciones de los padres en relación con las medidas de guarda y custodia así como el régimen de visitas y estancias con uno o con otro debe ser el de facilitar el contacto, intentando que no se produzca desarraigo con el, que habitualmente no los tiene, sin que se den carencias afectivas y formativas, favoreciéndose el desarrollo integro de su personalidad, debiendo ejercerse el régimen de visitas con máxima generosidad, adaptándolo a las necesidades y deseos de los hijos, mirando siempre por su beneficio.

3º. Debe dotarse al sistema o régimen de visitas de la suficiente flexibilidad para adaptarlo también a las circunstancias de domicilio y residencia, así como ocupaciones laborales y profesionales del cónyuge con quien los hijos no convivan, de manera que se siga permitiendo el contacto personal y afectivo.

4º. En todos los casos hay que tener en cuenta otros factores de decisiva importancia como son la edad de los menores, sus necesidades afectivas y de otra clase, sus costumbres habituales, sus relaciones con los respectivos padres y en especial con el que no conviven, las condiciones y cualidades de éste para atenderlos, la localidad de residencia respectiva



en su caso y otras múltiples circunstancias, que deben permitir adecuar el régimen de visitas a las circunstancias de cada caso en particular, y todo ello con el fin de evitar rígidos sistemas que impidan frustrar las relaciones entre padres e hijos.

5º. Es también uno de los principios orientadores cuando de hermanos se trata, el procurar que los mismos no sean separados, recogándose ello en el párrafo cuarto del artículo 92. Ahora bien esta norma es de carácter permisivo y no imperativo, y debe utilizarse de manera racional y no genérica o automática, pues si lo normalmente aconsejable es no privar a los hermanos de vivir juntos, con el fin de facilitar, mantener o apoyar su equilibrio emocional y psicológico —ya bastantes veces puesto en dificultades por los problemas que de la situación de los padres puedan derivárseles—, en ocasiones es aconsejable y preferente no forzar o exigir una convivencia que va a influir negativamente en su situación personal a nivel de desarrollo afectivo y emocional, en cuanto ello pueda suponer privar de otras relaciones personales más íntimas con algunos de sus padres, que puedan ser imprescindibles y necesarias para su adecuada estabilidad en orden a los factores citados. Ello es así, y sin duda deberán las partes conocer que a veces un cambio de vida afectiva no deseado e impuesto, adoptado con criterios de inflexibilidad provocados por factores ajenos puede llegar a ser sumamente nocivo, e incluso afectar

negativamente y empeorar aquello que se pretende mejorar o arreglar» (AC 1999/549).

Lógicamente anteriores consideraciones atinentes a los cónyuges no son, ni pueden serlo, en ningún caso contempladas por el juzgador. En este sentido, y olvidándonos de los antiguos criterios de buena o mala fe de las partes, la SAP de Alicante de 14 de abril de 2000 concluye: «Que el régimen de visitas, y/o forma en el que el progenitor al que no se le atribuye la guarda y custodia podrá acceder a su hija común y tenerla en su compañía, no se establece en beneficio o interés, o a modo de gratificación o castigo, de ninguno de los progenitores, sino en exclusivo interés de la hija menor común» (AC 2000/4596).

Igualmente SAP de Aláva de 2 de octubre de 1999: «Tanto el art. 103 como el art. 92 del Código Civil, sin excusar de las obligaciones paterno- filiales, establecen que en el caso de falta de acuerdo de los padres, deberá resolverse respecto a las medidas de cuidado y educación de los hijos menores, pero siempre teniendo en cuenta el interés de éstos, oyéndoles previamente, si tuvieran suficiente juicio, y procurando no separar a los hermanos. Interés que, como refiere la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, afecta a la estabilidad en la vida escolar y social.

Abandonados definitivamente los criterios objetivos para el otorgamiento de la guarda, reflejados en el art. 70 del Código Civil, antes de la reforma

de 7 de julio de 1981 (edad, sexo y mala o buena fe de los progenitores), los principios constitucionales, arts. 14 (igualdad), 27 (derecho de los padres a la educación de los hijos), 39 (protección de la familia y obligación de prestar asistencia a los hijos), son una referencia ineludible para el estudio de la cuestión que nos ocupa, teniendo en cuenta que cuando hablamos del «interés familiar» y la tutela del mismo, nos referimos a un concepto de familia que supere la asimilación de familia y matrimonio. De donde, en los supuestos de crisis y ruptura matrimonial, ha de tenerse presente la necesidad de aplicar ese concepto en el grupo familiar como medio de que cada miembro satisfaga sus intereses individuales. Intereses que tienen como guía y principal referencia, al que se encuentran subordinados, el referente a los menores, cuya primacía se justifica en la consideración de ser precisamente los miembros del grupo familiar más desprotegidos y débiles. Por ello el propio legislador no es ajeno a ese interés primordial otorgando una amplia intervención judicial en el momento de decidir acerca de los mismos en cuanto a su custodia, alimentos, etcétera» (AC 1999/7608).

#### **c) Audiencia del menor y del Ministerio Fiscal**

El interés de los hijos conducirá además a darles la oportunidad de ser oídos y permitirá, exigirá en su caso, la intervención del Ministerio Fiscal. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 749 y 773 de la LEC y en concordancia con lo regulado en otros preceptos de esta normativa (arts

770 y 777) y del Código Civil (arts. 154, II, 156, II, 159 y fundamentalmente 92, II), el juez, de oficio o a instancia de parte, tendrá que oír, antes de adoptar las medidas correspondientes, a «los hijos mayores de doce años siempre que tuvieran suficiente juicio» así como al Ministerio Fiscal si estuviera, que debería, presente.

Recuérdese, no obstante y partiendo de lo anterior, que ni los deseos de aquellos ni el parecer de éste habrían de ser aceptados por el tribunal en su resolución sino en tanto en cuanto sirvieran a la conformación del interés del menor.

Así SAP de León de 20 de enero de 2000: «Contra la sentencia de instancia se interpone recurso de apelación por la representación de la demandante por no estar de acuerdo con dicha sentencia en lo relativo a la guarda y custodia de las dos hijas menores del matrimonio, que quedan bajo la custodia del padre. Pero las razones expuestas por la recurrente no pueden alcanzar el éxito pretendido porque es prueba importante a estos efectos la propia manifestación de la hijas al decir expresamente – folio 227– «que desean vivir con su padre porque no soportan la convivencia con su madre al mantener ésta relaciones con un individuo que las maltrata y al que tienen miedo». Es evidente que, en estas condiciones, las medidas establecidas en interés de los hijos, de acuerdo con el art. 103 del Código Civil, son claramente ajustadas a derecho por el momento, sin perjuicio de que puedan ser modificadas si

cambian las circunstancias, siendo obligado confirmar la sentencia en esta parte» (AC 2000/2926).

SAP de Barcelona de 7 de julio de 1992: «Lo importante y decisivo es sólo y exclusivamente el interés más necesitado de protección: el de los hijos comunes menores de edad. En función de tal interés y a la vista de las manifestaciones hechas por los hijos (manifiestan que están mejor atendidos por el padre y con él desean convivir) corroborados por los testigos llamados, resulta lógico que se atribuya al padre demandado la guarda y custodia de los mismos y, consecuentemente, se atribuya aquél en función de éstos el uso del domicilio conyugal, con el consiguiente régimen de visitas para la madre y la obligación de ésta de prestar alimentos a sus hijos en la medida de sus posibilidades» (en RJC, 1993, p. 266).

Y Auto de 25 de febrero de 1983 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mataró: «Que establecida en el artículo 103 del Código Civil, la necesidad de adoptar una serie de medidas complementarias a la separación, en cuanto a los hijos indica que deberán concretarse en su beneficio quien ostentará la custodia y el ejercicio de la patria potestad, así como el régimen de visitas, debiendo estarse para averiguar que sea lo mejor para los menores al resultado de la audiencia de éstos» (en RJC, 1983, pp. 813-6).

Y no se olvide tampoco, aunque en relación con los hijos únicamente, que el artículo 9.2 de la LO 1/1996 establece un derecho del menor, indudablemente, y un deber del juez, quizá algo más dudoso, de ser oído y oír ante una petición de éste o de su representante. Consecuentemente, esa audiencia «imperativa» se haría en la persona del hijo o de quien designe para que le represente, que no sería ninguno de los progenitores, sin que el juez estuviera vinculado por las manifestaciones allí realizadas. SAP de Toledo de 17 de septiembre de 1998: «Por otro lado, el juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos, los cuales habrán de ser oídos sobre este particular concerniente a su cuidado y educación, que les afecta de manera tan personal, si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años (art. 92 CC). Este deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Y si bien este interés puede, en algún supuesto, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, no cabe desconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el

desarrollo integral de la personalidad del menor afectado» (AC 1998/18519).

En cumplimiento de este derecho y durante la vigencia de la Ley de 1881 la práctica forense acudió en numerosas ocasiones, incluso al conocer del recurso de apelación, a las diligencias para mejor proveer. Con la actual regulación, sin embargo, no sería necesario al subsanarse legalmente defectos procedimentales anteriores. Y, en cualquier caso, las nuevas normas sobre diligencias finales no deberían ser óbice, a pesar de su restricción, para alcanzar tal resultado, téngase en cuenta los poderes oficiales que se otorgan al tribunal en relación con la actividad probatoria (arts. 752, 771 y 773 LEC).

