

**LOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS
SENTENCIAS EN EL DERECHO DE
FAMILIA**

**CAUSAS Y CONSECUENCIAS. Pasos a
dar: ¿Cambio de custodia? ¿Cuándo?
¿Cómo?**

III Simposium sobre Guarda y Custodia de los hijos
“Jueces-Padres, Padres-Hijos, Hijos-Jueces”
(6 y 7 de noviembre de 2008)

María Rosa Rubio Ramos
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Las Palmas

*“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad,
necesita amor y comprensión”*

Principio Sexto de la Declaración Universal de los Derechos del Niño

1. INTRODUCCIÓN

Son muchas y variadas las **definiciones** que se han dado del **Derecho de Familia**. El profesor FERRARA lo definía como el complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto a los terceros. Es decir, **constituye el objeto del Derecho de Familia todo lo relativo a las relaciones familiares, alimentos, matrimonio, régimen económico-matrimonial, filiación, relaciones paterno-filiales e instituciones tutelares**. Se configura de este modo todo un elenco de normas jurídicas de carácter **imperativo e indisponible**, en el que la regulación de las distintas instituciones –más allá que como derechos- se configura desde la perspectiva de **función**, en aras de la máxima y permanente protección al menor, que ha de ser el interés preeminente en todo momento más allá del de sus progenitores, guardadores o cuidadores.

De dicho carácter imperativo y de la indisponibilidad de las normas reguladoras del Derecho de Familia y del concepto de función a que han de atender las distintas instituciones dirigidas a los menores, derivan varias y serias consecuencias cuando se incumplen tales normas

o cuando se hace lo propio respecto del fallo de las sentencias que aplican las mismas.

2. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Establece el **artículo 170 del Código Civil** que el padre o la madre “*podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*”.

Interesa destacar del mencionado precepto la privación de la patria potestad en **sentencia fundada en incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad**. Es la causa más habitual, los motivos son variados, aunque la causa más invocada es la falta de cumplimiento de las obligaciones económicas. El Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de marzo de 1998 consideró motivo determinante para tal privación la falta de preocupación del padre que no veló por su hija desde su nacimiento en 1988 hasta 1991, período durante el cual no satisfizo ninguna cantidad para su sustento, salvo cuando fue obligado judicialmente a ello. En otras ocasiones, sin embargo, la jurisprudencia – manteniendo efectivamente que la privación de la patria potestad solo puede acordarse por la concurrencia de una causa de notoria gravedad de la que se deriven graves perjuicios para el menor- ha considerado la falta de asistencia económica y el incumplimiento del régimen de visitas

como mera consecuencia de la negativa vivencia y desarrollo de la crisis entre los progenitores, sin haber adoptado las medidas tendentes al cumplimiento forzoso de las obligaciones que atañen a ambos progenitores, a excepción de la denuncia por abandono económico de la familia, que ya fue denunciada ante la Jurisdicción penal y obtuvo su condena correspondiente, sin que de ello deba derivarse una doble sanción si el padre no continúa en la reiteración de tales incumplimientos.

3. ¿QUÉ HACER CUANDO SE INCUMPLEN LAS SENTENCIAS DEL DERECHO DE FAMILIA?

El **artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** remite con carácter general al Libro III la **ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas**, pero con ciertas **especialidades**. Así,

- **Al cónyuge o progenitor que incumpla de modo reiterado las obligaciones de pago de cantidad que pesen sobre él**, podrán imponérsele multas coercitivas, sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas.

- Cuando se trate del **incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo**, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario que dispone el artículo 709 de

la Ley procedimental y podrán mantenerse todo el tiempo que sea necesario –más allá del año- las multas coercitivas mensuales.

-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 del régimen de guarda y visitas**.

Como norma general, la sentencia atribuye la guarda y custodia de los hijos menores a uno de los progenitores y establece un régimen de visitas, comunicación y estancias a favor del otro. Con ello se persigue el mantenimiento de la relación del menor con el progenitor no custodio, pues es necesario para asegurar el correcto desarrollo de su personalidad. Ahora bien, sucede con cierta habitualidad que el progenitor custodio dificulta el ejercicio de las funciones del no custodio hasta llegar incluso a impedir cualquier contacto entre ambos. Puede suceder así, que el progenitor custodio se niegue a entregar al menor al no custodio cuando al mismo le corresponde cumplir con su régimen de visitas, o que induzca en aquel rechazo hacia éste. Es decir, el régimen de visitas no se establece solo para que lo cumpla el progenitor no custodio, sino también para que quien asume la guarda y custodia del hijo o hijos menores posibilite los contactos que conforman tal régimen.

