

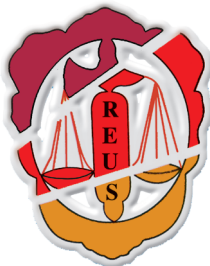


Derecho Español **C**ontemporáneo

LA FRUSTRACIÓN DEL DERECHO DE VISITA

M^a Lourdes Martínez de Morentin Llamas

Profesora de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Zaragoza



COLECCIÓN DE DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

TÍTULOS PUBLICADOS

- 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**, *Vanessa 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 Mantecón* (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 Vaquer 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^{ra} Lourdes Martínez de Morentin Llamas* (2014).

DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

Directores:

CARLOS ROGEL VIDE y SILVIA DÍAZ ALABART

Catedráticos de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

LA FRUSTRACIÓN DEL DERECHO DE VISITA

M^a Lourdes Martínez de Morentin Llamas

*Profesora de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Zaragoza*



Madrid, 2014

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

1ª edición REUS, S.A. (2014)
ISBN: 978-84-290-1806-6
Depósito Legal: M 22394-2014
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.

*Al Profesor D. Gabriel García Cantero,
con afecto y gratitud*

ABREVIATURAS

- Art/s Artículo/s
AC Actualidad Civil
ADC Anuario de Derecho Civil
ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
(Código civil austriaco)
ALD Actualité législative Dalloz (a partir de 1983)
BGB Burgerliches Gestezbuch (Código civil alemán)
Cass. Civ. Cassazione Civile, Cassation Civil
CC Código Civil (español)
CCJC Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE Constitución española de 1978
CP Código penal
D Recueil Dalloz
Dir Fam. Diritto di Famiglia
DCFR Draft Common Frame of Reference (Marco
común de referencia)
ERPL European Review of Private Law, Kluwer
Law International
Giur. It. Giurisprudenza italiana
InDret Revista para el análisis del Derecho
www.indret.com
ISFL International Society of Family Law

Abreviaturas

- JCP *Juris-classeur périodique (Semaine juridique)*
- JUR *Repertorio de Jurisprudencia*
- LECiv *Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*
- LL *La Ley*
- LO *Ley Orgánica*
- LOPJ *Ley Orgánica del Poder Judicial*
- Obs. *Observations*
- OGH *Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austríaco)*
- PETL *Principles of European Tort Law (Principios europeos del derecho de daños)*
- PUF *Presses Universitaires de France*
- RCDI *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*
- Rep Civ. *Repertoire civil Dalloz*
- RGDR *Revista General de Derecho Romano, www.iustel.com*
- RGDCEDE *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, www.iustel.com*
- RGLJ *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*
- RTDC *Revue trimestrielle de droit civil (Sirey)*
- RJ *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*
- RJN *Revista Jurídica del Notariado*
- RJC *Revista Jurídica de Cataluña*
- SAP *Sentencia de la Audiencia Provincial*
- STC *Sentencia del Tribunal Constitucional*
- STS *Sentencia del Tribunal Supremo*
- STSJ *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia*
- STEDH *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*
- TSJ *Tribunal Superior de Justicia*
- TC *Tribunal Constitucional*
- TEDH *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*
- VVAA *Varios Autores*

Capítulo I

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: 1. Preliminares. 2. Evolución del derecho de visita 3. La reforma de 1981.

1. Si bien es cierto que el derecho de visita ha sufrido una gran evolución y desarrollo a partir de la Ley de 1981, con anterioridad a esa fecha, su existencia aparece estrechamente unida a la separación conyugal, única forma de hacer frente a las crisis matrimoniales; dicha institución sin disolver el vínculo matrimonial, permitía a los cónyuges llevar vidas separadas¹.

