



Derecho Español **C**ontemporáneo

TRABAS AL DERECHO DE VISITA, RESPONSABILIDAD Y MEDIACIÓN

Carmen Callejo Rodríguez

Profesora Contratada de Derecho Civil

Acreditada a Titular

Universidad Complutense de Madrid

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DE DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

- Renuncia y repudiación de la herencia en el Código civil**, *Carlos Rogel Vide* (2011).
- La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo**, *David Ordóñez Solís* (2011).
- Formulación de cuentas anuales en las sociedades de capital**, *Leopoldo del Puerto Cabrera* (2011).
- Fuentes del Derecho Nobiliario**, *Vanesa E. Gil Rodríguez de Clara* (2011).
- La cláusula penal**, *Silvia Díaz Alabart* (2011).
- Adquisición de la nacionalidad por descendientes de españoles**, *María José Cazorla González* (2011).
- Honor, intimidad e imagen en el deporte**, *Blanca Sánchez-Calero Arribas* (2011).
- La impugnación del arbitraje**, *Miguel L. Lacruz Mamecón* (2011).
- Recargas hipotecarias e hipotecas recargables**, *Helena Díez García* (2012).
- La responsabilidad precontractual**, *Pablo Valés Duque* (2012).
- El pago en metálico de la legítima de los descendientes**, *Carlos Vattier Fuenzalida* (2012).
- La donación en España y en Europa**, *Antoni Váquer Aloy* (2012).
- La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias**, *Josep Solé Feliu* (2012).
- El error de derecho**, *Salvador Carrión* (2012).
- La condonación de la deuda**, *Francisco de P. Blasco Gascó* (2012).
- La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto**, *Cristina Fuenteseca Degeneffe* (2012).
- La denominación de origen: su protección jurídica**, *Francisco Millán Salas* (2012).
- Derecho de asociación con fines profesionales en la Guardia Civil**, *Francisco Javier Marín Lizarraga* (2012).
- Contratos sobre bienes litigiosos y su rescisión**, *Carlos Manuel Díez Soto* (2013).
- Matrimonio y Constitución (presente, y posible futuro)**, *Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla* (2013).
- La institución del Jurado, introducción a su estudio psicosocial**, *Ricardo Yáñez Velasco* (2014).
- Tauromaquia y Propiedad Intelectual**, *Hugo de Patrocinio Polo* (2014).
- La frustración del derecho de visita**, *M^a Lourdes Martínez de Morentin Llamas* (2014).
- El lucro cesante**, *Elena Vicente Domingo* (2014).
- Riesgo empresarial y responsabilidad civil**, *Natalia Álvarez Lata* (2014).
- Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler**, *Antonio J. Vela Sánchez* (2015).
- Extranjero y Proceso penal. Controversias sobre la expulsión del territorio nacional**, *Ricardo Yáñez Velasco* (2015).
- La desheredación en el Código Civil**, *M^a Patricia Represa Polo* (2016).
- Elementos, organización y funcionamiento de las asociaciones**, *Luis A. Anguita Villanueva* (2016).
- El derecho a la herencia en la Consitución**, *Carlos Rogel Vide* (2017).
- Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad y de sus guardadores por los daños causados a terceros**, *M^a Cristina Berenguer Albaladejo* (2017).
- El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal**, *Francisco López Simó y Jaime Campaner Muñoz* (2017).
- Robots y responsabilidad civil**, *Silvia Díaz Alabart* (2018).
- La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código civil**, *Teresa Echevarría de Rada* (2018).
- Trabas al derecho de visita, responsabilidad y mediación**, *Carmen Callejo Rodríguez* (2019).

DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

Directores:

CARLOS ROGEL VIDE y SILVIA DÍAZ ALABART

*Catedráticos de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

**TRABAS AL DERECHO DE
VISITA, RESPONSABILIDAD
Y MEDIACIÓN**

Carmen Callejo Rodríguez

*Profesora Contratada de Derecho Civil
Acreditada a Titular
Universidad Complutense de Madrid*

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2019

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1ª edición REUS, S.A. (2019)
ISBN: 978-84-290-2114-1
Depósito Legal: M 3362-2019
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*A mis padres, ejemplo de vida,
a los que nunca podré agradecer suficientemente
lo que han hecho por mí.*

CAPÍTULO I

EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

1. EL DERECHO DE VISITA DE LOS PADRES

1.1. Consideraciones generales

El llamado “derecho de visita” se reconoce en favor de los hijos menores en el artículo 160 CC, según redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que dispone en el primer inciso del apartado primero: “*Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad*”¹. Asimismo,

¹ Como señala ROGEL VIDE, C., “El cuidado de los hijos separados y el derecho de visita (Comentario de los artículos 159, 160 y 161

en sede de nulidad, separación o divorcio², el artículo 90.1a) CC, se refiere al “régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”; el artículo 94.1 CC reconoce al progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados el “derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”; y el artículo 103.1º CC alude a “la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por estos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”. En consecuencia, el contenido de este derecho no se limita a la mera “visita”, como podría parecer si atendemos al término literal³, sino que comprende,

del código civil)”, en *Estudios de Derecho Civil. Persona y familia*, Reus, Madrid, 2008, pág. 276, ha de decirse lo mismo, “*mutatis mutandi*, del derecho que corresponda a los mayores incapacitados, pues no en balde el artículo 94 habla de «hijos menores o incapacitados»”.

