

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 31 DE ENERO DE 2013 (373/2013)**

**Cambio de guarda y custodia del menor ante los incumplimientos reiterados del régimen establecido.
Interés del menor**

Comentario a cargo de:
Carmen Muñoz García

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho civil UCM
Codirectora Grupo de Investigación UCM:
“Derecho de la contratación. Derecho de Daños”

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 31 DE ENERO DE 2013**

ID CENDOJ: 28079119912013100002

PONENTE: *EXCMO. SR. DON JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA*

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2013 casa y anula la Sentencia de fecha 26-07-2010 dictada por la Sección 1ª de la AP de Pontevedra, a la que declara sin valor y efecto alguno. Primera Instancia y Audiencia, modificaron la guarda y custodia del menor que inicialmente atribuida la madre, y con residencia en EEUU, se atribuyó a favor del padre, con el consiguiente traslado a España, en base al incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, para lo que habían tenido en cuenta la aplicación del art. 776.3 LEC, pero no el interés del menor, que es el que debe primar. El Tribunal Supremo entiende que, para el cambio de guarda y custodia, se debe tener en cuenta el prioritario interés superior del menor, y este, desaconseja tal modificación.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Atribución de la guarda y custodia tras la ruptura de la convivencia. 5.2. Criterio culpabilista del artículo 776.3. Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.3. Principio de protección del interés superior del menor. 5.4. Otras cautelas para asegurar el cumplimiento del régimen de visitas. 5.5. Sobre el voto particular en la Audiencia Provincial. 5.6. Conclusión. 6. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

Don Miguel, formula demanda de modificación de medidas definitivas de juicio matrimonial contra Doña Rita, relativa a la guarda y custodia del único hijo habido en común. La madre tenía atribuida la guarda y custodia del pequeño y había sido admitido el cambio de residencia a New Jersey (EEUU), si bien había asumido importantes compromisos para facilitar un fluido régimen de visitas y de comunicaciones entre padre e hijo, que es incumplido reiteradamente por la madre desde la sentencia de divorcio de 12 de julio de 2006, evitando cualquier contacto padre e hijo. En fecha 15 de mayo de 2008, Doña Rita fue requerida judicialmente para que manifestara la fecha y hora en que entregaría al pequeño en las vacaciones de verano, y fue apercibida de que si así no lo hacía se iniciaría un procedimiento de modificación de medidas cuyo objeto principal sería el cambio del vigente sistema de guarda y custodia del menor, con el consiguiente traslado a España. Con base en los hechos alegados y probados, ante el incumplimiento sistemático del acuerdo de visitas y comunicaciones y al amparo del art. 776.3 LEC, el demandante reclama la modificación de medidas y solicita que se le atribuya la guarda y custodia del menor y que se establezca un régimen de visitas a favor del la madre similar al que se le había concedido con anterioridad al padre no custodio.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La Sentencia de modificación de medidas del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pontevedra de fecha 26 de julio de 2010, estimó parcialmente la demanda modificando la sentencia dictada el 12 de julio de 2006, en los autos de divorcio. Así: I.- Atribuye la guarda y custodia del menor a D. Miguel, con el consiguiente traslado a España; II.- Fija una etapa de adaptación de seis meses –susceptible de prórroga– desde la Sentencia hasta el pleno ejercicio de la titularidad de dicha guardia y custodia por parte del progenitor, con el fin de lograr una progresiva adaptación del menor a su nueva situación en Pontevedra, para lo que se requiere el traslado de la madre y del menor a esta ciudad, y así, a pesar de la titularidad a favor del padre, el menor seguirá viviendo con la madre mientras se produce un acercamiento progresivo padre e hijo; III.- Transcurrida

la etapa intermedia, y presumiendo que la progenitora residirá en España, se la reconoce un amplio régimen de visitas. En otro caso, de no ser así, deberá instar un nuevo procedimiento de modificación de medidas que permita establecer el régimen de visitas y de comunicación que permita desarrollar adecuadamente las relaciones materno filiales; y IV.- Se fija una pensión alimenticia a favor del menor y a cargo de la madre que asciende a 120 euros mensuales. A lo que habrá de añadirse la contribución en un 50% a los gastos extraordinarios del menor.