En estos casos, tal y como dispone el precepto antes transcrito en su apartado tercero, el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por cualquiera de ambos progenitores, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas. En tal sentido, la jurisprudencia nos ofrece varias y diversas soluciones,

basadas todas ellas en el interés del menor. En ocasiones, se ha optado por modificar la custodia del menor y atribuirla al no custodio hasta entonces, pues el incumplimiento reiterado del régimen de visitas es perjudicial para el menor que se ve obligado a crecer privado de uno de sus progenitores por voluntad del otro y que puede llegar a rechazarlo. En otras, sin embargo, se ha optado por dar un régimen de visitas más amplio, y en otras no ha variado la situación, pese a reconocer la existencia del incumplimiento reiterado, en aras del superior interés del menor por las dificultades que entrañaba en el caso concreto el cambio de custodia.

Sea cual fuere la solución que se dé, se habrá de dar previa audiencia al menor que tenga juicio bastante o que sea mayor de doce años y recabarse el informe psico-social, a fin de poder determinar cuál sea la opción más beneficiosa para el menor.

Es sumamente interesante, consultada la jurisprudencia, la **Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2005, de 17 de enero**. En la misma se declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de un padre a quien se denegó en apelación la guarda y custodia de su hijo menor que había sido decretada en la instancia por incumplir la madre el régimen de visitas sin razón alguna.

En Auto de 28 de diciembre de 2001 dictado por el Juez de Primera Instancia número 1 de Santa Cruz de la Palma en incidente de ejecución, promovido por el progenitor no custodio como consecuencia de reiterados incumplimientos en el régimen de visitas

por parte de la progenitora custodia, se acordó atribuir al demandante la guarda y custodia del hijo mientras se disponía un régimen de visitas para la madre.

Estos fueron los argumentos de la referida resolución: en el mes de agosto de 2001 se tomó conocimiento por el Juzgado de los importantes problemas que estaba planteando el régimen de visitas acordado en sentencia a favor del padre. A mediados de dicho mes, éste comunicó al Juzgado que hacía mes y medio que no veía a su hijo. La madre argumento que era el niño quien no quería ver al padre, pues por ella no había oposición alguna al cumplimiento del régimen establecido. Se entregó al menor a su padre para hacer efectivo el régimen de visitas, pero en septiembre el padre compareció de nuevo judicialmente ante nuevos incumplimientos de la madre, que fue requerida por el Juez. No obstante ello, la madre continuó incumpliendo el régimen de visitas y dicho extremo fue denunciado una vez más por el padre, en el mes de noviembre, lo que dio lugar a una vista en la que el Juez informó a la madre que ella era la responsable del cumplimiento del régimen de visitas, de suerte que cualquier incumplimiento sería sancionado mediante la imposición de multas coercitivas, pudiendo incluso modificarse el régimen de continuar el incumplimiento por su parte. El Juez acordó oficial a la Policía Local del domicilio de la madre a fin de quedar informado de cuantos problemas les hagan llegar los dos progenitores en el cumplimiento del régimen de visitas impuesto una vez comprobaran lo que estaba sucediendo realmente. Los problemas se repiten y la Policía Local deja la debida constancia ante la autoridad judicial. En el mes de diciembre, se convoca a las partes a una vista a efectos de proceder, conforme con lo dispuesto en el artículo 776.3 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la posible modificación del régimen de guarda, una vez que había sido recibido informe de la psicóloga de los Servicios Sociales del Ayuntamiento del domicilio de la madre sobre la situación del menor y las posibles causas de las dificultades del cumplimiento del régimen acordado, punto este crucial en tanto en cuanto la madre alega que la única razón del incumplimiento es la negativa del menor a ir con su padre. En dicho informe se aclara que el menor no da ninguna explicación de por qué no quiere ir con su padre, lo que no es razonable máxime cuando la psicóloga refiere que la relación del niño con su padre es buena, así como con sus dos hermanos mayores. Es decir, el informe descarta que la negativa del menor a estar con su padre obedezca a una causa objetiva o razonable y apunta como única causa posible del comportamiento del niño a la existencia de influencias externas: que al niño se le haya enseñado que debe negarse a ir con su padre o que se haya influido sobre él en ese sentido. No aparece motivo alguno para la mala relación entre el padre y el hijo y cuando éste desconecta de la situación por la que se le pregunta, ya sea dibujando o hablando de lo que le gusta o desea hacer, su padre siempre aparece a su lado. Por todo ello, se concluye que la influencia en el niño solo puede ser realizada por la madre, titular de la guarda, o dentro de su ámbito, del que ella es responsable. Es ella quien impide la relación del niño con su padre y con sus hermanos. El niño ha llegado a creer que si se pone enfermo ni su padre ni sus hermanos le darán medicamentos o que la subsistencia de la madre dependa de que él permanezca con ella. Tanto los peritos como los hermanos coinciden en que el menor está bien con su padre. Por todo ello, el Ministerio Fiscal interesó –y el Juez acordó- la

modificación del régimen de la guarda para atribuírsela al padre, a la vez que se concedía un régimen de visitas a la madre.