² Aunque el derecho de visita del hijo menor se regula en el Título IV del Libro I del Código Civil, concretamente en el capítulo IX bajo la rúbrica “De los efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio”, esta normativa se entiende también aplicable cuando se trata de un proceso dirigido a determinar los efectos derivados de la ruptura de la convivencia de una pareja de hecho o en cualquier otro supuesto en que haya tenido lugar la filiación extramatrimonial. El art. 94 CC constituye una norma especial —para el caso de nulidad, separación o divorcio de los progenitores—, de la norma general del art. 160 CC que consagra el derecho del progenitor que no tenga consigo a sus hijos menores o incapacitados, a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria”, en *El derecho de visita. Teoría y praxis*, RIVERO HERNÁNDEZ y otros autores, Eunsa, Pamplona, 1982, pág. 32, nota 1, indica que “es evidente que la expresión «derecho de visita» resulta

a decir de RIVERA HERNÁNDEZ, “un régimen de relaciones lo más amplias y profundas posibles entre titular y menor, para lo que las «visitas», *stricto sensu*, apenas valen, y que son hoy, en la mayoría de los casos, sólo una forma residual y alternativa cuando no caben otras formas de relación y comunicación (por enfermedad o corta edad del menor, por ejemplo). La convivencia del titular con el menor, el «tenerlos en su compañía» fuera del ámbito

hoy pobre e insuficiente para recoger y denominar jurídicamente la institución...y que el primer problema que nos deja planteado es el terminológico. El origen histórico-jurisprudencial de esta figura, que se presenta la primera vez como la posibilidad de que unos abuelos pudieran ir a ver y «visitar» a su nieto en la residencia habitual de éste (el domicilio de sus padres) —sent. Cour de Cassation francesa de 8 de julio 1857— hizo que empezara a llamarse «derecho de visita», que fue aceptado por la doctrina y ha hecho fortuna en Derecho Comparado (Derecho alemán, italiano, suizo, y además del francés; «right of access» y «visit» en Derecho inglés). Pero como acabo de decir, ese término es hoy demasiado pobre y no expresa correctamente una relación entre personas que es mucho más rica que aquella mera posibilidad de ver y visitar, al comprender en la muy mayor parte de los casos muchas otras formas de comunicación (telefónica, cartas, noticias directas), llegando incluso a una convivencia de días o de semanas entre «visitante» y menor «visitado». Por razón de su justificación, fines que persigue y contenido relacional, entiendo que serían expresiones más correctas y apropiadas las de «derecho (o facultad: no quiero dejar prejuzgada ya aquí esa cuestión referente a su naturaleza jurídica) de comunicación», o «derecho de relación o a relacionarse», o “derecho a relaciones personales”, por dejar apuntada alguna. En esa inteligencia, y con tal salvedad, seguiré usando el término habitual y aceptado de «derecho de visita», en cuanto que, no obstante su valor semántico excesivamente estrecho nos sirve para entendernos jurídicamente (no otro valor tienen las palabras en su función primera) en tanto que expresión consagrada por el uso y la doctrina y práctica forense”.

del guardador jurídico, sea unas horas, un fin de semana, varios días o semanas, es ya la forma de presentación más habitual, típica (en sentido real y jurídico) de nuestra figura, que sólo difieren entre sí en el aspecto temporal (duración de tales formas de visita o convivencia), mas en todas ellas se da el mismo tipo de sustracción del menor (más material que jurídica, en su alcance) a la guarda y poder de su guardador”⁴.

El ejercicio del *ius visitandi*, permite al progenitor no custodio atender a su deber de velar por sus hijos, educarlos y procurarles una formación integral (arts. 110, 111.4 y 154.3.1º CC), acorde al deber constitucional de prestar protección y asistencia integral a los hijos (art. 39.2 y 3 CE), e incide de forma esencial en el plano afectivo⁵, favoreciendo el adecuado desarrollo de la personalidad del menor y su formación, en la que deben y tienen derecho a participar ambos padres, y no solamente el custodio. Derecho de visita que ha de fijarse también en

⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria”, *cit.*, págs. 94 y 95.

⁵ Así, GARCÍA CANTERO, G., “Comentario a los artículos 92 a 94 del Código Civil”, en *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. (dir.), Edersa, Madrid, 1982, pág. 397 entiende que se trata de un derecho “de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar sus sentimientos hacia otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin; tal derecho puede encuadrarse entre los de la personalidad, siendo su naturaleza exquisitamente extrapatrimonial; habitualmente su ejercicio queda comprendido dentro del derecho a la intimidad de la persona, más amplio en extensión y contenido”.

caso de custodia compartida, a favor del progenitor que no conviva en cada momento con los hijos, pues entonces también puede y debe mantener la comunicación y relación con ellos.