3. Soluciones dadas en apelación

La demanda recurrió en apelación contra la sentencia de Primera Instancia. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 7 de septiembre de 2011, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la demandante contra la sentencia de 26 de julio de 2010, y confirmando en su integridad la sentencia de primera instancia, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

La sentencia cuenta con un **voto particular** del Magistrado don Francisco Javier Valdés Garrido en el que solicita la estimación del recurso de apelación y consiguiente desestimación de la demanda, en la misma línea que después se pronunció el Tribunal Supremo en el recurso de casación.

4. Los motivos de casación alegados

El único motivo planteado, al amparo de lo previsto en el art. 477.3 LEC denuncia la violación de los artículos 90, 92 y 103 del Código Civil, en base al artículo 776.3 LEC. El recurso presenta interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Y así, mientras la dictada por Primera Instancia y por la Audiencia, acuerda el cambio de guarda y custodia del menor al haber incumplido el custodio el régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio, en otras sentencias de distintas Audiencias, se rechaza la modificación a pesar del incumplimiento por parte de la progenitora custodia, al anteponer el interés del menor que reside en un país extranjero y se ha adaptado completamente a él.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Atribución de la guarda y custodia tras la ruptura de la convivencia*

En los procesos de nulidad, separación y divorcio, una de las medidas necesarias a adoptar es la atribución de la guarda y custodia de los hijos. Fijar en

definitiva en compañía de quien van a quedar éstos, así como establecer un régimen de visitas para el otro progenitor, y todo ello con un criterio legal único y desde la perspectiva de preferencia del interés superior del menor, que debe prevalecer por encima de cualquier otro (art. 2 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor –LPJM–).

En este sentido –y conviene hacer un inciso con ocasión de las últimas reformas–, como acertadamente se define tras reiterados Encuentros de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con la Asociaciones de Abogados de Familia, mientras que el término “patria potestad” debe ser sustituido por el de “responsabilidad parental”, como insta el Reglamento (CE) 2201/2003, el término “custodia” hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor de su convivencia con los hijos menores, sin que ello implique para tal progenitor un estatus jurídico privilegiado frente al otro. A cada progenitor corresponde la custodia del menor y los ejercicio ordinario de la responsabilidad parental en los períodos de tiempo en que tiene al hijo consigo (IV Encuentro de Jueces y Magistrados, en la VI Jornada, Valencia, octubre 2009, que insta a incluir nuevos términos y precisiones en las reformas que estaban por venir, entre otras, por Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, Ley orgánica 8/2015 y Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

Así, (i) mientras que **la titularidad o cotitularidad** –que ostentan por ley los progenitores, salvo suspensión o privación judicial– **y el ejercicio o coejercicio de la patria potestad** en situaciones de ruptura –suele permanecer principalmente en ambos progenitores como titulares, o en su caso, se trasladará a instituciones o tutores, que ejercerán las funciones tutelares–; (ii) **la custodia**, que es sólo uno de los atributos de la anterior, se ejerce unilateralmente por el progenitor custodio determinado en el convenio regulador o en la sentencia de nulidad, separación o divorcio; pero es más, incluso, como acertadamente señala Guilarte Martín-Calero (*La custodia...*, pg. 4), en los supuestos de la llamada guarda compartida o guarda conjunta, no hay una cotitularidad en la facultad de guarda sino una titularidad sucesiva o alterna, de suerte que, en cada momento, será guardador el progenitor a quien le corresponda, según convenio o medidas aprobadas judicialmente.

Desde la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (en adelante, Ley 15/2005), se introduce como novedad, la posibilidad de que el juez acuerde la custodia compartida cuando así la soliciten ambos progenitores (art. 92.5 CC), pero también a instancia de una de las partes, si sólo así se protege el interés superior del menor (art. 92.8 CC).