Véase SAP de Albacete de 27 de enero de 2000: «Estando fuera de toda duda la complejidad de las relaciones personales derivadas de una separación, tanto las matrimoniales como las paterno/materno-filiales, al respecto este Tribunal estima que la primera cuestión que debe ser resuelta es la relativa a la modificación del régimen de guarda y custodia del hijo menor del matrimonio José Guillermo, pues de lo que al respecto se resuelva, derivarán las decisiones que sobre los otros temas se adopten. El artículo 90 a) establece que el convenio regulador deberá determinar el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor con el que convivan. Por su parte, el artículo 103.1 señala que cuando no exista acuerdo entre los cónyuges el Juez deberá

establecer la forma en la que el progenitor apartado de sus hijos podrá cumplir con sus deberes, así como el régimen de comunicación, y el artículo 159 dispone que el Juez decida siempre en beneficio de los hijos, con quien quedaran los menores de edad, oyendo antes de tomar esta medida a los hijos que tuvieran suficiente juicio y en todo caso a los mayores de doce años; siendo criterio incontrovertido de interpretación de estos preceptos que siempre debe primar el interés de los hijos a la hora de determinar con quién de los cónyuges han de quedar y la forma en que el cónyuge con quien no convivan haya de velar por ellos y tenerlos en su compañía, de manera que se decidirá en su beneficio, teniendo igualmente en cuenta su opinión. Todo ello debe presidir la decisión y actuación de los padres, intentando que no se produzca desarraigo con él, que habitualmente no los tiene, sin que se den carencias afectivas y formativas, favoreciéndose el desarrollo íntegro de su personalidad, adaptando dichas decisiones a los deseos de los hijos y mirando siempre por su beneficio.

Tercero.- La cuestión principal que se somete a nuestra consideración es la relativa al otorgamiento del cuidado y educación del hijo menor José Guillermo y para ello los arts. 92 y 103 CC establecen como criterio preferente el beneficio o interés del menor, lo que ha motivado la diligencia para mejor proveer acordada en esta instancia como medio para, desde un punto de vista positivo, profundizar en la situación real



actual de esas relaciones. El resultado de la exploración judicial es claro y decisivo que determina la revocación de la sentencia apelada, porque en ella el menor manifestó entre otras cosas que estando bien con sus dos padres, prefería vivir con su padre en Hellín, donde viven también sus dos hermanos, Gregorio y Raúl. Y es que uno de los principios orientadores cuando se trata de hermanos es también el procurar que los mismos no sean separados. Ahora bien, el párrafo cuarto del artículo 92 tiene un carácter permisivo y no imperativo, por lo que debe utilizarse de manera racional y no genérica o automática, pues si lo normalmente aconsejable es no privar a los hermanos de vivir juntos, con el fin de facilitar, mantener o apoyar su equilibrio emocional y psicológico – ya bastantes veces puesto en dificultades por los problemas que de la situación de los padres puedan derivárseles–. Atendiendo a lo anterior, es opinión de esta Sala, y sin duda deberán las partes conocer que a veces un cambio de vida afectiva no deseado e impuesto, adoptado con criterios de inflexibilidad provocados por factores ajenos puede llegar a ser sumamente nocivo, e incluso afectar negativamente y empeorar aquello que se pretende mejorar o arreglar, el que en una ocasión como la presente es aconsejable y preferente no forzar o exigir a José Guillermo una convivencia que puede influir negativamente en su situación personal a nivel de desarrollo afectivo y emocional, en cuanto ello pueda suponer

privar de otras relaciones personales que pueden ser imprescindibles y necesarias para su adecuada estabilidad en orden a los factores citados.

Por tanto, partiendo por supuesto de que ambos progenitores están perfectamente capacitados para el ejercicio adecuado de sus funciones, tanto derechos como obligaciones que la maternidad y paternidad implican, este Tribunal no puede prescindir del contenido de la expresa voluntad manifestada por el menor, no sólo en la exploración personal, realizada directa e inmediata en esta alzada, sino de lo también manifestado en anteriores exploraciones practicadas, por lo que es de apreciar la necesidad actual de modificar el régimen de custodia acordado en convenio regulador aprobado en Sentencia de separación en fecha noviembre de 1996, porque las circunstancias concurrentes en el caso, tal como fueron expuestas aconsejan que en este momento apreciemos la conveniencia de que la custodia de José Guillermo, de 8 años de edad sea atribuida a don Gregorio P. V., y ello por entender que esta solución es la razonable y conveniente para conseguir los fines exigidos en los preceptos citados conforme a los criterios de interpretación citados, de modo que el nuevo régimen de custodia fijado lo que hace es adaptarse a la situación existente y a las relaciones de los hijos con sus respectivos progenitores, teniendo en cuenta su deseo expresado de forma clara en su última exploración, así como lo que se

estima más conveniente para su adecuada estabilidad emocional y desarrollo de la personalidad» (AC 2000/2651).

**d) Dictámenes periciales**

El interés de los hijos posibilitará, por último, la realización de informes de especialistas, acordados incluso de oficio por el juez. Así se prevé en el artículo 92, IV del CC, que debe entenderse aplicable, refiriéndose no sólo a un dictamen pericial de parte sino también a exámenes psicosociales realizados en los juzgados que dispongan de un gabinete (compuesto normalmente de un psicólogo y un asistente social) de estas características.

SAP de Málaga de 20 de julio de 2000: «Primero.- Estando de acuerdo ambos cónyuges en la separación matrimonial, se plantea por el apelante en esta alzada como cuestión principal la revocación de la sentencia de instancia a fin de que el hijo menor del matrimonio quede bajo la guarda y custodia del padre. Para la adecuada resolución de esta cuestión ha de tenerse en consideración que, habiendo nacido el menor el 12 de diciembre de 1996, la demanda de separación la interpone doña Mónica F. B. el 27 de enero de 1999, cuando el niño había cumplido dos años, solicitándose como primera medida que el hijo quedara bajo la guarda y custodia de la madre, así mismo, en la contestación a la demanda formulada el 26 de marzo de 1999 por el ahora apelante, don José. Antonio Bernabé, G. M., también se solicita que el hijo quede bajo la

guarda y custodia de la madre, y en consonancia con estas peticiones coincidentes, quizás la única en la que, aparte de la separación, los cónyuges estaban de acuerdo, durante el procedimiento, que terminó con el dictado de la sentencia ahora recurrida de fecha 5 de noviembre de 1999, ni se debatió este tema ni, en consecuencia, se propusieron ni practicaron pruebas acerca de cuál de los progenitores resultaba el más idóneo para tener la guarda y custodia del hijo. Pero es que, además, en el procedimiento de medidas provisionales núm. 311/1998 (iniciado por escrito de 30 de octubre de 1998), cuyo testimonio consta unido a estas actuaciones, tampoco se debatió entre las partes la guarda y custodia del niño, siendo el Juez de oficio, sin que lo interesara ninguna de las partes, el que acorde para mejor proveer practicar una prueba pericial psicológica a fin de determinar cuál de los dos progenitores era el más idóneo para tenerla, y en base a la cual en el auto acordando las medidas de fecha 24 de diciembre de 1998 se le otorga a la madre, medida esta frente a la que se aquieta el ahora apelante ya que presentó escrito (5 de enero de 1999) formulando incidente de oposición frente a dicho auto, que no fue admitido a trámite pero en el que consta que la impugnación iba referida tan sólo a cuestiones económicas. En consecuencia, es en el acto de la vista de este recurso cuando se plantea por primera vez tal cuestión acompañando la dirección Letrada del apelante a su nueva pretensión un informe de una trabajadora social de la Consejería de Salud

de la Junta de Andalucía dirigido a nombre del recurrente en el que se hace constar que han transcurrido dos años aproximadamente desde que el anterior se puso en contacto con el Departamento de Trabajo Social del Centro de Salud por un tema de maltrato en la persona de su hijo menor, habiéndose comprobado que su ex mujer no actúa con la diligencia que se espera de una buena madre para con su hijo, aduciéndose por la parte apelante en dicho acto que se plantea en la alzada esta nueva cuestión porque con anterioridad no se creía necesario interesarlo así, habiendo surgido tal necesidad ante dicho informe social, y ante esta nueva circunstancia, este Tribunal tiene la posibilidad de revocar la medida acordada en la anterior instancia por un principio de economía procesal» (AC 2000/1726).

Su valor probatorio, además, suele ser relevante en la práctica forense. Si bien la apreciación del mismo siempre se realizará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348), en mínimas ocasiones tales directrices conducen a apartarse de lo propuesto en el informe del equipo del juzgado que se presume imparcial. La excepción serían los informes particulares. Y el problema la existencia de varios y contradictorios.

Un ejemplo de lo anterior, aunque referido a las medidas definitivas, en SAP de Cádiz de 14 de marzo de 2000: «En cuanto al régimen de visitas que el actor habría de mantener con su hijo, de 6 años de edad y aquejado de trastorno generalizado del desarrollo no especificado, la sentencia

impugnada, siguiendo las pautas aconsejadas por la psicóloga que asiste al menor, lo determina en los martes y jueves de 16 a 19 horas y los sábados y domingos en semanas alternas de 12 a 20 horas. Y se ha de convenir en que lo así acordado, avalado por el dictamen especializado referido, ha de respetarse en beneficio del propio menor, que en definitiva es la pauta que ha de regir las decisiones que al respecto se adopten, y sin perjuicio, claro está, de que la evolución posterior del mismo, por ahora imprevisible, al implicar alteración sustancial de las circunstancias actualmente concurrentes, pueda aconsejar la modificación de la medida conforme a lo previsto en el artículo 91 del Código Civil; de tal forma que, dependiendo dicha evolución de múltiples factores, entre ellos los comportamientos que ambos progenitores adopten en sus relaciones con el hijo, es obvio que por el momento no puede anticiparse el sistema gradual que por el apelante se propugna, siempre dependiente de una evolución que por ahora se presenta sin la previsibilidad necesaria para ello» (AC 2000/4902).

También en SAP de Navarra de 28 de junio de 2000: «La sentencia de separación matrimonial dictada en la instancia, que decretó el cese de la vida en común de los esposos, y determinó las medidas o efectos civiles complementarios a tal situación o estado legal, ha sido objeto de apelación por ambas partes litigantes.