Hoy, los tiempos han cambiado; hay otras formas de hacer frente a las crisis matrimoniales; el divorcio se ha impuesto como método mayorita-

¹ Sobre las crisis matrimoniales y su resolución, véase M^a Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTIN, *Las causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 2002, con bibliografía y jurisprudencia hasta esa fecha en pp. 537-558.

rio o preferido de resolución de conflictos. Han cambiado las opiniones en cuanto a la atribución de la guarda sobre los hijos², primero otorgándose al cónyuge considerado no causante de la crisis, después incluso al causante; y siendo éstos pequeños, normalmente era atribuida a la madre. Tras la desaparición de las causas de separación y divorcio en nuestro ordenamiento por Ley de 2005³, se

² La STS de 19 noviembre 1895 se inspiró en el carácter cuasi-absoluto del derecho de la *puissance paternelle* que la ley entonces en vigor atribuía primordialmente al padre (puede verse en *la Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, publicada por la RGLJ, tomo 78 (1896) p. 392-396; igualmente la STS de 9 de junio 1909 (*Colección... cit.*, p. 381-386) aunque con matices, y la STS de 24 junio 1929. Un comentario sobre las mismas en GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares, entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, p. 65-71, enfocando el tema desde el punto de vista del conflicto entre el ejercicio de dos derechos de visita, el paterno y el materno, optándose por el primero, aunque sin negar la existencia del segundo lo que resulta en cierto sentido un avance respecto a la de 1909. En todo caso se refiere a un derecho de visita en sentido estricto, esto es, a estar con los hijos algunas horas. Por otra parte una doctrina moderna e innovadora en nuestro derecho fue desarrollada antes de las reformas codiciales, por la jurisdicción especializada, hoy desaparecida, de los Tribunales Tutelares de Menores.

³ MARTÍNEZ DE MORENTIN, “La supresión de las causas de separación en nuestro ordenamiento”, *Aequalitas*, n^o 19, 2006, p. 20-27; Sonia CALAZA, “El proceso consensual de separación y divorcio” *Revista de Derecho UNED*, núm. 5, 2009, pp. 119-147. Desde el punto de vista internacional, Clara Isabel CORDERO ALVAREZ, “Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea: El Código de familia

atribuye la guarda a aquel de los padres considerado como mejor facultado por parte del juez para desempeñar dicha tarea, que engloba un conjunto de actuaciones dirigidas al desarrollo de la vida y la personalidad del menor, y teniendo siempre en cuenta su interés⁴. Normalmente se adjudica a aquel con quien los hijos residen habitualmente⁵.

comunitario”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, XXXIX, 2006, pp. 215-258; NANCLARES DEL VALLE, J., “La guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de pareja”, *Revista jurídica del Notariado*, abril-junio 2009, pp. 135-169.

⁴ La primacía del interés del menor es el principio informador de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del Menor (LOPJM), de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el art. 2 de la LOPJM dice: *En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.* Se recoge en determinados convenios internacionales, en particular en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 —ratificada por España el 30 noviembre 1990—; véase RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, 2000 y DE LA LAMA AYMÁ, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia 2006. La problemática especial que presenta este concepto jurídico indeterminado en los casos de crisis matrimonial, y los riesgos de la indeterminación del principio, en W. HOWARD, “El interés del niño y adolescente en las crisis familiares”, *Factores y contenidos de la evolución del derecho de familia*, Montevideo, 2008, pp. 15-33.

⁵ Artículo 159 del Código civil: *Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.*

Por otra parte, la existencia de un gran número de parejas que conviven sin casarse, dando lugar a nuevos tipos de familias es un hecho; cuando fracasan dichas relaciones igualmente se produce la necesidad de atribuir la guarda de los hijos a uno de los progenitores; el padre no custodia, no por eso deja de estar vinculado a los hijos; su contacto es necesario para el adecuado desarrollo de la personalidad de los mismos, por lo que debe establecerse un régimen de visitas que permita la mayor dosis de convivencia⁶. Las crisis familiares determinan en los integrantes de la familia rota, la adopción de un nuevo perfil de conducta con el fin de amoldarse al nuevo orden que se impone como consecuencia del alejamiento físico derivado del cese de la convivencia entre sus miembros. La destrucción de la pareja que conformaban los padres, no debería influir en las relaciones afectivas y de todo orden que tienen con sus hijos, aunque es natural que, dado el nuevo contexto imperante sea imprescindible resolver ciertas cuestiones, como cuál de los padres va a ocuparse del cuidado diario de los hijos, cómo se mantendrán las comunicacio-