Para valorar de la idoneidad respecto del régimen de custodia, el Juez, antes de acordar el régimen a regir tras la ruptura, deberá recabar el informe del Ministerio Fiscal, así como oír a los menores que tengan suficiente juicio

cuando lo estime necesario, ya sea, de oficio, a instancia de parte, del equipo técnico o del propio menor (art. 92.6 CC). Si bien, el régimen de guarda conjunta, no procederá cuando uno de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco cuando existan indicios de violencia doméstica (art. 92.7 CC).

Sin duda, ostentar el cuidado de los hijos (guarda y custodia) por un lado, y el derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía (art. 94 CC) por otro, no solo incide a favor del custodio en el “cuidado” y “convivencia”, en “tenerlos en su compañía” a diario (art. 154 CC), sino también, muy directamente, en la atribución del domicilio familiar (art. 96 CC), y en la administración de los alimentos a favor de los hijos (art. 93 CC).

La determinación de la titularidad de la guarda y custodia del menor en exclusiva rige cuando así se convenga, o bien cuando atendiendo a las circunstancias y en especial al interés del menor, así se resuelva judicialmente. Por lo pronto está implícito en la sentencia el reconocimiento de un ejercicio unipersonal de la guarda y custodia del menor, como certeramente señala Guilarte (cit. ant.), y el reconocimiento simultáneo del derecho legal del no custodio, a visitar a su hijo, comunicar con él y tenerlo en su compañía (art. 94 CC).

En este caso, se había admitido previamente por ambos progenitores, y había sido aprobado judicialmente con ocasión del divorcio, que el progenitor custodio fijase su lugar de residencia con el menor en EEUU, lo que implica:

(i) Por un lado, que autorizado su traslado a New Jersey, ese estado, y el país del que forma parte, constituyen el entorno habitual del menor, en el que se encuentra su centro escolar, sus actividades sociales y sus relaciones con el entorno más próximo.

(ii) y por otro, que establecido el vínculo afectivo con la madre, con la intensidad que deriva de las especiales circunstancias que les acompañan, esta relación constituye el pilar fundamental en su adecuado desarrollo. Y si fue determinante al tiempo inicial de decidir la custodia (noviembre del 2003, cuando el menor tenía una año y nueve meses) quien había dedicado mayor tiempo al cuidado del menor, durante la convivencia y antes de la crisis conyugal, no puede dejar de tomarse en consideración esta dedicación cuando el vínculo madre e hijo está sobradamente consolidado. La idoneidad inicial en la atribución de la custodia no ha variado, por lo que el cambio, parece traumático.

Con estas premisas iniciales, siendo EEUU su entorno habitual, y el vínculo afectivo con la madre estrecho, en ningún momento puesto en entredicho, ¿qué nos hace pensar que el incumplimiento reiterado del régimen de visitas por la progenitora es razón suficiente para admitir un cambio de custodia forzoso que supone también un cambio del lugar de residencia del menor? Sin

duda, iría en contra de derechos fundamentales (libre desarrollo de la personalidad –art. 10.1 CE–), y principios rectores de la política social y económica (que garantizan la protección integral de los hijos por los poderes públicos, o el deber de asistencia de todo orden por los padres, sin olvidar la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por los derechos de los menores –art. 39 CE–), y por supuesto, contra el primordial interés superior del menor (art. 2 LOPJM).

El derecho de guarda pues, que se presume que se atribuyó en el procedimiento principal teniendo en cuenta el interés del menor, aun cuando puede ser modificado, obviamente, podría serlo, ponderando igual interés del menor. Sin olvidar como un criterio más, supeditado al anterior, que podrá variarse “cuando se alteren sustancialmente las circunstancias” (art. 91 CC). Así, sólo si existiesen razones objetivas que lo aconsejen, cabría un planteamiento que de principio, parece traumático.

5.2. *Criterio culpabilista del art. 776.3 LEC*

Conforme al art. 776.3 LEC, “el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas”, lo que posibilitó al demandante instar el cambio.