En el primer motivo del recurso interpuesto por la demandada se combate el régimen de visitas fijado a favor del actor, solicitando, por un lado, que el mismo se restrinja, y, por otro lado, se demore la fecha en que la hija menor pueda pernoctar con su padre hasta que cumpla los seis años de edad. Para fundamentar esta pretensión, tras remitirse a distintas sentencias de Audiencias Provinciales que fijan la pernocta a partir de los cuatro o cinco años de edad, alegó que de la prueba practicada (declaración de los testigos, certificado Proyecto Hombre, testimonio sentencia recaída en juicio de faltas, declaración notarial) se desprendía que el actor es consumidor habitual de cocaína y alcohol, tiene un carácter agresivo y sufre desviación sexual, habiendo «perseguido» a algunas mujeres. Las medidas a tomar sobre el régimen de visitas han de adoptarse teniendo en cuenta el beneficio de los menores, idea primordial que prevalece sobre el interés de cada progenitor, a veces contrario al del otro en la situación creada por la crisis matrimonial, principio consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170), y en general en cuantas normas o disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE) y la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que alude reiteradamente al interés superior del menor, que primará sobre cualquier otro interés legítimo con el que entre en conflicto,

facultando expresamente el art. 94 CC al juez para limitar el derecho de visita del progenitor que no convive con sus hijos si graves circunstancias así lo aconsejan. Tras un nuevo examen de la prueba practicada, permitido por el carácter ordinario del recurso de apelación, la Sala considera ajustado a derecho el régimen de visitas fijado en la sentencia apelada, por tener en cuenta el interés de la menor. Efectivamente, de la prueba practicada tiene especial relevancia el «informe psicológico», que trata de obviar la apelante remitiéndose a distintas sentencias de Audiencias Provinciales, sin tener en cuenta que ha de estarse al caso concreto; y en dicho informe la psicóloga pone de manifiesto que para el desarrollo de la niña es necesario que se relacione con su padre, de manera que la pernocta de la niña en el domicilio del padre favorecerá su relación con éste, «y por eso lo recomiendo a partir de que Cayetana alcance los hitos del desarrollo ya mencionados...». Es cierto que el art. 94 autoriza al juez a limitar el derecho de visita del progenitor que no tenga consigo los hijos menores, cuando se «dieren graves circunstancias que así lo aconsejen»; pero, como sostiene el juzgador de instancia, no se ha acreditado la concurrencia de dichas circunstancias, ni, en definitiva, que el actor esté incapacitado para cuidar de su hija. La apelante alega que el actor es consumidor habitual de cocaína y alcohol, tiene un carácter agresivo y sufre desviación sexual, habiendo «perseguido» a algunas mujeres; con independencia de la



cautela con la que debe valorarse la prueba ofrecida para acreditar tales hechos, atendida la relación familiar o de amistad que aquélla mantiene con los testigos, ha de resaltarse que en ningún momento se acredita que los mismos incidan negativamente en la relación padre-hija. Por el contrario, el único motivo del recurso de apelación interpuesto por el actor, solicitando se adelante la fecha en que puede pernoctar con su hija, se acoge teniendo en cuenta que en la actualidad la menor tiene una edad de tres años y tres meses, sin que por otro lado consten circunstancias que aconsejen lo contrario» (AC 2000/1677).

Y la problemática sobre el valor de los dictámenes de parte y la prevalencia del informe oficial en SAP de Cuenca de 21 de julio de 1999: «Asiste la razón al recurrente cuando indica que en la sentencia de instancia no se menciona expresamente el informe de una agencia de detectives que se aportó al contestar la demanda y reconvenir implícitamente, ratificado durante la fase probatoria del proceso. Sin embargo, ello no quiere decir que su contenido no haya sido objeto de consideración por parte de la juzgadora de instancia, que razona amplia y detalladamente el motivo de atribuir la guarda y custodia del menor a la madre, sin dar por válidos los datos del informe de la agencia de detectives, siendo tales razones la edad del niño, dos años, y el resultado del informe pericial emitido por el señor Médico Forense de los Juzgados de Tarancón, para concluir que el beneficio e interés del menor conduce a

la atribución de la guarda y custodia del menor a la madre. Insistió vagamente la asistencia letrada del recurrente a la producción de malos tratos al menor por parte de la madre, cuando el informe médico aludido es claramente revelador de su inexistencia frente a la pretendida acreditación de malos tratos por la apreciación de una rágade en el lóbulo de la oreja derecha, que se informó como frecuente en los niños por estiramiento del lóbulo, y de una cicatriz en la espalda, que resultó ser un grano o una picadura de insecto. Merece añadirse que en el informe médico se concluye que no hay ningún problema de relación en el niño, perfectamente integrado y adaptado en su entorno, tratándose de un niño normal.

Tercero.- Se combate la atribución de la guarda y custodia del menor acordada en la sentencia de instancia, único motivo del recurso por la subordinación al mismo de la atribución de la vivienda familiar y de la pensión de alimentos, en base exclusiva al contenido del informe de la agencia de detectives, repleto de apreciaciones subjetivas que tratan de suplir la ausencia de prueba del ejercicio de la prostitución al que, según el apelante, se dedica la apelada. En el informe se alude a testimonios de referencia carentes de toda prueba y se magnifican hechos intrascendentes como viajes en automóvil o paseos, de los que se obtienen apreciaciones improbadas. La edad del menor, la ausencia de malos tratos al mismo y la relación que tiene con su hermana de ocho

años de edad, condujeron a la juzgadora de instancia a conferir la guarda del menor a la madre, lo cual ha de mantenerse porque los artículos 92 y 103 del Código Civil establecen que tal medida ha de ser adoptada en beneficio de los menores, procurando no separar a los hermanos, sin que existan motivos para modificar lo acordado en la instancia ante la falta de acreditación de los motivos que se esgrimen por el apelante, que de ser ciertos hubieran dado lugar a distinta postura del Ministerio Fiscal, totalmente partidario de la confirmación de la sentencia por ser lo más beneficioso para el menor» (AC 1999/7305).

#### **C) Exclusiones lógicas**

Cualquier interpretación del artículo 103, 2ª del CC conduce a entender que las medidas provisionales en él reguladas se refieren a los hijos comunes de los cónyuges en proceso de separación, divorcio o nulidad sometidos a la patria potestad de ambos. En esta situación se encontrarían tanto los menores no emancipados como los hijos mayores de edad incapacitados respecto de los cuales se haya prorrogado o rehabilitado la patria potestad.

De acuerdo con lo anterior, debe excluirse la posibilidad de adoptar tales medidas provisionales:

1º) En relación con los hijos de uno sólo de los cónyuges y ello con independencia de que procedan de otro matrimonio, sean extramatrimoniales o hayan sido adoptados.

2º) Respecto de los comunes cuando hayan alcanzado la mayoría de edad o fueran menores emancipados.

3º) Por su parte, la posible existencia de hijos menores no emancipados o mayores incapacitados sometidos a la patria potestad de uno sólo de los cónyuges, por haber sido privado el otro de la misma, impedirá también la adopción de estas medidas. Seguiría correspondiendo el cuidado de los hijos al cónyuge que detentase la patria potestad.

## 2. Atribución de la guarda y custodia

Punto de partida para el análisis de este primer grupo de medidas atinentes a los hijos es que en ningún caso supondrán cambio alguno sobre el régimen de la patria potestad hasta este momento vigente. Fuera detentada por ambos cónyuges o por uno sólo, el juez no podrá, a diferencia de la anterior regulación del artículo 68.3 del CC, ni modificarla ni suspenderla.

Sí será posible, por el contrario, fijar las condiciones de su ejercicio, básicamente referidas a la guarda y custodia de los hijos, respecto de las cuales habrán de tomarse las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en el propio Código Civil. Consecuentemente:

1º) Son, pues, las normas relativas a la regulación de las relaciones paternofiliales y de la patria potestad las que deben tenerse en cuenta a la hora de adoptar estas medidas.

2º) Nunca la regulación provisional que se adopte tendrá como contenido la privación a uno de los cónyuges de la patria potestad. Dicha privación sólo puede, según los artículos 92, II y 170 del CC, realizarse por sentencia (aunque la nueva Ley, contrariando lo anterior, parece permitir en algún caso la forma de auto, art. 775 LEC).

SAP de Murcia de 16 de octubre de 1998: «Debe aclararse que el artículo 156 del CC se refiere, en el caso de que los padres vivieran separados, al ejercicio de la patria potestad por parte del padre con el cual el hijo conviva: Y al referirse a este extremo la sentencia impugnada dice literalmente que la hija menor habida en el matrimonio quede bajo la custodia, al cuidado y compañía de la madre, la cual ejercerá la patria potestad sobre la misma, alude después el juez de instancia al párrafo último del artículo 156 del CC. Debe observarse, pues, que tanto el precepto como la sentencia aluden al ejercicio y no a la patria potestad, es decir no es lo mismo atribuir el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres, que privar de la misma al otro, de tal manera que, aunque no la ejerza el que no la ejerce, no está privada de ella, a no ser que, conforme a derecho se le prive expresamente por incurrir en causa de privación. Resulta pues que en este extremo la sentencia impugnada debe ser mantenida» (AC 1998/7474).

A) A los progenitores como supuesto normal

Positivamente y como regla general, las medidas provisionales determinarán con cuál de los cónyuges quedarán los hijos comunes sometidos a la patria potestad de ambos, es decir quien ostentará su guarda y custodia, fijando, en su caso y correlativamente, un régimen de visitas para quien no lo obtuviera.

**a) Posibilidades de ejercicio de la patria potestad**

La remisión efectuada por el artículo 103, 1ª del CC a la normativa sobre patria potestad en orden a adoptar las prevenciones apropiadas con relación a la guarda y custodia de los hijos implica tener que referirse, entre otros, al artículo 156 que plantea las siguientes posibilidades:

1º) Por un lado, establece que «la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro» (art. 156, I), disponiendo a continuación que, «en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y en todo caso si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre» (art. 156, II). Ello permite entender que con la admisión de una demanda de nulidad, separación o divorcio podrán solicitarse la adopción de medidas provisionales consistentes en distribuir las funciones derivadas de la patria potestad entre ellos o atribuirles total o parcialmente a uno de los padres.

En este último supuesto y a pesar de que el artículo 156, II prevé una duración de dos años será lo dispuesto en los artículos 106 del CC y 773, con relación al precepto siguiente, de la LEC quienes determinen su vigencia.

2º) Por otra parte, advierte que, «en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro» (art. 156, IV), pudiendo, pues, ser solicitado su ejercicio único como medida provisional.