Son notas que caracterizan el derecho de visita en las relaciones paterno-filiales, su carácter personalísimo, irrenunciable, inalienable, imprescriptible y relativo o de contenido variable, pues en su delimitación y concreción siempre deberán tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes, tanto de los padres como de los hijos, pero teniendo como finalidad fundamental el beneficio de estos últimos. En este sentido, es preciso destacar que si bien el artículo 94.1 CC parece configurar el derecho de visita como un derecho subjetivo del progenitor no custodio, constituye, como han entendido la doctrina y la jurisprudencia, un derecho-deber o derecho-función de naturaleza familiar, en tanto es un derecho y deber de los padres, reflejo del derecho de los hijos a relacionarse con ellos (art. 160 CC), y de otras obligaciones de los padres como la de velar por los hijos y procurarles una formación integral⁶; pues con el derecho de visita no se protege solamente, ni siquiera de modo principal, el interés del progenitor no custodio, sino el interés del hijo⁷. En consecuencia, el beneficiario del derecho

⁶ Entre otros muchos, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 390.

⁷ Muy clara en este sentido es la nueva redacción del art. 160.1 CC, ya que alude a la idea de que es el hijo quien tiene derecho a relacionarse con sus progenitores, frente a la redacción anterior, que

de visita no puede ejercitarlo a su arbitrio o no ejercitarlo, pues tal conducta positiva o negativa puede constituir el incumplimiento de un deber jurídico que acompaña inseparablemente a su condición de derecho presidido por el interés superior del menor consagrado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM).

Cabe en primer lugar una determinación convencional o acuerdo regulador del régimen de visitas y su ejercicio (art. 90.1.a CC), que será aprobado por el juez salvo si fuese dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90.2.1 CC). Si no hay acuerdo o el convenio regulador no alcanza la aprobación judicial, será el juez quien provea al respecto fijando el tiempo, modo y lugar de ejercicio del derecho de visita (art. 94 CC), con lo cual estaríamos ante una determinación judicial del régimen que, en ocasiones, viene precedida de la constitución o declaración del derecho mismo. Además de los interesados constituidos en partes procesales, el juez deberá oír al niño, tal como se deriva del artículo 9 LOPJM, que reconoce el derecho del menor a ser oído y escuchado. Así se exige con carácter general en el artículo 154.3 CC, al establecer que “*si los hijos tu-*

en su tenor literal se refería al derecho de los padres a relacionarse con sus hijos: “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores (...)”.

SUMARIO

CAPÍTULO I. EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS PADRES	7
1. El derecho de visita de los padres.....	7
1.1. Consideraciones generales	7
1.2. Consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas en el ámbito penal	25
1.3. Consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas en el ámbito civil	32
2. Daños causados por la Administración a los padres a causa de la privación de la compañía de sus hijos.	40
3. Protección del derecho de visita como forma de respeto de la vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	51
 CAPÍTULO II. RESARCIMIENTO DE DAÑOS ENTRE LOS PADRES POR INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS	 65
1. El resarcimiento de daños por incumplimiento del régimen de visitas en la jurisprudencia menor.....	65

Sumario

1.1. Progenitor custodio que obstaculiza o impide injustificadamente el cumplimiento del régimen de visitas	67
1.2. Incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor no custodio.....	73
2. ¿Cabe acudir a la responsabilidad extracontractual ante el incumplimiento del régimen de visitas?	81
3. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual por daños causados entre progenitores por incumplimiento del régimen de visita.....	88
3.1. Comportamiento en que intervenga culpa o negligencia	88
3.2. Daño.....	102
3.3. Relación causal entre el comportamiento del progenitor incumplidor y el daño sufrido por el otro progenitor.....	115

CAPÍTULO III. SOLUCIONES ALTERNATIVAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS.....

123

1. Introducción	123
2. Intervención de los Puntos de Encuentro Familiar en el cumplimiento del régimen de visitas de los padres.....	125
2.1. Concepto y régimen jurídicos de los Puntos de Encuentro Familiar.....	125
2.2. Objetivos.....	137
2.3. Principios de intervención en los Puntos de Encuentro Familiar.....	141
2.4. La derivación judicial al Punto de Encuentro Familiar para el cumplimiento del régimen de visitas de los padres.....	147
2.5. Tipos de intervención.....	156

2.6. Informes del Punto de Encuentro Familiar al órgano derivante	163
2.7. Herramientas de la mediación familiar en el cumplimiento del régimen de visitas de los pa- dres en los Puntos de Encuentro Familiar	168
3. Mediación familiar y derecho de visita	176
3.1. Introducción	176
3.2. Principios de la mediación familiar	194
3.3. La derivación a mediación.....	199
3.4. Mediación familiar y derecho de visita de los padres	207
BIBLIOGRAFÍA.....	215
ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS	223