Este precepto parte de un criterio concreto para posibilitar la modificación de la atribución inicial de la custodia: el elemento culpa. No importa si la conducta es más o menos reprochable, la realidad es que el escenario en el que cabe su aplicación, es el del incumplimiento del deber asumido en convenio o en medidas, cuando existe pronunciamiento judicial sobre las mismas, y este adquiere fuerza ejecutiva.

Primera Instancia y Audiencia Provincial, estimaron básicamente la demanda, y una vez acreditado el más completo incumplimiento por la progenitora custodia de sus obligaciones derivadas del régimen de visitas del hijo con el progenitor custodio, “privándole de manera absoluta de la figura paterna”, la Audiencia Provincial estima que, si hay un supuesto merecedor de la efectiva sanción prevista en el art. 776.3 LEC, es precisamente este que se enjuicia. Es más, la Audiencia concluye, que no está acreditado que el cambio de la medida suponga un perjuicio contrario al interés del menor, más allá del cambio que supone el traslado de residencia a su país de origen (España), bajo la custodia de su padre.

La STS objeto de comentario, con cita de otras (STS 154/2012, de 9 de marzo, que a su vez cita a las SSTS 579/2011, de 22 de julio y 578/2011, de 21 de julio), fundamenta que “la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados

en la sentencia que se recurre”. En definitiva, la razón se encuentra en que “el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este”. (...) Y teniendo en cuenta que el interés del menor implica asegurarle toda la protección que se posible, desde todos los ámbitos, públicos y privados, este “interés”, continúan refiriendo las SSTS de 11 de febrero y 25 de abril de 2011, “constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y art. 5 LOPJ”.

Por lo que primar la aplicación del art. 776.3 LEC sin haber priorizado el interés superior del menor, es inadmisibile.

Teniendo en cuenta que las relaciones entre padres e hijos vienen amparadas por el principio constitucional de la protección del menor, consagrado en el art. 39.3 CE, en la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, art. 18, y en el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que determina que todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus padres, salvo que sean contrarios a sus intereses, el derecho del hijo a relacionarse con el no custodio, constituye como refiere Acuña San Martín, (pág. 387), una concreción legal del interés del menor en los supuestos de ruptura de la convivencia entre sus padres.

En definitiva, y así lo refiere la sentencia del Supremo, en su fundamento segundo, hay que posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones del hijo con el progenitor no custodio, y esto es de obligado cumplimiento. Ahora bien, **no por dar amparo legal a un derecho de contenido más reducido** –“exiguo” dirán muchos–, **alteremos el derecho propio y principal del menor, el de mantenerse** –o modificarse el régimen de guarda cuando así sea aconsejable–, **bajo la guarda y custodia que garantiza el mejor de sus desarrollos**. Me explico, a pesar de que la previsión de la Ley procesal contempla ante el incumplimiento la posibilidad de modificación del régimen de guarda y visitas, es prioritario conocer la afectación sobre el menor de tal modificación. Este criterio, el superior interés del menor, es prioritario a cualquier otro.

5.3. Principio de protección del interés superior del menor

Resulta paradójico que la sentencia de la Audiencia Provincial, tras admitir que hay un “total incumplimiento por parte de la progenitora custodia de sus obligaciones” por impedir el régimen de visitas del hijo con el proge-

nitor no custodio durante varios años, con una privación absoluta de la relación paterno-filial, entienda que basta esta conducta para que se produzca la consecuencia más drástica posible, el cambio de la guarda y custodia previsto en el art. 778.3 LEC. Concluyendo, sin más, que el cambio de residencia a su país de origen (de EEUU a España), bajo la custodia del padre, no constituye un perjuicio contrario al interés del menor. Craso error, sin duda, cuando el menor llevaba seis años residiendo en EEUU y con un fuerte vínculo con su progenitora, como así resulta de los hechos probados.