3º) Finalmente señala que, «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva». Sin embargo, podrá el juez determinar el ejercicio conjunto o la distribución de funciones previa solicitud fundada y si el interés del hijo así lo exigiera (art. 156, V). A petición de parte, en consecuencia, podrá la medida provisional atribuir el cuidado de los hijos a uno sólo de los cónyuges, al que conviva con ellos, estableciendo el modo de ejercicio del resto de deberes y facultades propios de la patria potestad.

SAP de Córdoba de 26 de junio de 2000: «Primero.- El primer motivo del recurso interpuesto por doña Dolores C. C. solicita la revocación del pronunciamiento relativo a la guarda y custodia del hijo menor Pedro nacido el 18-12-1986, que la sentencia de instancia, ratificando lo acordado en las medidas provisionales, concede al padre, señalando dicha apelante como motivos la necesidad de ponderar el interés de dicho

menor y no romper la convivencia con su hermana, nacida el 7-6-1983, cuya guarda y custodia mantiene la madre.

Determinado el objeto de decisión resulta oportuno poner de relieve la siempre complejidad que revisten las cuestiones como las suscitadas que exige partir de los presupuestos principalísticos y axiológicos en los supuestos de crisis matrimonial. Con este sentido ha de acudirse al párrafo segundo del art. 92 CC que establece que «las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos». Dicho beneficio para el menor ha de entenderse, en relación a la determinación de la guarda y custodia, en el interés judicialmente protegible en que ésta sea atribuido al progenitor con el que convive habitualmente y cuya convivencia le permita un mejor desarrollo psicoafectivo, por un lado, y socio-escolar, por otro. Instrumentándose el régimen de visitas, como un mecanismo complementario para dicho desarrollo integral, mediante el mantenimiento de las relaciones afectivas que unen al menor con el progenitor con el que no convive en el domicilio familiar.

De lo expuesto, cabe afirmar que dicho interés constituye el límite y punto de referencia último de ambas instituciones y de su propia operatividad y eficacia y aun cuando es cierto que no cabe confundir los términos, esto es, el interés del menor no siempre tiene que coincidir con lo que el propio menor considere que es mejor para él, también lo es que el



Juzgador al que le corresponde, teniendo en cuenta todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones, determinará cuál es la mejor manera de satisfacer y proteger dicho interés» (AC 2000/4677).

**b) Algunas precisiones**

Conjuntamente, de forma exclusiva o distribuidos entre ambos cónyuges serían, pues, las posibilidades. Y al respecto conviene tener en cuenta:

1º) Que la guarda y custodia compartida ha sido y es medida difícil y problemática. Normalmente configurada de forma alternativa y sucesiva, por semanas, meses..., no parece apropiada en la mayoría de los casos y mucho menos si se adopta de forma provisional.

Véase SAP de Jaén de 20 de febrero de 1998: «La sentencia de instancia, atendiendo a la petición de la madre mantiene la medida acordada provisionalmente y en la sentencia que resolvía el incidente de oposición, y otorga la guarda y custodia de aquél a la madre, estableciendo un régimen de visitas y comunicaciones con el padre muy amplio en atención precisamente a la especial situación del hijo y la buena relación existente con el padre.

De la prueba que consta practicada en los autos al respecto, no podemos sino deducir que la conclusión del juzgador es acertada, lógica y parece la más aconsejable precisamente para atender los propios deseos del incapaz, que insistentemente ha expresado que es su deseo el vivir y pernoctar siempre con su madre, si bien le gusta ver incluso a diario a su

padre, pero no dormir con él. Y de la pericial practicada en los autos, desde luego no parece recomendable por ahora, forzar al hijo a que durante seis meses al año permanezca en la compañía de su padre, para otros seis meses permanecer con su madre. Quizás esa solución fuera la mejor para compaginar los lógicos y comprensibles deseos y derechos de ambos progenitores, pero la situación afectiva del hijo y su estabilidad emocional que precisa de seguridad, hábitos y costumbres que no se alteren, debe llevarnos a considerar que por ahora es mejor para él, que la guarda y custodia se confiera a la madre, persona que física y emocionalmente le ha cuidado más directamente que el padre.

No puede fijarse actualmente un régimen de visitas más amplio, que pueda desestabilizar al hijo del matrimonio, muy afectado por la separación de sus padres, pero desde luego, habiéndose acreditado en los autos que a ambos progenitores les interesa el bienestar del mismo, lo lógico es que gradualmente esas visitas y períodos de tiempo que permanezca con su padre se vayan ampliando, como parece que ya ha sucedido según se expresa en el informe pericial, debiendo dejarse la vía abierta para que en ejecución de sentencia, y sin necesidad de acudir a un procedimiento de modificación de medidas, largo y costoso, pueda ampliarse dicho régimen de visitas en defecto de acuerdo entre los progenitores, y siempre en beneficio del incapaz» (AC 1998/4077).

Recoge, sin embargo, esta posibilidad, aunque en sede de medidas definitivas, la SAP de Valencia de 1 de septiembre de 1997 (según transcribe la STC 4/2001, de 15 de enero), ordenándose allí que el hijo del matrimonio: «habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año», fijando un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los períodos durante los que no ostente la guarda y custodia, y un régimen especial para los períodos vacacionales. En la Sentencia se expresa la siguiente fundamentación para justificar dicha decisión:

«En los asuntos de separación matrimonial y de divorcio, así como en la fijación de las medidas provisionales, los que pueden resultar perjudicados en mayor medida son los menores, hijos del matrimonio que se encuentra separado o divorciado, por lo que se requiere de los Tribunales los mayores cuidados, siempre teniendo como centro de las decisiones judiciales el favor filii, pues el hecho de ser progenitores no puede tomarse nunca como un derecho propio, sino como una continua liberalidad respecto de los hijos, a los que se debe un cuidado y una entrega como mínimo adecuada. Dicho lo anterior, y entrando en el análisis de las alegaciones vertidas por la parte apelante, hay que decir lo siguiente: esta Sala, teniendo en cuenta el beneficio del menor, y a la vista de que ambos progenitores se encuentran en una situación laboral

inestable, y que el apelante ha entrado en situación de desempleo justo un mes después de dictarse la sentencia de instancia, entendemos que el mejor modo de que el menor Pedro pueda tener cubiertas sus prioritarias necesidades y pueda tener un buen desarrollo personal y social es fijar una guarda y custodia compartida, con lo que se suprime la pensión de alimentos fijada a cargo del apelante: el menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año; durante la estancia con uno de los progenitores se fija un régimen de visitas para el progenitor con quien no esté viviendo de viernes a la salida del colegio a domingo a las 20 horas; asimismo, se fija también al régimen de visitas para el progenitor con quien no esté viviendo durante el mes, de los lunes y los miércoles de 17 a 20 horas. Las vacaciones de Navidad se fijan por mitad estando con el progenitor con quien no habite en diciembre, del 1 de enero a las diez de la mañana hasta el 6 de enero a las 20 horas, con lo que el año siguiente esta segunda parte de vacaciones las compartirá con el otro progenitor. Las vacaciones de Fallas y Semana Santa se fijan por mitad, estando la segunda parte de las mismas con el progenitor con quien no esté viviendo durante ese mes. El verano viene distribuido de acuerdo con la distribución por meses mencionada. Con todo ello no se conculca el principio de congruencia, puesto que viene justificado por el interés público y fundamentalmente

por el del menor. Este régimen que hemos impuesto no pretende por más que intentar favorecer del modo más razonable posible la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores de forma que el hijo de los litigantes sienta que tantola casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida: de descanso, de colegio, de vacaciones, etc. Lógicamente, al realizar esta distribución, cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del menor durante el tiempo que conviva con él, mientras que se fijan por mitad los gastos extraordinarios. Asimismo, esta distribución quiere condicionar a cada progenitor a buscar en todo momento el bien del menor, entendiendo que si bien el régimen de visitas es un derecho compartido, también es cierto que este Tribunal pretende proteger por encima de todo y con la mayor intransigencia la posición del más débil, que es el menor, quien debe encontrarse lo más cómodo posible ante la situación de separación de sus progenitores. No se puede obviar que la separación de los padres no puede ser fácil para los hijos, y ello entre otras cosas porque supone la creación de dos vidas distintas en el menor, que le pueden reportar un desequilibrio que debemos mitigar en lo posible. Por todo ello, estimamos parcialmente el recurso planteado, revocando parcialmente la sentencia de instancia».

2º) Que la guarda y custodia exclusiva no tiene porque extenderse a todos y cada uno de los actos, jurídicos o no, cuyo ejercicio comporta. Alguno de ellos puede quedar a decisión conjunta, los ejemplos más claros serían la emancipación, determinadas intervenciones quirúrgicas o la salida del territorio nacional, como recoge la SAP de Granada de 25 de enero de 2000:

«En cuanto a las medidas precautorias concernientes a la posible salida del menor del territorio nacional deben dejarse sin efecto, pues al estar sometido el mismo a la patria potestad de ambos progenitores, en cada caso concreto que pudiera presentarse deben decidir de mutuo acuerdo, y en el supuesto de que no existiera consenso, acudir al Juez para que decida, conforme a lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil» (AC 2000/92).

3º) Que, sea cual sea el sistema escogido, su elección se habrá producido en función de ese criterio básico que es el interés del menor. En su búsqueda, circunstancias diversas serán tomadas en consideración; así la salud física y mental de los progenitores o el horario de trabajo respectivo.