⁶ Ángeles LIÑÁN GARCÍA, “El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: Nuevas perspectivas de futuro”, *RGDCEE* 32, 2013. Las fases de la evolución jurisprudencial sobre la atribución de la guarda pueden verse en M^a Paz GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO, “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la ley 15/2005”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n^o 8, 2006, pp. 75-87.

nes y los vínculos afectivos con el que no ostente la guarda y el modo de contribuir económicamente para la manutención y cuidado de los hijos⁷.

2. Como señala doctrina especializada⁸, en la redacción originaria del Código civil no aparecía el derecho de visita en relación con los padres ni otros allegados⁹, lo que se correspondía con la situación que se daba en el Código de Napoleón tomado como modelo, hasta la Ley de 1970. El art. 154 párrafo 1º formulaba la patria potestad preferente del progenitor varón, a lo que había de añadirse el

⁷ W. HOWARD, “Introducción”, *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Montevideo, 2008, p. 9.

⁸ G. GARCÍA CANTERO, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, p. 76, señala que el derecho español de visita en general, es de origen francés (p. 64). Aunque se trata de un estudio de las relaciones familiares entre abuelos y nietos antes y después de la Reforma, las consideraciones generales sobre el derecho de visita que hace el A. deben ser tenidas en cuenta. Muy interesante el apartado relativo a la evolución del mismo desde el del derecho francés hasta nuestro sistema; Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Le droit de l’enfant d’entretenir des relations personnelles avec ses grands parents dans le Code civil espagnol”, *Les solidarités entre générations/Solidarity between generations*, sous la coordination de Hugues Fulchiron, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 441 ss. GARCÍA CANTERO, “Solidarité de générations et protection des personnes âgées en Espagne: Droit Civil ou Droit social? Alternative ou cumul?”, *Les solidarités entre générations/Solidarity between generations*, cit., pp. 769 ss.

⁹ “Ni mucho menos respecto a los abuelos” (*Auctor, op. et loc. cit.*).

art. 68 (medidas provisionales mientras se tramitaban los efectos civiles de las sentencias canónicas de nulidad y divorcio imperfecto), en su medida 3^a relativa a poner los hijos a cuidado de uno de los cónyuges, o de los dos según procediera, sin que el art. 70 (sobre nulidad) y 73 (divorcio imperfecto¹⁰) ofrecieran base alguna al derecho de visita del cónyuge que careciera de la guarda.

Sin embargo, antes de las reformas codiciales, la jurisdicción especializada de los Tribunales Tutelares de Menores, hoy desaparecidos¹¹, fue desarrollando en nuestro derecho una doctrina moderna e innovadora que establecía que el titular de la patria potestad no podía oponerse sin causa justificada, a que la otra parte se comunicara con sus hijos.

¹⁰ “divorcio imperfecto”, refiriéndose a la separación conyugal, único remedio entonces para hacer frente a la crisis matrimonial.

¹¹ El texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores se aprobó por un Decreto de 1948; los arts. 17 a 19, sin referirse expresamente al derecho de visita han fundamentado muchos acuerdos relativos al mismo, tanto en el ejercicio de su facultad reformativa como el de la protectora, si bien era competencia de los Tribunales ordinarios la concesión del derecho de visita en los procesos matrimoniales (GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 74 en nota a pie 48). Sobre este tema puede verse C. DEL CARMEN VENER y L.M. LÓPEZ MORA, “Competencia y criterios de los Tribunales Tutelares de Menores en la fijación del derecho y régimen de visitas”, en el vol. (dir. VILADRICH), *El derecho de visita. Teoría y praxis*, 2^a edición, Pamplona, 1982, p. 73 ss y MUÑOZ MÉNDEZ, *La competencia de los Tribunales Tutelares de Menores en orden a la elaboración, modificación o cesación del régimen de visitas*, p. 381 ss.

La Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932, de la Segunda República, supuso un avance, pues al regular los efectos del divorcio respecto de los hijos, dispuso en su art. 20, párrafo 2º: *El (cónyuge) que no los tenga en su poder conserva el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el Juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de este derecho.* Aunque no aparece claro el significado del *derecho de comunicar con los hijos* que se atribuía al progenitor no guardián, podría ser equivalente al derecho de visita y al de relacionarse con los hijos, pero también admitiría una interpretación literal referida exclusivamente a mantener correspondencia y a la visita presencial¹². La fórmula no fue seguida en las ulteriores manifestaciones legislativas, y en la redacción actual del artículo 90 A del Cc se alude a un *régimen de comunicación y estancia* de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos; y el nuevo art. 94 habla equivalentemente del *derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*, término que no aparece sin embargo en el fundamental art. 160: *Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores (...).*

La reforma parcial llevada a cabo por Ley de 24 de abril de 1958 supuso la introducción de la regla 3ª del art. 68: *el juez determinará el tiempo, modo*

¹² G. GARCÍA CANTERO, *Las relaciones familiares cit.* p. 78.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7
Capítulo I. INTRODUCCIÓN.....	9
1. Preliminares	9
2. Evolución del derecho de visita.....	13
3. La reforma de 1981.....	16
Capítulo II. EFECTOS DE LAS CRISIS MATRI- MONIALES EN RELACIÓN CON LA CUS- TODIA DE LOS HIJOS.....	21
4. El derecho de visita y los procesos matrimoniales..	21
5. La reforma de 2005.....	22
6. Contenido y naturaleza de este derecho	24
7. Ejercicio normal y anormal del mismo.....	31
Capítulo III. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA EN EL CÓDIGO CIVIL	35
8. El ejercicio de la patria potestad	35
9. El interés del menor.....	38
10. La obstaculización por parte del progenitor que ostenta la guarda	42
11. La obligación de facilitar la relación paterno-filial..	45
12. Anotaciones de derecho alemán y derecho fran- cés	47

Índice

Capítulo IV. SOBRE LOS DAÑOS MORALES	55
13. Generalidades.....	55
14. El daño moral	58
15. La dificultad de su valoración	60
16. El “prudente arbitrio judicial”	62
Capítulo V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE JUNIO 2009	73
17. Introducción.....	73
18. Historia de los hechos.....	76
19. Comentario	79
Capítulo VI LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA.....	99
20. La Sentencia del Tribunal de Roma, de 13 de junio de 2000	99
21. La sentencia del Tribunal de Monza de 5 de noviembre de 2004	105
22. La sentencia de la Corte de Casación italiana de 10 de mayo de 2005.....	106
Capítulo VII. LA JURISPRUDENCIA MENOR SOBRE EL DERECHO DE VISITA FRUSTRADO	107
23. La SAP de Valencia 20 febrero 2006	107
24. Supuestos de obstaculización por parte de la Administración	109
25. El Auto de la AP Sevilla de 30 diciembre 2005..	111
26. Conclusiones.....	114
Capítulo VIII. LA DIFICULTAD DE VALORAR EL DAÑO MORAL	117
27. La STS 21 de octubre 2011.....	117
28. El menor que no quiere ver asu padre.....	119
29. La STS de enero 2013	121

Capítulo IX. UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO AUSTRIACO EN CLAVE COMPARATIVA	127
30. Introducción.....	127
31. La STS Austriaco	130
32. El comentario austriaco.....	133
33. Comentario español	135
Capítulo X. EPÍLOGO	139
JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFÍA.....	147