Creo que acierta el magistrado de la Audiencia Provincial que suscribe el voto particular cuando subraya dos aspectos determinantes: (i) el primero, y sin duda más relevante, que pese a la actitud “obstruccionista de la madre” respecto del régimen de visitas para con el padre, existe pleno vínculo afectivo del menor con su madre, que además se encuentra plenamente integrado en la vida del país de residencia, lo que sin duda, a mi entender, de alterarse, quebraría cualquier anhelo, interés y necesidad del menor de mantenerle en su marco familiar, social y educativo del que forma parte; (ii) el segundo, que admitir la aplicación del art. 776.3º LEC cuando no se han agotado otras vías para lograr el efectivo cumplimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio, y cita entre otras, la responsabilidad penal de la progenitora, la imposición de multas coercitivas o los requerimientos de cooperación a través de las autoridades centrales –Convenio de la Haya– no es procedente.

Ciertamente, quien incumple merece una sanción, pero en este caso, no la que estimaron Primera y Segunda instancia. La modificación del régimen de custodia en aplicación del art. 776.3 LEC, es ya de por sí una tropelía que solo encuentra justificación cuando el cambio se hace en interés del menor. El principal problema con el que nos encontramos en la práctica es que la “sanción” al incumplidor conlleva una “imposición” al menor que no siempre es deseable. Téngase en cuenta que el hijo sufriría un completo desgarramiento respecto a las esferas esenciales de su persona: en la afectiva, por el vínculo que le une a su madre, en la cultural y formativa respecto de su lugar de residencia, y en la social y de relación por el contexto en el que está inmerso.

Sin duda, el interés del menor, tanto por la Primera Instancia como por la Audiencia, había sido supeditado al interés del progenitor, que amparado en previsión normativa, antepone lo que constituye un derecho legítimo, la relación paterno-filial, al interés individual del pequeño.

Y reitero, el custodio incumple su deber de facilitar la relación y comunicación paterno filial, contraviniendo el propio art. 160 CC que consagra el derecho de relación con independencia del ejercicio de la patria potestad y del matrimonio. También contraviene el régimen especial contenido en los arts. 90 y 94 del Código civil que, instan a mantener y fomentar la mejor de las relaciones entre el menor y su progenitor no custodio para el mejor desarrollo de la personalidad del niño.

Ahora bien, este derecho, no puede anteponerse al interés del menor. Lo que no obsta para que subsista el deber del progenitor de velar por el menor (art. 110 CC) y el derecho a relacionarse con él (art. 160 CC), en el contexto propio de la titularidad de la patria potestad (art. 154 CC).

Dicho lo cual, cuando el menor no puede mantener este tipo de relación por incumplimiento no justificado del custodio, quebrando así la comunicación paterno-filial que posibilita su protección integral (art. 39 CE) y su interés legalmente protegido (art. 94 CC), hay que diferenciar **dos tipos de daños según quienes sean los sujetos perjudicados y los intereses jurídicamente protegidos:**

(i) Por un lado, el derecho a relacionarse con ambos progenitores, es un derecho de la personalidad del menor que está inmerso en la prevalencia de la defensa de los intereses del menor.

(ii) Por otro, el derecho del no custodio a comunicarse y visitar a su hijo, en definitiva a mantener una relación lo más fluida posible.

Por lo que el incumplimiento de la resolución judicial, además de frustrar el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, lesiona el derecho del progenitor no custodio. Como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en STC núm. 172, de 22 de diciembre de 2008, “Se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos”. Por lo que no puede quedar indemne respecto del incumplidor, y procede pues, el reproche de la conducta.

El **interés del menor** es, sin duda, relevante en este tipo de procesos. Y aunque no puede perderse de vista la necesidad de reprobar la conducta obstruccionista de la madre en cuanto al régimen de visitas, no puede prevalecer esta condena –el cambio de guarda y custodia– sobre los verdaderos intereses del menor. No puede el rigor normativo en el que pretende ampararse el padre “dañado” –facultad contemplada en el art. 776.3 LEC–, relativizar el interés superior del menor, al que la Observación General núm. 14 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas de febrero de 2013, sobre el derecho del niño, elevó a rango de principio, derecho y procedimiento, alcanzando el interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