Véase en este sentido la SAP de Alava de 8 de octubre de 1997: «En efecto, es el propio horario laboral de la madre desempeñado entre las diez de la noche y las seis de la mañana al ser agente de la Policía Municipal el que, en relación al del padre como ahora veremos, no parece

el más apropiado para el desempeño de las labores propias de cuidado y atención respecto de una menor que en la actualidad cuenta con la edad de siete años, máxime cuando el efectivo contacto entre madre e hija sólo podría tener lugar desde la finalización de la jornada escolar de la niña, esto es, a media tarde, hasta poco antes de las diez de la noche, hora de incorporación al turno de noche que la madre desempeña, de tal suerte que hubiera sido preciso en todo caso la contratación de una persona que durmiera junto a la hija ante el despropósito de que ésta lo hiciera sola dada su corta edad aunque su estado de salud fuera normal. Frente a ello, resulta evidente que el horario que rige la jornada laboral del padre es el más acorde con el cuidado y atención que la menor Tania requiere, pues conforme queda reflejado a través del certificado expedido por el centro docente en que presta sus servicios como Jefe del Departamento de Automoción y obrante al folio 71 de los autos está excluido de las horas de rebaje de horario lectivo para hacer los seguimientos propios de los alumnos, con lo que cabe concluir en el sentido de que su horario resulta coincidente con el escolar de la hija, ello sin olvidar la exacta coincidencia de sus respectivos tres períodos vacacionales. De otro lado, viene asimismo a corroborar la conveniencia de mantener la guarda y custodia de los términos ya adoptados por las medidas provisionales tanto del hecho de que la convivencia entre padre e hija se ha prolongado desde el 1 de abril de 1996, fecha en que aquéllas fueron dictadas, hasta

la actualidad sin ningún tipo de problema que aconseje su variación o modificación, como también del propio resultado de la prueba pericial practicada en los autos cuyas aclaraciones (folio 157) revelan un mayor vínculo de la menor Tania respecto de su padre no inducido por este mismo sino producto de la dinámica general, esto es, creado de forma espontánea, así como la no conveniencia de que la figura auxiliar fuera suplantada por la madre garantizándosele al padre un amplio régimen de visitas, dado que la hija podría experimentar una pérdida de vínculo con su propio padre no siendo ello aconsejable. De ahí que, como se decía, parezca más razonable mantener la guarda y custodia en los términos establecidos por ser más adecuada a los intereses de la menor cuya absoluta prevalencia ha de ser tenida en cuenta en aplicación del principio favor filii, pero sin deber tampoco obviar, obiter dicta, que al ser igualmente positivas las relaciones de la madre con la menor siendo ésta una figura de apego fundamental para Tania conforme a los propios términos de informe pericial y a las propias normas de experiencia que salvo casos muy concretos recomiendan la presencia de ambas figuras, paterna y materna, para el adecuado desarrollo y educación de los hijos, deben ser ambos progenitores los que han de consensuar un amplio régimen de visitas en exclusivo beneficio de la niña» (AC 1997/2014).

También referida al horario la SAP de Guipúzcoa de 26 de abril de 1999: «Segundo.- La sentencia apelada, en su segundo fundamento de derecho,



razona que, tanto en el auto de medidas provisionales como en el auto que resolvió el incidente de oposición a las mismas, se acordó otorgar la custodia a la madre teniendo en cuenta el calendario laboral del padre, que tiene un horario irregular, con turnos de mañana, tarde y noche, así como varios fines de semana al año, ya que, aunque la madre también trabaja, tiene un horario regular compatible con el horario escolar del hijo, ya que dicha situación proporciona una mayor estabilidad al menor y evita confiarlo a una tercera persona las semanas en que el padre trabaja por la tarde o por la noche o los fines de semana incluidos en su calendario laboral» (AC 1999/800).

Y por motivos de enfermedad SAP de Guadalajara de 13 de octubre de 1997: «Primero.- A efectos de resolver sobre el fondo de la presente apelación es cuestión fundamental a dilucidar la de si el estado psíquico de la madre, permite o no que la hija del matrimonio litigante quede al cuidado de la misma, o que si por el contrario habría de modificarse lo resuelto en el sentido que se apreciara como más idóneo al interés de la propia hija otorgando al padre su cuidado. Del examen de la prueba practicada, apreciada en su conjunto y conforme a las reglas de la crítica racional se desprende y además está corroborado por el informe incorporado al presente rollo y que obra al folio 19 del mismo que si bien doña Ana-Isabel S. C. se encuentra diagnosticada de un trastorno bipolar, en la actualidad se halla solamente sometida a tratamiento con el fármaco

denominado comercialmente Plenur (sales de litio), desde hace más de un año y que acude con regularidad a las citas programadas continuando estabilizada y asintomática. Aunque el diagnóstico utilizado pueda ser equívoco en el sentido de si tras la expresión trastorno bipolar, pueda ocultarse una psicosis maníaco depresiva y aun una esquizofrenia, es lo cierto que según la documentación médica obrante en las actuaciones desde hace más de un año se encuentra sometida, únicamente al tratamiento con referido fármaco Plenur, carbonato de litio, según los Vademecum, entidad nosológica que se encuentra estabilizada y asintomática, con asistencia de la paciente a las citas programadas. Queda confirmado en el procedimiento que la demandante padece referida enfermedad psíquica, en algún momento según los datos clínicos, incluso diagnosticada como esquizofrenia, pero también que su estado actual, mediante tratamiento es aparentemente asintomático y que se encuentra estabilizada, controlándose el padecimiento. Es cierto que se trata de cuestión muy delicada pues la capacidad de la madre para el cuidado de la niña siempre dependerá de la continuación de su tratamiento, por lo que el acreditar que éste se mantiene, y una vigilancia periódica de cómo se programa y los informes del Centro de Salud, son efectivamente imprescindibles como ya se recogió en el auto mencionado. Consignado lo que antecede, habida cuenta de la situación de los esposos, ambos al parecer sin trabajo, ni ingresos fijos y teniendo

en cuenta la referida situación estable del síndrome nosológico psíquico, no se dan circunstancias, que por el momento, puedan aconsejar el cambio o modificación de lo resuelto pero sí se ha de reiterar la imperiosa necesidad de acreditar con la periodicidad acordada el estado de la madre y el que efectivamente presta a la hija los debidos cuidados, manteniendo así de forma esencial lo resuelto ya que se encuentra de acuerdo con la actual situación de la madre, recientemente informada del modo consignado» (AC 1997/2018).

**B) A terceros, familiares o no, con carácter de excepción**

Excepcionalmente las medidas provisionales también pueden determinar a qué persona distinta de los progenitores o a qué institución se encomendarán los hijos, confiriéndoles el tribunal las funciones tutelares que ejercerán bajo su autoridad.

De esta norma, recogida en el artículo 103, 1º, II del CC —y que, sin embargo, expresamente no se contempla en el artículo 92 aunque está admitida—, debe destacarse en primer lugar su carácter extraordinario. La posibilidad de confiar la guarda de los hijos a un tercero se prevé tan sólo en casos especiales, que han de ser suficientemente graves para que el interés de ellos conduzca a una medida similar.

La dificultad, ante el silencio de la Ley, será determinar cuándo se produce esa situación excepcional. En la práctica viene refiriéndose a lo dispuesto en el artículo 170 del CC, respecto de las causas de privación

de la patria potestad que deben entenderse suficientes para adoptar esta medida provisional. Pero también es necesario no olvidar el artículo 172, relativo a la guarda y acogimiento de menores que, por un lado, menciona el desamparo (art. 170, 1, II) y, por otro, alude a circunstancias graves, entre las que se podrían encontrar enfermedades de los progenitores, dificultades económicas de entidad, imputación de alguno de ellos por ciertos delitos en un proceso penal etc. (art. 172, 2, II).

Ante la concurrencia del supuesto de hecho, imposibilidad de dejar a los hijos con sus padres o la no conveniencia del mantenimiento de esta situación, la consecuencia jurídica prevista, y éste es el segundo aspecto a destacar, consiste en designar a persona distinta de los cónyuges, normalmente abuelos u otros familiares, y, subsidiariamente, a institución, para que se encargue de ellos durante la pendencia del proceso.

Aunque expresamente se atribuye la guarda y custodia al padre, tal atribución deriva del hecho de la convivencia del menor con la hermana de aquél y su familia, SAT de Palma de Mallorca de 11 de mayo de 1988: «Por tanto, y según se desprende de los dictámenes periciales emitidos por la psicólogo y asistente social adscritas al Juzgado de Familia, practicado en esta segunda instancia como diligencia para mejor proveer, no existe un sistema de guarda y custodia óptimo, que garantice el adecuado desarrollo psíquico y afectivo de la menor, dado el

enfrentamiento y falta de colaboración por parte de sus progenitores; de tal forma que si se le confía al padre, y se le priva de relacionarse con la madre, sin causa justificada, los sentimientos derivados de esta carencia o privación, pueden llegar a crear trastornos graves en un futuro, e inadaptaciones serias. Confiar la niña a la madre y privarle de toda relación con el padre, ofrece el mismo riesgo. Ante tal situación, y en aras al interés y bienestar de la niña, y al efecto de compaginar y permitir la relación de la menor tanto con su padre como con su madre, esta Sala acuerda confiar a M. a la custodia del padre, si bien se concede a la madre un amplísimo régimen de visitas, que abarcará la totalidad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, en los términos y condiciones que más adelante se expondrán. La adopción de este sistema, deriva de las siguientes consideraciones: 1.<sup>a</sup>) esta situación ofrece la ventaja de que no supone un trastorno para la niña, al ser el sistema que se está siguiendo desde hace más de un año, y hallarse la menor integrada y adaptada a su actual entorno familiar y escolar; 2.<sup>a</sup>) el padre cuenta con la ayuda de su hermana y su cuñado para atender debidamente a M.; 3.<sup>a</sup>) las condiciones socio-económicas, ambientales, afectivas y educacionales que rodean a la menor en el actual sistema, son calificadas por la asistente social de muy buenas. 4.<sup>a</sup>) se desconoce la situación personal, familiar, social y económica de la madre, y no existe ningún elemento en los autos que permita entender que la convivencia

con la madre sería más enriquecedora y ventajosa para el desarrollo de la niña. 5.<sup>a</sup>) con el sistema adoptado se evita otro cambio brusco de familia, domicilio, colegio, entorno y amigos, en la vida de M., lo cual a juicio de la perito psicóloga sería perjudicial y perturbador para la niña. y 6.<sup>a</sup>) el cambio paulatino sugerido por la perito señora A. V., se estima inviable en la práctica y fuente de continuos conflictos, ya que para su efectividad sería necesario la ayuda y colaboración de ambos progenitores» (en RGD, 1989, enero-febrero, pp. 687-9).