Presentado el correspondiente recurso de apelación por la madre del menor contra la resolución recaída en primera instancia, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó íntegramente dicha resolución y mantuvo las medidas acordadas en la sentencia de divorcio de 23 de noviembre de 2000.

El razonamiento de la Audiencia Provincial queda basado en la inexistencia de razones que justifiquen la modificación del régimen de custodia al no haber sobrevenido nuevas circunstancias que así lo aconsejen o determinen una medida de tal trascendencia para la vida del menor, debiendo haberse adoptado por el Juzgado cuantas medidas fueran necesarias para garantizar su ejecución, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Máximo Intérprete de la Constitución, para determinar si se vulneró o no el derecho a la tutela judicial efectiva del padre del menor en la resolución dictada por la Audiencia Provincial, tras hacer un repaso jurisprudencial sobre dicho derecho fundamental, decide que se trata de determinar si tal resolución permite o no tomar cabal conocimiento de las razones por las que se estimó incorrecta la resolución apelada. Así, indica el Tribunal Constitucional que la necesidad de hacer explícitas las razones que conducen a un determinado fallo se hace más patente cuando la resolución de la segunda instancia corrige la resolución apelada, pues mientras que, para la confirmación del criterio del órgano *a quo*, puede ser suficiente razonar la falta de disenso con su criterio, para la revocación de

toda resolución es preciso expresar con toda claridad, aun cuando sea brevemente, las razones que conducen a ello. En el caso concreto, el Juez de la primera instancia dejó clara las razones que le llevaron a la modificación del régimen de custodia previamente establecido en la sentencia de divorcio: las sucesivas quejas del demandante, los requerimientos judiciales dirigidos a la madre para que no obstaculizara el cumplimiento del régimen de visitas, la celebración de vista en la que se advirtió a la madre de la posible imposición de multas coercitivas e incluso de la modificación del régimen de custodia, los informes de la Policía Local, el reconocimiento psicológico. El Juez califica tales incidencias como incumplimiento por parte de la madre de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, lo cual impedía, además del contacto regular con el padre, el contacto con los hermanos. Se constata, además, que la madre favoreció la culpabilización del menor haciéndole creer que su subsistencia económica dependía de su permanencia con ella.

El Tribunal Constitucional colige que se está ante una resolución judicial basada en la constatación de ciertos hechos y en la ineficacia de las medidas judiciales acordadas, y valora todas estas circunstancias como justificativas del cambio de custodia en beneficio del trato con el padre y los hermanos. Por el contrario, la Audiencia Provincial, a pesar de reconocer las facultades del Juez para acordar lo mejor para el menor sin sujeción al principio dispositivo, se limita a decir que no concurren razones que justifiquen la modificación del régimen de guarda y custodia por no haber sobrevenido nuevas circunstancias más allá de la adopción por el Juzgado de cuantas medidas sean necesarias para su ejecución de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Concluye el Alto Tribunal que no resulta constitucionalmente admisible que, una vez que el Juez de Primera Instancia, explicitara los hechos ya relacionados, la Audiencia Provincial los ignore afirmando que no han concurrido circunstancias nuevas que determinen la modificación del régimen, sin que ello venga precedido de una diferente apreciación de las circunstancias tenidas en cuenta por el Juez *a quo* o de su valoración jurídica. La genérica referencia a la necesidad de agotar los medios que permite la normativa procedimental para agotar los medios de la ejecución forzosa no supera tampoco la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales, pues la de instancia ya expresaba toda la actividad desplegada a tal fin: el cumplimiento espontáneo, la multa coercitiva y la modificación del régimen de custodia como medida prevista expresamente en la Ley en los supuestos de incumplimientos reiterados, como lo es el analizado. Frente a ello, la Audiencia ni concretó qué tipo de medidas resultarían más adecuadas ni razonó el motivo por el que la acordada se revelaba como inadecuada para los intereses del menor.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional resolvió otorgar el amparo parcialmente al demandante y declarar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo quedar restablecido en su integridad mediante la anulación del Auto de la Audiencia Provincial de 23 de septiembre de 2002 y retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento anterior a su dictado para que por dicho órgano judicial se pronuncie nueva resolución respetuosa con el derecho invocado.

El interés del menor como guía determina –tal y como se ha dicho antes- que, a pesar de los incumplimientos reiterados por el progenitor custodio, no se acuerde la modificación del régimen de guarda y custodia sino un régimen de visitas más amplio. Es el caso de la **Sentencia del Tribunal Supremo 215/2003, de 15 de abril**, que confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria que considera que el incumplimiento reiterado del progenitor guardador de las obligaciones derivadas del régimen de visitas instaurado justifica que, en interés del menor y con la finalidad de consolidar la relación del padre con su hija, se modifique el régimen de visitas mediante su ampliación. El Tribunal Supremo constata la existencia de un tortuoso procedimiento judicial en el que desde el principio la madre demostró un claro propósito incumplidor, un incumplimiento que, a juicio del mismo Tribunal Supremo, era merecedor de una sanción más rigurosa que la impuesta por el Juzgador, la cual fue adoptada únicamente en interés del menor y con la finalidad de consolidar de modo progresivo la relación del padre con la menor.

4. EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL COMO CAUSA DE PRIVACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR

Íntimamente relacionado con lo el incumplimiento reiterado del régimen de visitas, se encuentra el denominado síndrome de alienación

parental, que puede dar lugar también, en aras de lo dispuesto en el tantas veces señalado artículo 776 de la Ley riuaria civil, a la modificación del régimen de guarda y custodia a favor del progenitor no guardador ante la actitud del otro progenitor. Cabe destacar aquí la tan conocida **Sentencia de Divorcio del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007**. En los hechos quedó de manifiesto la falta de contacto de la hija con el padre a pesar de los acuerdos existentes desde el proceso previo a la separación debido al incumplimiento reiterado del régimen de visitas por parte de la madre custodia. Dicha resolución atribuye –como ya se había hecho en el auto de medidas provisionales- la custodia al padre y prohíbe las comunicaciones tanto con la madre como con la familia materna. Con ello, la Juez concluye que el mero incumplimiento del régimen de visitas era de por sí causa legal bastante para atribuir la custodia al padre. Pero, además, consideró que la menor sufría el SAP y como mejor medida para solucionarlo decretó la transferencia de la custodia en lugar de suspender las visitas con el padre hasta que desapareciera la fobia, tal y como aconsejaban algunos peritos.

Se destaca esta resolución judicial por ser **la primera vez que se realiza un estudio tan exhaustivo del SAP por parte de un Juez**. Con posterioridad han sido varias las sentencias dictadas en uno y otro sentido, recogiendo igualmente, como se decía en el apartado anterior, que, a pesar del incumplimiento reiterado por el progenitor guardador y de la mala influencia para el menor en orden a la relación de éste con el otro progenitor, el supremo interés del menor determine que no deba modificarse un régimen de guarda y custodia que efectivamente debía modificarse.

5. A MODO DE CONCLUSIONES

En definitiva, si, como ocurre en más de una ocasión, no se respetan los derechos del menor por los adultos que han de velar por ellos, si se prescinde de su interés superior en los procedimientos en los que se toman decisiones que han de condicionar su futuro, si los plazos en la toma de tales decisiones son tan dilatados que los hacen aparecer finalmente faltos de contenido, si cuando se ha obtenido una resolución definitiva no se ejecuta o si se vulneran cualesquiera otros derechos fundamentales del menor, ¿qué queda más allá de la preponderancia del interés de los adultos que en el mejor de los casos y pretendiendo atender al interés del menor no logran superar sus propias convicciones?.

Para evitar caer en el desaliento, no debe olvidarse nunca que en todos estos procedimientos solo hay una luz, la del superior interés del menor, y que dicha luz solo puede verse y mantenerse atendiendo a criterios objetivos en la determinación de lo que haya de entenderse por el interés del menor, debiendo en cada proceso en que entre en juego el mismo atender a todos los testimonios y documentos que puedan ayudar al intérprete y aplicador del Derecho a conocer la verdadera situación del menor y su futuro.

Ciertamente, dicha tarea, que parece difícil, no lo será tanto si se invierten buenas dosis de sentido común y se tiene en cuenta siempre

que todo es mucho más sencillo de lo que a los adultos nos parece. Como decía José Manuel Aguilar¹, “*con la naturalidad que da la ausencia de rencor, las ideas preconcebidas y presiones sociales, un día una niña se acerca a ti y te explica, con una sonrisa en los labios, que tiene dos casas y que en cada una de ellas tiene juguetes, que en cada una de ellas tiene un papá y una mamá, aunque sabe que sólo unos de ellos es su papá y su mamá de verdad, que en cada una de ellas la quieren, y que el próximo viernes su papá la llevará a jugar a casa de los abuelos, que son los papás de su papá*”. Ese día comprenderemos que la salvaguarda del superior interés del menor no solo es necesaria sino posible.

¹ “SAP. Síndrome de alineación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro”. Editorial Almuzara. 2004.