En esta línea, y como también ha sido reiterado en múltiples ocasiones por nuestra jurisprudencia, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que ya contemplaba en su art. 2 esta idea rectora, ha sido objeto de modificación recientemente por LO 8/2015, **para garantizar que el interés superior del menor sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.**

No es baladí. Así, en el apartado II de la Exposición de motivos de la citada Ley 8/2015, afirma que para dotar de contenido al concepto mencionado, se

modifica el artículo 2 LOPJM incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Y lo define desde un contenido triple:

1. Por una parte, **es un derecho sustantivo** en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Es de aplicación directa y puede invocarse ante los tribunales.
2. Por otra, **es un principio general de carácter interpretativo**, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor.
3. Pero además, en último lugar, este principio **es una norma de procedimiento**, debiendo ponderarse los intereses del menor y con todas las garantías procesales.

Lo que confluye en una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. En definitiva, el interés del menor precede a cualquier otro, y el proceso debe orientarse a exigir el cumplimiento de las obligaciones para con el padre y a determinar la responsabilidad civil por los daños hasta ahora causados.

Al positivizarse el interés del menor, se constituye en fuente normativa inmediata, y constituye un parámetro de referencia para enjuiciar cualquier supuesto en el que exista cualquier otra pretensión, o conflicto de intereses. Es pues, criterio fundamental y excluyente.

5.4. Otras cautelas ante el incumplimiento

La desconfianza del legislador respecto del cumplimiento de las medidas adoptadas en las sentencias de separación o divorcio en cuanto al régimen de guarda y visitas, está justificada. Se manifiesta en la posibilidad contemplada en el art. 776.3 LEC de “sancionar” el incumplimiento mediante la sustitución o modificación del sistema vigente tras sentencia firme:

- (i) O bien en términos diferentes, ampliando o reduciendo el régimen de visitas –según a quién le sea atribuible el incumplimiento–.
- (ii) O bien modificando la titularidad de la custodia a favor del hasta entonces no custodio, ya sea en exclusiva, o por qué no, a favor de una custodia compartida, que adquiere completo amparo legal tras Ley 15/2015.

Sin embargo, el escollo principal tanto para la modificación de la custodia a favor de quien ha soportado incumplimientos, o bien para hacer una asignación de custodia compartida que posibilita el desarrollo de las relaciones paterno-filiales, es que tal cambio no siempre es posible. Y este es merecedor de otras consecuencias jurídicas, no necesariamente de la modificación contemplada por la Ley procesal.

Por ello, aunque ciertamente estemos en el contexto propio de la ejecución forzosa y el legislador ha querido facultar al juzgador a que modifique el régimen de guarda y visitas ante el incumplimiento reiterado de sus obligaciones, es imprescindible analizar si tal medida, respeta el principio de proporcionalidad que se exige de nuestros tribunales. Al respecto, y como ya estableció el Tribunal Constitucional (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7; STC 23/2014, de 13 de febrero) sobre dicho principio, es necesario que concurren tres condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (**juicio de idoneidad**); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (**juicio de necesidad**); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**)”. Precisamente, en esta última condición, lo que habrá de ponderarse es el interés prevalente del menor (en este sentido, la STS 485/2015, de 10 de septiembre).

Ciertamente, el art. 776.3 de la Ley procesal cumple una clara función disuasoria de cara a evitar incumplimientos, precisamente por prever la función sancionadora “contra” el progenitor incumplidor, que podrá ver sustancialmente modificado el régimen de guarda y visitas. Pero no cabe esta “sanción” en cualquier supuesto, como así ocurre en el ahora comentado, tanto en el momento presente como de futuro, si se mantienen iguales circunstancias. Aun así, el interés a la tutela judicial cede en los casos en los que existe un interés constitucionalmente prevalente. La decisión iría “contra el menor” que vería quebrar la estabilidad y el desarrollo de su personalidad.

Ahora bien, (i) se ha producido un perjuicio al progenitor no custodio, que es difícilmente reparable en términos económicos, (ii) y se ha quebrado la relación paterno-filial que no debería haberse interrumpido.

No le falta razón al demandante en su pretensión, pero los tribunales no pueden ampararla. Dicho esto, la relevancia jurídica del incumplimiento podrá producir otras consecuencias, aunque reitero, no la pretendida por el progenitor no custodio. Y no existe impedimento alguno para que el Tribunal apremie al ejecutado con la adopción de otras medidas de persistir en el incumplimiento, principalmente a considerar:

- La presentación de la correspondiente demanda ejecutiva por parte del progenitor que se ve privado de ejercer su derecho de visitas, apercibiendo al custodio de que en caso de persistir en el incumplimiento podrá serle impuesta una multa coercitiva (art. 776.2 LEC), o solicitando ya la imposición de dicha sanción pecuniaria. Esta, es práctica habitual, aunque a la imposición de multas son reticentes los tribunales.
- Si el ejecutado continuará con el incumplimiento de “hacer personalísimo”, conforme al título “proseguirá la ejecución para... la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal” (art. 709.3 LEC).
- Dentro del título XII “Delitos contra las relaciones familiares”, en el capítulo III, referente a los que atentan contra los derechos y deberes familiares, la sección 3ª, bajo el contexto del abandono de familia o menores, señala en el vigente art. 226 CP que, “El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses”. Castigando a quien deja de cumplir cualquiera de las obligaciones legales de asistencia inherentes a la patria potestad, que se ejercerá siempre en interés de los hijos (art. 154 CC).
- La adopción de otras medidas dirigidas al cumplimiento efectivo como es el apercibimiento de que puede incurrir en un delito de desobediencia a la resolución judicial. Esto es así de comprenderse la desobediencia al mandato judicial en el vigente art. 556 CP –tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal–, una vez que han desaparecido de dicho texto las faltas por el incumplimiento de obligaciones familiares y que estaban previstas en el art. 618.2 CP. En este paso, sería de aplicación el art. 116.1 CP: “Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno”.
- Por otro lado, empieza a vislumbrarse la posibilidad de la exigibilidad de responsabilidad civil por los daños causados al progenitor no custodio al amparo del art. 1902 del Código civil. Esta sí, con carácter resarcitorio de los daños y perjuicios causados, frente a la multa coercitiva, y al margen de cualquier comprensión por el Código penal. Existe un comportamiento, como mínimo culposo, un daño cierto, y la existencia de un nexo causal entre la conducta atribuible a la progenitora custodia y el daño ocasionado al progenitor, y también al menor.

5.5. *Sobre el voto particular en la Audiencia Provincial*

La sentencia de la Audiencia Provincial confirmó la de Primera Instancia. La relevancia de esta es que contiene un voto particular (Magistrado don Francisco Javier Valdés Garrido), que constituye la línea seguida a continuación por la Sentencia del Tribunal Supremo, y que ya advierte de que el cambio de medida respecto del régimen de custodia sería contrario a los intereses del niño. Como cuestiones relevantes, señala:

1. Que pese a incumplimiento absoluto de la madre del régimen establecido a favor del padre, no procede el cambio de vida del país de residencia, una vez que está “integrado en la vida del país de residencia”, pero tampoco es aconsejable, el cambio de convivencia, ya que “sería contrario a los intereses del niño, acostumbrado a vivir con su madre y cuya relación con el padre ha sido muy escasa”.

2. Que no se han agotado todos los medios disponibles para tratar de conseguir el cumplimiento del régimen de visitas, señalando, entre otras posibilidades menos traumáticas para el menor: la exigibilidad de responsabilidad penal a la progenitora incumplidora, la imposición de multas coercitivas, o los requerimientos de cooperación a las autoridades centrales conforme Convenio de La Haya.

El valor de este voto particular es tal, que el Tribunal Supremo asume como propio igual argumento. Asume en bloque, sin fisuras, que no se han tenido en cuenta que las decisiones relativas al menor, se encuentran supeditadas al interés superior del menor, adoptando en su propio texto igual razonamiento que dio el magistrado que se oponía a lo resuelto por ambas instancias: para el menor “supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce”. Valiente decisión la del Magistrado de la Audiencia que marcó el camino certero a la mejor de las decisiones posibles.