Al respecto, y aunque el artículo 103, 1<sup>a</sup>, II tan sólo exige idoneidad en la institución, debe entenderse que tal caracterización ha de concurrir también en la persona o personas a quienes se encomendarán los hijos. Para ello deberán ser oídos pues parece lógico su previa consulta así como su posterior conformidad. No siendo adecuadas, el juzgador, al igual que en el supuesto de inexistencia de las mismas o de falta de aceptación, designará la correspondiente «institución idónea».

En cualquier caso, al tercero, persona física o institución, a quien se encomienden los hijos se le conferirá además las funciones tutelares que ejercerán siempre bajo la autoridad del juez. Su calificación de tutela judicial temporal, durante la pendencia del proceso matrimonial, tiene, por tanto, justificación.

Y no se confunda esta situación con la derivada de un proceso instado por familiares, abuelos fundamentalmente, pretendiendo que se les

atribuya la guarda y custodia; las medidas cautelares que solicitarían dependientes del mismo se basarían en la tramitación de las provisionales, pero no se producirían al amparo del artículo 103 (art. 770, 6ª LEC).

### 3. Régimen de visitas

Determinar la forma en que el cónyuge apartado de los hijos cumplirá con el deber de velar por estos, así como fijar el tiempo, modo y lugar en que puede comunicar con ellos y tenerlos en su compañía es la medida provisional que a continuación prevé el artículo 103, 1ª, I del CC.

En clara relación con lo anteriormente dispuesto sobre el ejercicio de la patria potestad —estas medidas no son sino consecuencia de la atribución a uno de los cónyuges o a un tercero de la guarda y custodia de los hijos—, la previsión que comentamos tiene como punto de partida la propia relación paternofamiliar en cuanto originadora para los padres, con independencia incluso de la patria potestad, de ciertos deberes y también derechos.

Así SAP de Granada de 25 de enero de 2000: «Segundo.- Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al concreto caso que enjuiciamos y estimando condiciones y aptitud en ambos progenitores para ostentar la guarda y custodia del hijo menor, conforme a antiguo y reiterado criterio de esta Sala consideramos, conveniente para el menor no modificar la titularidad provisional de la guarda y custodia, pero sí mantener un

generoso régimen de comunicación para el padre que no tiene a su hijo consigo, a la vista, además, del informe psicosocial, que aconseja la ostentación de la guarda y custodia por parte de la madre, sin perjuicio, obviamente, de que pueda modificarse la medida, si se alteraren sustancialmente las circunstancias, aconsejando el cambio, en beneficio del menor. En consecuencia, deberá ser confirmada la Resolución recurrida en los pronunciamientos relativos a la guarda y custodia así como régimen de visitas y comunicación del padre para con el hijo, si bien, deberá comunicar de forma fehaciente a la madre, con quince días de antelación al inicio de período de vacaciones, la elección de los días elegidos para tenerlo consigo» (AC 2000/92).

**A) Su configuración como derecho-deber**

Sin discusión alguna, ni doctrinal ni jurisprudencial, sobre la concurrencia en la institución que comentamos, «visitas a los hijos», de la doble caracterización que rubrica este apartado, es necesario una breve referencia a cada una de estas notas; referencia que siempre tendrá como punto de partida su estrechísima e indivisible relación.

**a) Sobre el deber de velar por los hijos**

De este modo y por un lado, el artículo 154 del CC establece como obligación derivada de la patria potestad la de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.



**Sobre ella es conveniente recordar:**

**1º) Que se trata de un deber que entraña vigilancia y fiscalización de las actuaciones atinentes a los hijos realizadas por el otro progenitor (e incluso, según se deriva del art. 160, II CC, por otros familiares y allegados), y que puede conducir a solicitar del órgano jurisdiccional la adopción de ciertas medidas (arts. 156, V; 158; 160, III; y 167).**

**2º) Que, pese a su aparente derivación legal de la patria potestad, este deber no se extingue ni por la privación de su ejercicio (art. 110), ni siquiera por una posible exclusión en su titularidad (art. 111). De ahí que la única medida posible a adoptar respecto a esta obligación sea la de determinar la forma de su cumplimiento, no pudiendo en ningún caso eximir del mismo tal y como dispone el artículo 92 del CC.**

**En este sentido puede verse SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de diciembre de 1988: «Confiado el cuidado de las dos hijas al padre es obligado determinar la forma en que la madre ha de cumplir el deber de velar por ellas, del que no le dispensa la medida, en términos compatibles con la efectividad de ésta» (en RGD, 1990, pp. 991-2).**

**3º) Que, por último, el incumplimiento de los deberes conyugales y paternofiliales, incluso de forma involuntaria (trastorno de factores afectivos y emocionales), se entiende como «suficiente causa de separación al amparo del artículo 82, 1 del CC». Más difícil es su influencia en una posible privación de la patria potestad.**

En relación con la primera cuestión puede verse SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 1998: «Segundo.- El motivo del actor y del Ministerio Fiscal, han de ser estimados, pues si bien el señor J. sólo invocó enfermedad mental de la esposa en sede del art. 82.4 del CC, es de ver que la propia demandada al contestar la demanda, y en reconvencción, se fundamenta en la causa primera y segunda del art. 82 de dicho Cuerpo Legal, con petición de medidas complementarias aunque distintas de las pedidas por el actor, y sin embargo, la sentencia a lo largo de sus cinco primeros fundamentos jurídicos pasa revista únicamente a los hechos y doctrina jurisprudencial relativos a la causa invocada por el actor, con total olvido del supuesto de hecho y causa invocados por la propia demandada reconviniente, lo que la Sala entiende es incongruencia omisiva, al menos en la motivación del fallo, por infracción de los arts. 359 LECiv y 248 LOPJ, que a la vista del conjunto de la prueba practicada lleva a la revocación del pronunciamiento desestimatorio, pues si bien el Fundamento jurídico cuarto analiza la prueba pericial médico- psiquiátrica del doctor Alfonso S. C. para sacar conclusiones de actual capacitación de la señora D., mejorables mediante estabilización de factores afectivos y emocionales, considerando que los trastornos que padece están remitidos, sobre cuya valoración es soberano el juzgador de instancia siempre que se valore conforme a la sana crítica, en sede del art. 632 LECiv, sin embargo no entra a analizar ni da respuesta a otro aspecto

derivado de la situación en que queda la mujer, apartada del domicilio familiar y conviviendo en casa de sus progenitores (hecho cuarto del escrito de contestación), y de la circunstancia de estar Iván y Cristina de 11 y 6 años al cuidado de su padre, mientras que su madre está en casa de su abuela (folio 88); situación reconocida por la propia señora D. al absolver posiciones al decir que no se había reanudado la convivencia marital desde Medidas Provisionales (4 de octubre 1996, folios 90 y 92) siendo que por motivos de su enfermedad ha sido ingresada en varias ocasiones (posición cuarta, en relación con informes obrantes a los folios 61 a 72), todo lo cual conduce a estimar la existencia de una causa legal, cual es incumplimiento de deberes conyugales y paternofiliales, que por mucho que se quieran justificar en causa involuntaria (bien imputable a marido o mujer), es lo cierto que existe, y da lugar a estimar como suficiente causa de separación al amparo del art. 82.1 y 2 del Código Civil, con la consecuencia de tener que dictar las correspondientes medidas adecuadas al caso, en sede de arts. 91 CC y siguientes, que son a juicio de este Tribunal; las de otorgar la guarda y custodia de los hijos al señor J., con patria potestad compartida, régimen de visitas a favor de la señora D., los que acuerde con el actor, y en defecto de acuerdo y con carácter mínimo, los de fines de semana alternos de viernes a la salida del colegio de los menores a domingo a 20 horas, y mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, y un mes de verano; así como la atribución del

uso de la vivienda familiar favor de los hijos y padre en cuya compañía quedan; y sin hacer declaración de condena de la señora D. a la contribución de alimentos de los hijos, en tanto no se acredite tener ingresos suficientes para ello; por contra y no habiendo apelado la sentencia la señora D., no puede esta Sala entrar en la cuestión de si existe o no base para declarar pensión compensatoria a su favor, pues ello iría contra el principio prohibitivo de la reformatio in peius» (AC 1998/8302).

En referencia al segundo aspecto, SAP de Burgos de 26 de febrero de 1999: «Tercero.- Y si bien la actitud del padre que durante más de dos años, desde que se acordaron las medidas provisionales de separación sólo ha tratado de mantener relación con su hijo en una sola ocasión, sin perjuicio de que también pueden resultar reprochables las dificultades que para este contacto se pusieron desde la familia materna del menor, privándole del cariño, afecto y apoyo que todo menor precisa para un adecuado desarrollo emocional, más en el caso de autos en que el menor padece una minusvalía, lo que unido a que en ningún momento, ni siquiera de forma ocasional, ha contribuido a su sostenimiento, pues si bien consta que la situación económica del padre es precaria, consecuencia de su inestabilidad laboral, consta que aunque de forma discontinua ha trabajado, y por tanto ha percibido algunos ingresos derivados de su trabajo y de la prestación por desempleo, lo que le

hubiera permitido algún gesto, es muestra de un notable desinterés, aunque no absoluto, por su hijo así como de un deficiente cumplimiento de las obligaciones que como padre le corresponden, y que, a buen seguro, y de continuar esta actitud serán causa determinante de la privación, en el futuro, de la patria potestad que ahora se demanda, pero que debe desestimarse en este momento, pues aun reconociendo, la muy reprobable actitud del padre para con su hijo, se ha de considerar que no integran las circunstancias especiales y de enorme gravedad que en atención al menor, a su desarrollo y educación, aconsejen la privación de la patria potestad, pues el interés y beneficio de éste aconsejan su mantenimiento, ya que dada la poca edad del hijo, aún es posible el restablecimiento de las relaciones paternofiliales, que, sin duda, redundarán en una más correcta formación y desarrollo afectivo de su persona; restablecimiento que requerirá buena voluntad, flexibilidad y paciencia por parte de todos los adultos, no sólo del padre, aunque fundamentalmente; acercamiento entre padre e hijo que, no obstante, deber ser progresivo, ya que dada la edad del menor, de 6 años, y la ausencia en su vida del padre durante los últimos tres años, resultará aquél para éste un desconocido, lo que determina el mantenimiento también del régimen de visitas establecido en la Sentencia» (AC 1999/3983).

**b) El derecho de comunicarse con ellos**

Establece, por otra parte, el artículo 160, I del CC el derecho del padre y de la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, de relacionarse con sus hijos menores. A su naturaleza y contenido se refiere el AAP de Salamanca de 30 de marzo de 2000 que, respectivamente, los concreta del modo siguiente:

**«A) Naturaleza del derecho de visitas**

Entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los arts. 39.3 de la Constitución Española, 94 y 160 esencialmente del Código Civil, que 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. Al respecto la STS de 30-4-1991 se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 160 del Código Civil. Tal naturaleza determina la imposibilidad de abandono, renuncia, prescripción por no uso, de transacción y compromiso, o de delegación de su ejercicio a un tercero. De aquí

igualmente la discusión científica sobre la posibilidad jurídica de acordar la supresión de tal derecho, que no se admite ni se estima factible por algunos autores, conviniendo los más en admitir tal posibilidad, de interesarlo exclusivamente el bien del menor a virtud de la concurrencia de concretas circunstancias fácticas —ad exemplum, en palabras de la STS de 19-10-1992, en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo—, y cuya desaparición o modificación supondría la reconsideración de tan extremosa medida.

#### B) Contenido del derecho

Consciente el legislador de la delicadeza de la presente materia, reacia a una minuciosa reglamentación positiva, se conforma con establecer como criterio básico para la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores, el interés o la conveniencia de los mismos. Interés que, como también reconoce el legislador, puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicional, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar. En este sentido el derecho de visita incluye además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia, concediéndose al Juez la regulación de los períodos de desarrollo de ésta, frecuencia de la segunda así como

lugar, modo y tiempo, expresado en fechas y horas, de práctica de la primera» (AC 2000/1371).

Pues bien de este derecho, cuyas posibilidades de actuación son, en principio, el objeto de la medida provisional, no debe tampoco olvidarse que:

1º) Independientemente del diferente tenor literal de los preceptos citados, su significado es el mismo que se deducía del anterior artículo 68 del CC concretándose, por regla general, en un régimen de visitas y comunicación con el que se dará cumplimiento también al deber inexcusable de velar por los hijos.

De este modo SAT de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 1981: «Que no se trata de un derecho concedido exclusivamente para satisfacción o beneficio de los padres, sino también para que los que quedan apartados de los hijos cumplan el deber que sobre ellos signan gravitando de velar por sus necesidades e intereses; y atendidas estas peculiaridades del problema, se estima que la sentencia apelada ha valorado acertadamente el material probatorio a su alcance, en relación con las necesidades que afectan al hijo y las condiciones del padre al confirmar el régimen de visitas dispuesto por el auto a que se refiere esta oposición incidental, suficiente, en su frecuencia y extensión, para que el menor no pierda el sentido de la existencia y presencia paterna, útil a su formación integral, y al propio tiempo adecuado para que no menoscabe



o perturbe la atención y cuidados que para su salud y logros de esa formación requiere» (en RGD, 1982, pp. 164-5).

2º) Asimismo, como señala el artículo 160, I del CC, esta facultad no está vinculada a una posible privación del ejercicio o titularidad de la patria potestad. Pero, a diferencia del deber de velar por los hijos, puede no sólo ser conformada fijando tiempo, modo y lugar en que deben desarrollarse las correspondientes relaciones paternofiliales, sino incluso resultar limitada o impedida.

Es cierto que criterio jurisprudencial mayoritario es mantener dichas relaciones personales adaptándolas a ese posible hecho de que la guarda y custodia haya sido atribuida a uno sólo de los padres. Sin embargo, una aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 94 del CC permitiría sostener que si existiera justa causa —entendiendo por tal graves circunstancias que así lo aconsejen, y recordemos los casos de violencia familiar, o incumplimiento serio y reiterado de los deberes impuestos por resolución judicial— podría limitarse o incluso privarse de la comunicación.

Ejemplo de esta tesis es la SAP de Tarragona de 25 de mayo de 1992, donde se señala que el régimen de visitas y compañía del progenitor que no tiene consigo al hijo, ha de configurarse «como un derecho del menor por cuanto, al estar subordinado a su interés, es sabido que la relación con ambos progenitores es necesaria y conveniente para el mejor

desarrollo del hijo, quien tiene igual interés en estar con los padres al margen de las contiendas entre ellos consiguiendo el mayor contacto posible con los dos. Por ello, este Tribunal es partidario en beneficio de los hijos de no restringir el régimen de visitas, siempre de conformidad con las circunstancias concurrentes y con sus necesidades» (en RJC, 1993, p. 266).

También el AAP de Barcelona de 22 de marzo de 1989, y en el mismo sentido la SAP de Barcelona de 9 de noviembre de 1989: «ha de señalarse que como pautas que deben enmarcar el derecho de visitas, es principio general el de estarse a la conveniencia de estos —intereses afectados—, pues no se trata simplemente de un derecho sino de un derecho-deber que pueda tener el padre —o en su caso la madre, a fin de procurar su bienestar y facilitar las comunicaciones entre ellos y aquel otro de sus padres que no los tenga bajo su guarda, «favor filii» que se traduce a tenor de lo previsto en los artículos 92 y 94 del CC, en una limitación e incluso la suspensión de las mismas si las circunstancias lo aconsejen o se incumplan reiteradamente los deberes impuestos en la resolución judicial —artículo 94 del CC—» (en RJC, 1989, 2, pp. 1147-8; y RJC, 1990, pp. 878-80).

3º) Lógicamente este derecho y lo que implica no va a depender del lugar de residencia de los conyuges o de cualquier otra circunstancia similar. Si bien un domicilio del progenitor que no ha quedado a cargo de los

hijos lejano a la población donde se encuentre la vivienda familiar conllevará dificultades diversas para el ejercicio de su derecho de visitas, ello nunca podrá significar su exclusión.

Véase SAP de Alava de 2 de octubre de 1999: «La residencia de la madre en Palma de Mallorca no supone un impedimento para el ejercicio del derecho-deber de visitar a los menores, si bien su concreción requiere una adaptación a esa circunstancia. La frecuencia en el ejercicio del derecho de visitas es un requerimiento que afecta a la propia esencia de la relación con los hijos y por tanto se revela razonable establecer, al menos y sin perjuicio de un mejor acuerdo, un fin de semana completo al mes, desde la salida del colegio del viernes o último día de la semana lectivo, hasta las nueve de la noche del domingo o último día festivo que cubra un puente, que la madre podrá ejercer conforme a sus posibilidades personales en Vitoria-Gasteiz, previo aviso al padre con diez días de anticipación, debiendo sufragar la madre sus propios gastos de desplazamiento. Igualmente en los períodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano la madre podrá tener en su compañía y en su lugar de residencia a los hijos por un período equivalente a las dos terceras partes del total de días vacacionales, siendo los gastos de desplazamiento de los menores sufragados a partes iguales por ambos progenitores» (AC 1999/7608).

**B) Su imprescindible concreción**

**a) Pronunciamiento detallado**

La determinación del régimen de visitas suele dejarse, siempre teniendo en cuenta el interés de los hijos, a acuerdo de las partes.

Así se observa en la SAP de Málaga de 28 de enero de 1999: «Segundo.- En orden a la primera medida, del examen de los escritos de demanda y contestación se desprende que las partes en litigio han querido concretar al máximo el régimen de visitas respecto de su menor hijo tanto en fines de semana ordinarios como en períodos vacacionales, huyendo ambos de la generalidad con que se adopta la medida en sentencia. Así pues la Sala, haciéndose eco de tal petición, en mención al interés del menor y en evitación de conflictos posteriores fija los siguientes períodos de visitas a favor del padre: a) Los fines de semana segundo y cuarto de cada mes, desde las 20.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo; b) Una semana de vacaciones de Navidad, del 23 al 30 de diciembre los años impares, y del 31 de diciembre al 6 de enero, los años pares; c) Cuatro días de vacaciones en Semana Santa, del Domingo de Ramos al Viernes Santo los años impares y del Jueves Santo al Domingo de Resurrección, los años pares; d) Del 1 al 15 de julio y de 1 al 15 de agosto; y en la Feria de Pedro Romero, el fin de semana correspondiente, desde las 20.00 horas del jueves a las 20.00 horas del domingo» (AC 1999/2714).

En su defecto, como vimos, lo fijará el juez. Y, en ambos casos, se exigirá un pronunciamiento sobre cuestiones diversas. Su minuciosidad, si bien

puede parecer excesiva, permitirá en la práctica evitar innumerables problemas. De ahí que sea conveniente concretar aspectos tales como días festivos o laborales en que pueda producirse, fines de semana alternos o no, previsión especial en tiempo de vacaciones, horario, lugar, e incluso persona encargada, de recogida y entrega de los hijos —el establecimiento, a cargo de distintas administraciones, de los llamados puntos de encuentro facilita enormemente la decisión judicial—, posibilidad de comunicación por otras vías —telefónica, postal, correo electrónico...—, visitas en caso de enfermedad, salidas del territorio nacional etc..

Ello sin olvidar:

1º) Que el crecimiento del menor puede tenerse en cuenta, quizá no tanto en sede de medidas provisionales como de definitivas, para fijar regímenes distintos en función de la edad del hijo o hijos.

De este modo SAP de Cádiz de 1 de septiembre de 1999: «En atención a todo lo manifestado, la Sala acuerda que el régimen de visitas de la niña M<sup>a</sup> Isabel L. N. establecido en favor de su padre será el que a continuación se expresa:

A) Hasta tanto la menor no cumpla 4 años de edad, el padre podrá tenerla en su compañía a diario de lunes a viernes en horario establecido de 18.00 a 20.00 horas, así como los sábados y los domingos de fines de semana alternos desde las 11.00 hasta las 20.00 horas del sábado, y

desde las 11.00 hasta las 20.00 horas del domingo, debiendo recogerla y reintegrarla al domicilio materno, él mismo o persona que haya autorizado expresamente. Dicho régimen se extenderá incluso a los períodos vacacionales hasta que la menor cumpla la edad señalada.