5.6. *Conclusión*

Con el respeto que procede a la decisión mayoritaria del Tribunal, hemos de admitir: (1) Que el derecho de relación evita que se rompan, por la falta de la conveniencia con el progenitor un custodio, los lazos de afecto que deben mediar entre padre e hijo (STS 7814/1992, de 19 de octubre de 1992); (2) Que el ejercicio de tal derecho exige una colaboración de ambos progenitores, que en este caso no existe por la “actitud obstruccionista de la madre al cumplimiento de visitas establecido a favor del padre” (voto particular Audiencia Provincial, FJ 1º); (3) Que el incumplimiento sistemático del deber de las obligaciones derivadas de dicho régimen de visitas, posibilita que el que se ve

privado del derecho inste la modificación del régimen de guarda y visitas (art. 776.3 LEC); (4) Que tal modificación solo podrá acordarse por el juzgador primando el interés del menor frente a cualquier otro (art. 2.2 LOPJM).

No obstante, siendo acertado en su resolución, habría sido conveniente hacer alusión al resto de vías de las que dispone el progenitor no custodio, no solo para poner de manifiesto las múltiples medidas que le ofrece el ordenamiento en su conjunto (además de las mencionadas con ocasión del voto particular del Magistrado Don Francisco Javier Valdés Garrido en la sentencia de la Audiencia –imposición de multas coercitivas, requerimientos de cooperación a las autoridades centrales en el contexto del Convenio de La Haya, o la responsabilidad penal a la progenitora–, también **la exigibilidad de responsabilidad civil por los daños causados al progenitor no custodio**); sino también, bajo advertencia judicial, apereibir a la progenitora que ostenta la custodia y actúa indebidamente en cuanto a las visitas, que la reiteración en el incumplimiento de sus obligaciones, podrá ser objeto de sanción por cualquiera de esas vías, en aras de depurar las responsabilidades civiles y penales.

Para este caso, y para cualquier otro en el que deba ponderarse la individualización del interés del menor, teniendo en cuenta todas las circunstancias que redunden en su beneficio, se debió concluir: por un lado, que los criterios evaluados, aconsejaron la asignación de la custodia a favor de la madre al tiempo de la ruptura de los progenitores; por otro, que iguales criterios desaconsejaron el cambio de custodia (mientras el menor sigue residiendo fuera de su país de origen, plenamente integrado en la vida formativa y social de la que forma parte, y con una relación afectiva plena con su progenitora); y, finalmente, hay que admitir que no cabría tampoco apereibir a la progenitora de que en caso de persistir en el incumplimiento podrá aplicarse el art. 776.3 LEC. El mantenimiento de tales circunstancias desaconseja la modificación.

En definitiva, la pretensión del no custodio debería ir en la línea del restablecer el derecho, y exigir por los daños causados, las indemnizaciones a que hubiere lugar por haber lesionado gravemente la relación paterno-filial.

6. Bibliografía utilizada

- ACUÑA SAN MARTÍN, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, 2015.
- DE LA IGLESIA MONJE, «Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. Su evolución en los Tribunales de Justicia» *Diario La Ley*, N° 8395, de 9 de octubre de 2014.
- «Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés» *Diario La Ley*, N° 8590, de 24 de julio de 2015.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (2005), Comentarios del artículo 92 del Código civil en Vicente Guilarte (Director), Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio, Lex Nova, Valladolid.

— La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial. Indret, 2/2008, abril, 2008 http://www.indret.com/pdf/537_es.pdf

MUÑOZ GARCÍA, “Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia: mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme” *Diario La Ley*, N° 8342, de 27 de junio 2014.

— Protección a la infancia: prioridad y unificación normativa, en <http://hayderecho.com/2014/05/09/proteccion-a-la-infancia-prioridad-y-unificacion-normativa/>, 9 de mayo de 2014.

RIVERO HERNÁNDEZ, El interés del menor, Dykinson, 2007.

YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, 2015.