**B) Una vez que la niña cumpla 4 años, el régimen pasar a ser el siguiente: Se mantiene el régimen de visitas diarias señaladas de 18.00 a 20.00 horas, con el único límite del entorpecimiento de las labores escolares o extraescolares que pudiera tener a partir de entonces, facilitando que la menor pueda comunicarse por cualquier medio con su padre cuando no esté en su compañía. El padre igualmente podrá tener a su hija consigo los fines de semana alternos desde las 18.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo (incluyendo pernocta), debiendo recogerla y reintegrarla al domicilio materno él mismo, o persona que haya autorizado expresamente. Asimismo, el padre disfrutará de la compañía de su hija durante la mitad de las vacaciones escolares de verano, Navidad, Semana Santa y Carnaval, eligiendo dicha mitad la madre los años pares y el padre los años impares» (AC 1999/7227).**

**2º) Que existe la posibilidad de fijar un régimen de visitas extraordinario en ciertos supuestos y bajo ciertas condiciones.**

**Así SAP de Zamora de 9 de julio de 1999: «En principio, según deducimos del informe emitido en el acto de la vista por la recurrente, ningún inconveniente serio se plantea con relación al establecimiento del**

**ejercicio del derecho de comunicación, visita y compañía establecido en la sentencia de instancia. Unicamente, el desacuerdo radica en el modo que se ha fijado. En especial, aquellas reglas establecidas que facultan, por motivos de trabajo u otras ocupaciones, que el padre pueda tener en su compañía al hijo menor el fin de semana siguiente al que le correspondería, en principio, según la norma general establecida. Pues bien, no debemos desconocer que la sentencia de instancia regula dichos supuestos como excepciones, que tiene una justificación razonable y apoyada en causas bien determinadas: que se lo impida su trabajo u otras ocupaciones, pues ha quedado demostrado, y lo sabe perfectamente la esposa, que el marido pasa durante parte del año en la provincia de Cáceres por razones de trabajo y, por consiguiente, en el momento de fijar el ejercicio del derecho de compañía y visitas ha de tenerse esa circunstancia. Además, la sentencia de instancia tiene en cuenta, y lo razona, que con ello se trata de evitar que por la razón de que el padre esté ausente durante cierto período de tiempo se pierda la comunicación entre padre e hijo durante períodos largos de tiempo. Cabe la posibilidad, apuntada por la recurrente, que surjan numerosos incidentes en ejecución de sentencia motivado por la facultad del padre de pedir la acumulación de fines de semana no disfrutados cuando le correspondían conforme a la regla general. Sin embargo, no debemos desconocer que sólo razones de trabajo y ocupaciones que necesariamente le impidan**

tener en su compañía al hijo el fin de semana que fija la regla general justificarán acogerse a la norma excepcional» (AC 1999/1819).

**b) Circunstancias a considerar**

En cualquier caso y para la determinación anterior, téngase en cuenta:

**1º) Que el ejercicio de este derecho no es incondicionado. El citado AAP de Salamanca de 30 de marzo de 2000 señala al respecto:**

«Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo; —STS 21-7-1993— pues, como señalan el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, como principio general que debe informar su aplicación, el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala los arts. 10 de la CE y 5 de la Ley de Parlamento de Cataluña 8/1995, así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, artístico y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al



interés del menor. Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose por ello al Juzgador —como antes hemos recogido— amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación, convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor; siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales —así STS de 22-5-1993— a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores, evitando al menor —ex art. 156.3 del Código Civil— los evidentes perjuicios que de su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón» (AC 2000/1371).

2º) Que normalmente, siendo varios los hijos del matrimonio y atribuyéndose la guarda y custodia de los mismos a uno sólo de los cónyuges, el régimen de visitas se entenderá común para todos ellos.

3º) Que siempre requerirá la colaboración de los cónyuges. En este sentido se manifiesta la totalidad de la jurisprudencia pudiendo destacarse las dos siguientes resoluciones.

AAP de Salamanca de 30 de marzo de 2000: «La doctrina es igualmente consciente que el ejercicio de derecho de visita, en un triple aspecto, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor» (AC 2000/1371).

SAP de Lleida de 11 de febrero de 2000: «El planteamiento de la cuestión, completada merced la contradicción ofrecida por la parte apelada, carece de consistencia merecedora, para esta Sala, de alterar o modificar lo más mínimo todo el plan harto detallado contemplado por la sentencia de instancia en el que se ponderan todas las circunstancias a tener en cuenta en el caso, en que se percibe una escasa colaboración por parte de la madre para facilitar el objetivo que ha de constituir el interés

prioritario del hijo menor cual es el desarrollo de su personalidad con el aporte vivencial de ambos progenitores. En tal sentido, es de resaltar la petición efectuada en punto a la recogida del hijo, pues, como se advierte de contrario, la demandante/apelante suplicó y obtuvo la asignación del domicilio conyugal (sita en El Canós), por lo que no puede ahora legítimamente justificar que, manteniendo inalterable tal pronunciamiento concedido, se pida también al excónyuge como punto de encuentro con su hijo un lugar diferente, como es la localidad de Cerdanyola, al que se establece para el propio menor en la propia sentencia, el residenciado en población de El Canós» (AC 2000/3470)

#### 4. Sobre su variabilidad

En cualquier caso y como luego veremos, la medida o medidas que se adopten con relación a los hijos podrán, como el resto de medidas provisionales, ser modificadas ante una variación esencial de los hechos que dieron lugar a su adopción.

En torno al carácter esencial, véase SAP de Granada de 25 de enero de 2000: «Segundo.- Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al concreto caso que enjuiciamos y estimando condiciones y aptitud en ambos progenitores para ostentar la guarda y custodia del hijo menor, conforme a antiguo y reiterado criterio de esta Sala consideramos, conveniente para el menor no modificar la titularidad provisional de la guarda y custodia, pero sí mantener un generoso régimen de

comunicación para el padre que no tiene a su hijo consigo, a la vista, además, del informe psicosocial, que aconseja la ostentación de la guarda y custodia por parte de la madre, sin perjuicio, obviamente, de que pueda modificarse la medida, si se alteraren sustancialmente las circunstancias, aconsejando el cambio, en beneficio del menor. En consecuencia, deberá ser confirmada la Resolución recurrida en los pronunciamientos relativos a la guarda y custodia así como régimen de visitas y comunicación del padre para con el hijo, si bien, deberá comunicar de forma fehaciente a la madre, con quince días de antelación al inicio de período de vacaciones, la elección de los días elegidos para tenerlo consigo» (AC 2000/92).

También SAP de Barcelona de 3 de febrero de 1997: «Segundo.- El primer motivo del recurso de apelación debe ser desestimado, si se tiene en cuenta que la menor siempre ha estado en la compañía de su madre, cuya atribución le fue concedida en auto de medidas provisionales a la causa de separación, atendiendo adecuadamente a la misma en todas sus necesidades, tanto de índole afectiva como formativa, lo que conduce, en ausencia de datos objetivos que conduzcan a la modificación de la atribución de dicha guarda y custodia, y en interés de la menor, tal como determina el apartado segundo del artículo 92 del Código Civil, al mantenimiento de dicho pronunciamiento» (AC 1997/384).

Entre ellos podría destacarse ese incumplimiento grave y reiterado de los deberes establecidos al que antes hacíamos referencia. Pero, incluso en este supuesto, los órganos jurisdiccionales se muestran reacios a privar de su derecho al cónyuge progenitor no ejerciente de la patria potestad, inclinándose por el requerimiento y apremio posterior.

SAP de Barcelona de 8 de noviembre de 1989: «Dejando de valorar criterios anticipados de desobediencia a mandatos judiciales, que no se plantean en este momento, en orden a la suspensión de visitas, tampoco se justifican, con las pruebas obrantes en autos, respecto a la bondad de la ampliación fuera del espacio del actual domicilio del menor. Y el régimen de cautelas ha de ser ponderado a la situación creada» (en RJC, 1990, pp. 878-80).

No obstante, no se olvide que las medidas provisionales durarán en tanto en cuanto no existan medidas definitivas aprobadas en la sentencia (art. 773 en relación con el 774, 5), de ahí que el factor tiempo dificulte tal posibilidad de modificación que, por otra parte y respecto a medidas previas, expresamente reconoce el artículo 772 de la LEC.

Con respecto a la anterior normativa procesal civil, SAP de Málaga de 6 de abril de 1998, donde se resalta el carácter condicionado del derecho de visitas: «Segundo.- Considerando que, tanto si las partes intervinientes en el pleito principal de separación o divorcio no están de acuerdo con las medidas acordadas como provisionales por el Juez, como si a su

juicio surgen hechos posteriores que deban llevar a su modificación, establece la Ley el procedimiento incidental del artículo 1900, en este segundo caso por remisión del 1893, para su cambio siempre bajo el prisma de su provisionalidad durante la substanciación del pleito» (AC 1998/4372).

Véase también la SAP de la Rioja de 7 de junio de 2000: «En cuanto a las visitas que se solicitan y que en la sentencia de instancia se había acordado su suspensión, es decir, la suspensión del derecho de visitas del padre, en tanto no variasen las circunstancias puestas de manifiesto en el informe Psico-social, obrante en la pieza de medidas provisionales, debe tenerse en cuenta que el derecho del padre a comunicarse con los hijos, no es incondicionado en su ejercicio, sino que está subordinado al interés y beneficio de los hijos y el mismo puede ser suspendido o limitado, conforme a lo dispuesto en el art. 94 del Código Civil, por lo que en atención a las circunstancias del padre recogidas en el referido informe Psico-social, y a la que hace referencia al propio recurrente en su confesión judicial en estos autos, al absolver las posiciones 5ª, 6ª, 7ª y 8ª (folios 110 y 111) y en la 6ª, prestada en el incidente de modificación de medidas núm. 165/1999, obrante a los folios 75 y 76 de estos autos, debe concluirse también, con el mantenimiento de esta medida adoptada en la sentencia de instancia, al resultar conveniente para el interés y beneficio de los hijos, de ahí que también se rechace este segundo motivo de



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS

impugnación y con él, el recurso de apelación, con el consiguiente mantenimiento de la sentencia de instancia» (AC 2000/4188).



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS