

LA INDIFERENCIA JUDICIAL ANTE LA DIFERENCIA DE SER MADRE O SER PADRE: OTRA FORMA ENCUBIERTA DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES.

En particular, el derecho del padre a relacionarse con su hijo e hija como negador del deseo de lactancia de la madre y su criatura, desde la implacable aplicación judicial del principio de igualdad o unidad de sexos (periodo 2007-2013).

Francesca Llodrà Grimalt
Profa. titular de Derecho civil
Universidad de les Illes Balears

A en Joan David,
“El que ens queda per fer
ho hem de fer entre el dos
amb la unitat de paraules i acords”.
(Feliu Ventura)

Índice de contenido: I. JUSTIFICACION PERSONAL DEL EJERCICIO.- II. PUNTO DE PARTIDA NORMATIVO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES TRATADAS: EL CONFLICTO DESDE LA MEDIACIÓN DE LA FUERZA.- III. EL DERECHO FEMENINO QUE OCULTA LA REGULACIÓN, DE ESTE CONFLICTO, HECHA DESDE LA MEDIACIÓN DE LA FUERZA.- **1. VIOLENCIA ENCUBIERTA CONTRA LAS MUJERES.-** **2. EL RECURSO ARGUMENTAL A LOS DERECHOS INDIVIDUALES.-** **3. NO SE ACEPTA LA LACTANCIA NATURAL COMO EXPRESIÓN DE DESMESURA DE LA MUJER, SINO COMO UN DESEO SIN JUSTIFICACIÓN A MODO DE MERO CAPRICHIO.-** **4. LA NEGACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO DEL PLUS FEMENINO DE LA MATERNIDAD.-** 4.1 Estrategias para negar a la madre: los términos de la ley, máxima expresión de la ley del padre.- 4.2. Estrategias para negar la madre: Pensar que la autonomía de la criatura entra en conflicto con la dependencia del vínculo materno.- **5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD UTILIZADO PARA NEGAR LA LIBERTAD DE LA DIFERENCIA.-** IV. APUNTE FINAL

I. JUSTIFICACION PERSONAL DEL EJERCICIO

Parto del periodo 2007 al 2013, para imaginar la vivencia de estos años si hubiera decidido no convivir con el padre de mis hijo e hijas o si la relación entre nosotros no hubiera sido posible.

Desde junio de 2007 a agosto de 2009 di lactancia diaria y a demanda a mi hijo. A partir de esa fecha, por deseo propio, y no de mi hijo que hubiera continuado igual, y hasta agosto de 2012 de manera más espaciada, puntual en función de las contingencias que él iba viviendo. Desde marzo de 2010 a junio de 2013 di lactancia continua y a demanda a mi hija y, espaciada, y cada vez más esporádica, a partir de esa fecha, por deseo propio, no de ella que continuaría a demanda suya. Ahora, en septiembre de 2013, me encuentro en las veinte semanas de mi tercer embarazo y pienso este ejercicio de escritura como un escribir mi experiencia, sin que sea la mía.

Estos años han sido cruciales para mi porque han sido los de mis maternidades y lactancia, algo que no he vivido como un periodo, ni como un interés propio, ni una circunstancia, ni como un derecho, ni como un deber, ni como el contenido de algo, lo he vivido, sin más, porque salía de mi cuerpo, como la dependencia física y emocional hacia mi hijo e hija, sin palabras que se me sirvan para traducir en texto mi vivencia.

Parto de mi vivencia como madre y el sentimiento de dependencia hacia la criatura que yo he tenido en los primeros años de su infancia. Según mi experiencia y punto de vista, diría que los 6 o 7 años son un punto de cambio en la infancia. Al menos para mí, a partir de esa edad, puedo aceptar la separación durante un día o dos de mis hijo e hijas, siempre que tenga la certeza de su bienestar y de la capacidad de quien lo tenga bajo su cuidado en mi ausencia.

Esa dependencia desde el nacimiento a este momento de vida infantil de la criatura, en mi caso, ha tenido leves grados. La dependencia fue absoluta durante todo el periodo en que di lactancia materna. Periodo, que lejos de reglas y normas, debe durar el tiempo que la madre y su criatura deseen. Realmente es el deseo de la criatura lo que fija la duración total de ese periodo de lactancia, aunque no toda madre puede ni quiere someterse a él, por esto, el deseo digo que también es de la madre.

Me planteo, tras la lectura de tantas resoluciones que me dicen cosas sobre la vida de otras mujeres, madres como yo, en fechas similares, como hubieran mis hijo e hijas y yo vivido el deseo de lactar ("*quan el desig no pot ser acollit el cos i l'ànima emmalalteixen i fins i tot aquesta pot embogir*"¹) si no se hubiera dado la convivencia pacífica o la relación con el padre de mis hijo e hijas puesto que, el reconocimiento de un acontecer natural, de una crianza consciente y que fluye sin reglas, no es reconocido, en general, por el Derecho de familia.

Como regla general, el Derecho (art. 156 Código civil español -Cc) dice que la titularidad de la patria potestad sobre los hij@s es compartida, por ley, por los progenitores; pero, cuando éstos no conviven, los actos de ejercicio de ese poder de titularidad conjunta (especialmente, la llamada guarda y custodia) los lleva a cabo el progenitor con quien el hij@ convive, mientras que el otro progenitor tiene un derecho de comunicación o visitas (a relacionarse) con el hij@, cuyo modo de ejercicio es pactado entre las partes o impuesto judicialmente.

A partir de ahí, mi objetivo es estudiar qué relevancia tiene, para los que imparten justicia, el hecho de que el/la menor sea lactante, a la hora de atribuir las funciones principales de la patria potestad (guarda y custodia) para observar que, en muchos casos, la imposición de la separación madre-hij@ para que el otro progenitor pueda satisfacer su derecho de tener al hij@ en su compañía (derecho de visitas), interfiere, impide y frustra el deseo de lactar, por considerarlo "desmesurado".

II. PUNTO DE PARTIDA NORMATIVO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES TRATADAS: EL CONFLICTO DESDE LA MEDIACIÓN DE LA FUERZA

Para poder utilizar, más adelante, únicamente, breves extractos de las resoluciones que he estudiado, sin dar antecedentes, empiezo ahora con una contextualización jurídica de la materia, para que se vea cómo contempla, regula y, o no, encierra la ley estas situaciones trascendentales en la vida de una mujer, en normas jurídicas.

La ley llama "sujetos a patria potestad" a los hijos e hijas no emancipados (art. 154 Cc) y dice que la patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades: "1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral".

Esta patria potestad (como titularidad y ejercicio) se ejerce, como regla general, conjuntamente, por ambos progenitores (art. 156 Cc); y se han de distribuir, entre el padre y la madre, las funciones inherentes a su ejercicio (que pasa a dividirse en guarda y custodia y derecho visitas, en caso de no convivencia) cuando los padres viven separados [art. 156 Cc: "Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del

¹ DUODA núm. 31-2006: "El cos de les dones, destorba la medicina científica?".

hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.]

En otro orden de cosas, la falta de convivencia entre los padres, cuando previamente habían estado casados, se regula, en el Código civil, estableciendo que se decretará judicialmente la separación (art. 81 Cc) o el divorcio (art. 86 Cc), cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio (art. 81, 1 Cc).

Siendo así, podemos decir que, en los casos de acuerdo entre los cónyuges, a la demanda, se acompañará una propuesta de convenio regulador (art. 90 Cc) el cual deberá contener, al menos, los siguientes extremos (el que aquí nos interesa): El cuidado de los hijos e hijas sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos e hijas con el progenitor que no viva habitualmente con ellos (arts. 156, 159 y 160 Cc).

Los acuerdos adoptados por las partes en este convenio regulador son aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos e hijas o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (art. 90 Cc); en cuyo caso, el juez determinará las medidas en relación con los hijos e hijas (art. 91 Cc).

Por otra parte, también dice el Código civil que se decretará judicialmente la separación (art. 81 Cc) o el divorcio (art. 86 Cc), cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. En este otro caso, hay desacuerdo entre padre y madre y, por ello, a la demanda, sólo se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación (y no, propiamente, un convenio regulador porque falta acuerdo entre las partes). Se entiende que cada parte presenta su propuesta y, en defecto de acuerdo, la sentencia determina las medidas que procedan (art. 91 Cc) en relación con (art. 103.1 Cc), a efectos de lo aquí me interesa: Determinar, en interés de los hijos e hijas, con cuál de los cónyuges han de quedar [guarda y custodia] los sujetos a la patria potestad de ambos y la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos e hijas podrá cumplir el deber de velar por éstos [derecho de visitas] y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía (art. 94 Cc).

Por esto, se concreta en la ley (art. 159 Cc) que, si padre y madre viven separados y no deciden de común acuerdo, el Juez dirá, siempre en beneficio de l@s hij@s, al cuidado de qué progenitor quedan l@s hij@s menores de edad, oyendo antes a l@s hij@s que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a l@s mayores de doce años.

Haciendo un salto en la exposición, termino este punto, recordando algo que, aunque ahora la ley lo oculte, es biológicamente insuperable y que inspiraba el anterior art. 159 Cc [en la redacción de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (anterior a la actual dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)] al establecer, como regla general, que, si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, “los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre”.

III. EL DERECHO FEMENINO QUE OCULTA LA REGULACIÓN, DE ESTE CONFLICTO, HECHA DESDE LA MEDIACIÓN DE LA FUERZA

Voy a buscar los principios generales o el espíritu de un derecho sexuado en esta materia a partir de, y contextualizándolo en, una serie de ideas estudiadas en este curso y en sus lecturas, las cuales han sido para mí muy reveladoras².

² Sobre esas ideas y las mujeres que las han pensado quiero decir lo mismo que Clara Jourdan (“Cuando el derecho se convierte en una barrera simbólica”. DUODA núm. 33-2007, p. 23 y nota 4) cuando cita a Luisa Muraro (en su ponencia “*Ritorno al regno di generazione*”): “Las hemos elegido para narrar nuestra búsqueda de libertad y de justicia en las peripecias de una condición marcada por una insuperable y fecunda asimetría: condición femenina que se hace paradigma de humanidad”.

He acotado temas a partir de pensamientos de las maestras de este curso que me sirven para evidenciar, en mi opinión, el "status quo" presente en la génesis de estas resoluciones, mayoritarias, en la materia que he elegido.

No sé si he hecho trampa porque he visto mi pensamiento y mi deseo respaldado en esas opiniones y pensamientos de otras, de forma que creo que se ha producido en mi ese fenómeno de reconocer autoridad a otra mujer, para así dármela a mi. No he tenido que convencer con mejores argumentos, sino que he usado argumentos de otras para darme la razón a mi misma. No sé si esto es "custodia" entre mujeres, o si es hacer trampas, puesto que, de alguna forma, he descontextualizado lo que he querido, porque he entendido que ya formaba parte de mi y de mi contexto, con lo cual, ya me servía para seguir con mi deseo.

Voy a destacar, en colores (que se corresponden con los colores de los 5 puntos seleccionados), las afirmaciones contenidas en las siguientes resoluciones judiciales que me han llevado a resumir lo que quiero decir en esos cinco puntos.

Mi finalidad es que con una lectura rápida se vea que, ciertamente, cabe extraer esas cinco conclusiones o ideas de la lectura de estas resoluciones y, por tanto, de la práctica judicial española en este punto.

El listado de resoluciones seleccionadas y cuyos extractos iré transcribiendo en los apartados posteriores es el siguiente:

1. Sentencia 5.02.2007 (SAP Cantabria, sección 2ª).
2. Sentencia 22.02.2007 (SAP Alicante, sección 4ª).
3. Sentencia 2.03.2007 (SAP Alicante, sección 9ª).
4. Sentencia 10.07.2007 (SAP Murcia, sección 5ª).
5. Sentencia 25.07.2007 (SAP Asturias, sección 5ª).
6. Sentencia 18.09.2007 (SAP Zaragoza, sección 2ª).
7. Sentencia 11.12.2007 (SAP Huesca, sección 1).
8. Auto 20.10.2008 (SAP Toledo, sección 1ª).
9. Sentencia 27.10.2008 (AP Las Palmas, sección 3).
10. Sentencia 2.12.2008 (SAP Zaragoza, sección 2ª).
11. Sentencia de 27.01.2009 (AP Guipúzcoa, sección 2).
12. Sentencia 29.01.2009 (AP León, sección 1).
13. Sentencia 2.2.2009 (AP Barcelona, sección 18ª).
14. Sentencia 2.4.2009 (AP León, sección 2ª).
15. Sentencia 25.05.2009 (AP Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª).
16. Sentencia 15.07.2009 (AP Salamanca, sección 1).
17. Sentencia 15.07.2009 (AP León, sección 1).
18. Sentencia 2.09.2009 (AP Cádiz, sección 5).
19. Sentencia 29.10.2009 (AP Barcelona, sección 12ª).
20. Sentencia 27.11.2009 (AP Madrid, sección 22ª).
21. Sentencia 20.01.2010 (AP Málaga, sección 6ª).
22. Sentencia 21.01.2010 (AP Alicante, sección 4ª).
23. Sentencia 19.02.2010 (AP Madrid, sección 24ª).
24. Sentencia 22.02.2010 (AP Albacete, sección 1ª).
25. Sentencia 10.03.2010 (AP Málaga).
26. Sentencia 14.05.2010 (AP Barcelona).
27. Sentencia 23.07.2010 (AP Zaragoza, sección 2).
28. Sentencia 1.09.2010 (Juzgado 1ª Instancia de Sevilla núm. 7).

29. Sentencia 23.09.2010 (AP Pontevedra, sección 6).
30. Sentencia 15.10.2010 (AP Madrid, sección 22).
31. Sentencia 2.11.2010 (AP Illes Balears, sección 4).
32. Sentencia 12.11.2010 (AP Navarra, sección 2).
33. Sentencia 1.12.2010 (AP Barcelona, sección 12ª).
34. Sentencia 20.12.2010 (AP Jaén, sección 3).
35. Sentencia 24.02.2011 (AP Alicante).
36. Sentencia 28.4.2011 (AP Palencia, sección 1ª).
37. Sentencia 6.05.2011 (AP Asturias).
38. Sentencia 18.07.2011 (AP Sevilla, sección 2ª).
39. Sentencia 6.09.2011 (AP Illes Balears, sección 4ª).
40. Sentencia 22.11.2011 (AP Illes Balears, sección 4ª).
41. Sentencia 16.01.2012 (AP Asturias, sección 4)
42. Sentencia 26.01.2012 (AP Cádiz, sección 5)
43. Sentencia 27.01.2012 (AP Granada, sección 5)
44. Sentencia de 1.02.2012 (AP Madrid, sección 24)
46. Sentencia 2.02.2012 (AP Murcia, sección 4)
47. Sentencia 9.02.2012 (AP Málaga, sección 6ª).
48. Sentencia 26.04.2012 (AP Barcelona, sección 18ª).
49. Sentencia 10.05.2012 (AP Asturias, sección 4)
50. Sentencia 8.06.2012 (AP Madrid, sección 22ª).
51. Sentencia 19.06.2012 (AP Alicante, sección 6ª)
52. Sentencia 26.06.2012 (AP Zaragoza, sección 2ª).
53. Sentencia 10.07.2012 (AP Madrid, sección 22ª).
54. Sentencia 2.10.2012 (AP Madrid, sección 22ª).
55. Sentencia 26.11.2012 (AP Islas Baleares, sección 4ª).
56. Sentencia 22.01.2013 (AP Zaragoza, sección 2ª).
57. Sentencia 28.02.2013 (AP Valladolid, sección 1ª).
58. Sentencia 31.05.2013 (AP A Coruña, sección 6ª).

1. VIOLENCIA ENCUBIERTA CONTRA LAS MUJERES

El primer tema que observo, en estas resoluciones judiciales, o el último, porque puede ser una conclusión, es que **se está produciendo una violencia judicial encubierta contra las mujeres**, en un país que ha alcanzado la democracia paritaria, la cual pone en peligro una y otra vez el sentido libre de la diferencia de ser mujer, en su capacidad de madre³, por la "instrumentalización del sentido de las relaciones de convivencia"⁴ que interfieren en la libertad femenina.

Creo que el tema concreto que abordan estas resoluciones sirve de ejemplo para interrogarnos sobre el sentido y papel simbólico del derecho, de la norma y de la legislación, en este contexto de vínculo entre las causas de violencia entre los sexos (como es la imposibilidad de la relación, no sentimental, sino humana, en estas resoluciones) y la

³ En el sentido que dice Anna Maria Piussi ("Exceso y libertad del cuerpo femenino". DUODA n. 31-2006) de que la maternidad "hoy corre riesgos como experiencia libre o, incluso, como experiencia femenina sin más" (p. 62).

⁴ Remei Arnaus y Elisa Varela, "La democracia igualitaria y la violencia contra las mujeres". DUODA, núm. 37-2009.

democracia igualitaria (es decir, los “mecanismos llamados “igualitarios”, que en gran medida están pensados y sostenidos a partir de un patrón masculino presentado como homologable para ambos sexos, sin tener presente el sentido de la diferencia libre de ser mujer”); que produce tanta violencia contra las mujeres, al convertirse, en gran medida, en formas que actúan “como barreras simbólicas que interceptan las relaciones verdaderas, que son las de confianza”⁵.

Yo creo que estas resoluciones que he seleccionado sirven para ver a qué lleva el hecho de tratar a la ley como un “fin en sí mismo y no una mediación de la política para evitar la violencia” y acaba siendo un “Derecho en el que no se puede confiar”⁶. **Creo que esta sensación de traición cuando una ha confiado en su verdad, en que es madre y ama por encima de todo a sus hijos e hijas, es la que habrán vivido las madres protagonistas de mis sentencias.**

El tema propuesto es, por esto, también, un ejemplo de que “la democracia representativa tenía que ser el reino de la igualdad y se ha convertido en el infierno de la competición desenfundada”⁷ porque aquí compiten hombre y mujer en un campo reservado al amor y a la intimidad⁸, que es la relación con los hijos e hijas.

Dicha competición se entiende con la siguiente reflexión Anna Maria Piusi⁹: “cuando se establece una falsa simetría entre masculino y femenino, estamos en presencia de nuevas fronteras de la contienda (de los nuevos desafíos del patriarcado agonizante: no es el último el desafío de sustituir el orden del nacimiento con la procreación biotecnológica, que modifica radicalmente la vivencia de la sexualidad, del nacimiento, de la relación entre los sexos, de las relaciones entre generaciones, y deja fuera de juego la primacía del cuerpo femenino sensible y de la relación materna como origen de la vida)”.

Esta competición supone forzar y desnaturalizar la expresión “tener derecho a”, “convirtiéndose entonces en una frontera simbólica entre quien tiene un derecho y aquello que desea o necesita”¹⁰.

1. Sentencia 5.02. 2007 (SAP Cantabria, sección 2ª). Ponente: Ignacio Mateos Espeso

“**No es la condición de mujer**, sin más, **lo que el Juzgador ha valorado** en su decisión, **sino los posicionamientos jurisprudenciales mayoritarios apoyados en consideraciones y juicios de conveniencia, pertenecientes al campo de la Psicología infantil y de la pediatría**, cuando como en este caso se trata de una menor, que sin ser lactante, apenas cuenta un año de edad. (...) la menor de once meses, presenta un estado sanitario y desarrollo correcto y que **su madre cumple escrupulosamente con los deberes derivados de los protocolos sanitarios ó médico-pediátricos.**

(...) La condición de ciudadana extranjera de la madre, con independencia de su situación administrativa, y de otras circunstancias pasadas o presentes, no pueden ser fundamento para privar a la madre de la guarda y custodia de su hija, **cuando se ha revelado capaz e incluso escrupulosa, en el ejercicio de las funciones inherentes a tal función** y, sin que ello suponga afirmar la falta de idoneidad del otro progenitor.”

⁵ Remei Arnaus y Elisa Varela, “La democracia igualitaria y la violencia contra las mujeres”. DUODA, núm. 37-2009.

⁶ Tema 2: “Un derecho en lengua corriente” de Laura Mora Cabello de Alba.

⁷ Luisa Muraro, “La igualdad entre los sexos, un espejismo o, mejor, una farsa”. DUODA, núm. 39-2010, pp. 93-97.

⁸ En el sentido de ver “la imposición de la violencia como mecanismo cimentador de las relaciones sociales que mas cuentan”, DUODA núm. 8-1995: “El derecho y la libertad femenina”.

⁹ “Exceso y libertad del cuerpo femenino”. DUODA n. 31-2006, p. 66.

¹⁰ Tema 2: “Un derecho en lengua corriente” de Laura Mora Cabello de Alba.

2. Sentencia 22.02.2007 (SAP Alicante, sección 4ª). Ponente: Manuel Benigno Flórez Menéndez

“Respecto del menor, Jesús, se aplicará el mismo régimen de visitas que el establecido para sus hermanas, si bien **sin pernocta mientras reciba lactancia materna**; debiendo realizarse la entrega de dicho menor para que pueda pernoctar con su madre, **mientras dure la lactancia materna** (...).”

3. Sentencia 2.03.2007 (SAP Alicante, sección 9ª). Ponente: Domingo Salvatierra Ossorio

“El artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989(...) establece que: 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con **ambos padres** de modo regular, salvo si ello es contrario al **interés superior del niño**. (...)

Además, los artículos 1, 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero 1996 sobre protección jurídica del menor establecen (...) **primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir**. Artículo 11. (...) Las Administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de **sus derechos**.

2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: (...) d) La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.

De la citada normativa se desprende la imposibilidad de negar el **derecho de los progenitores** a mantener relaciones con sus hijos de un modo regular, con la excepción de **que sea contrario al interés del niño** (...) sin que sea posible limitarse a la corta edad del hijo como obstáculo para que le hoy apelante pueda pernoctar con él, siendo necesario que se justifiquen las razones precisas por las que se considera que no es posible establecer un régimen de visitas normalizado y amplio que incluye dicha pernocta.

(...) las relaciones entre el padre y el hijo no han podido desarrollarse con normalidad por haberse producido la ruptura matrimonial cuando el hijo contaba con tan sólo 9 meses de edad, por lo que el régimen de visitas establecido supone la adecuada instauración de un programa que permitirá **el desenvolvimiento de lazos de afectividad entre padre e hijo que requieren** que desde una edad temprana el niño pueda pasar con él varios días pues en caso contrario **se corre el peligro** de que el niño se sienta siempre ajeno a la vida cotidiana de su padre. Si las relaciones de convivencia, más allá de la mera visita de unas horas, se instauran desde los tres años y, con mayor intensidad, **existirán mayores posibilidades de que la presencia paterna adquiera la importancia que debe tener en la educación y formación integral de la personalidad del menor**, y todo ello atendiendo siempre a que **los niños de corta edad precisan de un entorno estable**, de una rutina, de unos cuidados que sólo la madre les puede proporcionar.

(...) Javier tiene ya 2 años y seis meses, y del detenido análisis del conjunto de la prueba no existe ni un solo elemento que nos permita inferir que pernoctar con su padre pueda ir en contra del interés del menor, a sensu contrario, hemos de decir que **un padre está tan capacitado como una madre para cuidar de su hijo, en cualquier edad** -con la excepción del período de lactancia- y el interés del menor debe pasar por el establecimiento de un amplio, fluido y flexible régimen de visitas que **le permita disfrutar de ambos progenitores** (...).”

5. Sentencia 25.07.2007 (SAP Asturias, sección 5ª). Ponente: María José Pueyo Mateo

"Las precedentes alegaciones no desvirtúan a juicio de la Sala la pertinencia de las medidas que respecto a la menor acordó la juzgadora "a quo". Ciertamente como señala el T.S. en la sentencia de 30-4-91 "**las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar**, sirviéndola de asentamiento, pertenezcan a la **esfera del Derecho natural**, del que es, evidentemente, una consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre **padres e hijos**, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos".

Tampoco es acogible la objeción que al régimen establecido se plantea por la apelante en cuanto a la alteración de la alimentación o del horario de descanso de la niña, pues nada en autos permite colegir **que el padre no sea un progenitor responsable ni que desconozca los especiales cuidados y atenciones que exige un niño de tan corta edad, como es el caso de Marta. Y aunque la madre insiste en el tema de la lactancia y la incidencia de su interrupción cuando pase fines de semana con el padre es lo cierto que la edad actual de la menor, 18 meses, hace aunque no insólito sí poco frecuente tal práctica, teniendo en todo caso la lactancia materna a esa edad un carácter complementario.** En tal sentido la **Ley del Estatuto Básico de la Función Pública establece en el art. 48 como período de lactancia 1 año.** En todo caso, como declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 14-1-06 (...) que **la pretensión materna no atendía en su conjunto al interés o beneficio material o moral del menor**, ni permitía conciliar aquél con los **legítimos derechos de ambos progenitores** que aunque subordinada al interés prevalente de protección integral del hijo, debe ser también tenida en consideración. (...) el derecho de visitas en su vertiente de estancia y permanencia del hijo menor en compañía del progenitor no custodio, representa un derecho-deber subordinado al beneficio o interés superior de lograr la protección integral del menor, lo que permite que su ejercicio pueda moderarse o incluso frustrarse en función de los distintos factores concurrentes, entre los que adquiere especial significación la edad del menor, condiciones y capacitación del progenitor para atender a los hijos cuando se encuentren bajo su cuidado éstos. En el presente caso se reitera que la parte recurrente **no ha acreditado la inidoneidad** del padre para desempeñar sus funciones con la menor, ni tampoco que la edad de ésta haga inapropiado e inconveniente el régimen que se establece por la juzgadora "a quo".

Por lo que se refiere al tema de la intervención de los abuelos (...) derecho de éstos a mantener las relaciones naturales con su familia extensa, en especial con **los abuelos quienes, en la sociedad actual, desempeñan un importante papel de socialización respecto a sus nietos.** La relación entre los ascendientes y descendientes es de especial protección, de orden natural, consagrada en los textos internacionales sobre protección a la infancia como uno de los derechos fundamentales del menor (art. 8,1º de la Convención de los Derechos del Niño de 20-XI-89) (...). La STS de 23-11-99 ha destacado el derecho de los niños a mantener relaciones con su propio entorno familiar completo, por lo que únicamente razones plenamente justificadas pueden fundamentar la ruptura de tales relaciones".

Breve comentario:

Todos los argumentos a favor del patriarcado y la socialización del menor se consideran orden natural y derecho, mientras que el deseo de la madre es calificado de mera insistencia.

6. Sentencia 18.09.2007 (SAP Zaragoza, sección 2ª). Ponente: María Elia Mata Albert

“El menor acaba de cumplir el 8 de Junio dos años de edad (8 de Junio 2005). **Al parecer, (sólo constan los alegatos de la madre) todavía recibe lactancia materna**, sin que sea éste el lugar adecuado para poner en tela de juicio tal medida, beneficiosa en sí para el menor.

... Que el padre tenga que llevar al menor los sábados a que coma con la madre es un **inconveniente transitorio**, ya que cesará cuando **se interrumpa la lactancia materna**, por tanto, debe mantenerse lo estipulado por redundar en beneficio del niño.”

8. Auto 20.10.2008 (SAP Toledo, sección 1ª). Ponente: Gema Adoración Ocáriz Azaustre

“Alega la apelante que el menor tiene 9 meses y necesita cuidados y alimentación especiales como lactante que desconfía que el padre puede darle adecuadamente, y que la separación de la madre durante tantas horas puede serle perjudicial, así como que el primer fin de semana de cumplimiento **el estado del menor a su devolución a la madre era tal que hubo de ser llevado al hospital**.

El recurso no puede prosperar. ... el menor de 9 meses, ahora cercano a un año, **no consta que realice su alimentación por lactancia materna** y precise con ello el contacto físico con su madre para alimentarse ...

Así las cosas esta Sala debe señalar que conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica el régimen de visitas es una continuación o reanudación de la relación paterno filial "evitando la ruptura por falta de convivencia de **los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos**" (STS. 9.10.92), debiendo ser conciliados distintos intereses protegibles, como son el relativo al mantenimiento de la relación materno o paterno-filial -que se acrecienta y desarrolla a través del mutuo contacto-, **el derecho del menor a su desarrollo integral** -que se enriquece con dicho contacto-, y el derecho de ese cónyuge no conviviente a que no se ponga en peligro esa relación. Todo ello supone que deben constar **razones relevantes que aconsejen una limitación de lo que no solo es un derecho del padre sino también y fundamentalmente un derecho de su hijo**, y que justifiquen que el régimen de visitas no sea todo lo amplio que las circunstancias de todo orden permitan y en este caso no consta motivo alguno por el que la comunicación directa y contacto personal del padre con su hijo haya de restringirse tan relevantemente como pretende la apelante, no constando el mas mínimo indicio, mas que **subjetivas suspicacias de la madre**, de una inaptitud o desinterés del padre por el cuidado de su hijo”.

Breve comentario:

Que un hombre no puede dar lactancia no es una ineptitud o un desinterés es mucho más, es una incapacidad biológica, y esa circunstancia no es una suspicacia subjetiva de la madre, sino un deseo, y un derecho inherente a la sexualidad de una mujer.

11. Sentencia de 27.01.2009 (AP Guipúzcoa, sección 2). Ponente: Ane Maite Loyola Iriondo

“siendo la lactancia materna, en este momento y dada la edad del menor, **una opción de la madre** que actúa como complemento a la alimentación del niño (...) se estima procedente **priorizar, en este caso, el mantenimiento del vínculo con su padre** (...) de modo que **si la madre desea prolongar la lactancia materna deberá adoptar las medidas adecuadas para que dicha decisión no interfiera en la relación padre e hijo**, pues como se indica en la sentencia de instancia **la madre no puede prolongar la lactancia materna si con ello perjudica al padre y priva al niño de la posibilidad de conectar afectivamente con su padre** (...) sería aconsejable que éstas [las pernoctas] se realizaran lo antes posible a fin de que el menor no pierda contacto con

su padre en todos los ámbitos de su vida; si el período de lactancia se extiende mucho en el tiempo, **se podría plantear que la madre aportara la leche materna en biberones para que fuera el padre quien se la proporcionara al menor cuando le correspondiesen las visitas**".

Breve comentario:

Ésta es ejemplo de violencia extrema y ensañamiento con la madre que se abrió a compartir su maternidad con un hombre.

12. Sentencia 29.01.2009 (AP León, sección 1). Ponente: Ricardo Rodríguez López

"La edad del menor no justifica restricción alguna en la comunicación del padre con su hijo, salvo -quizá- **en supuestos de un menor recién nacido lactante o con algún factor de riesgo para su salud**. En los demás casos no hay razón alguna para que el menor no pueda pernoctar con cualquiera de sus padres si **ambos son aptos** para su cuidado. Y lo serán siempre que **no presenten alguna anomalía física o psíquica** o concurren en ellos alteraciones psicológicas o de comportamiento que revelen desatención para con el menor. Nos encontramos con un niño que ya ha cumplido los dos años, por lo que no es un bebé todavía inmaduro y **la compañía de cualquiera de sus padres es para él más beneficiosa que cualquier incomodidad que le pueda suponer el traslado domiciliario**. **No existe una lógica correspondencia entre el hecho de que la madre lleve al menor a una guardería durante buena parte de las horas del día y que no pueda pernoctar un día con su padre (...)**".

13. Sentencia 2.2.2009 (AP Barcelona, sección 18ª). Ponente: Ana María García Esquiús

"(...) según los médicos que habían explorado a la menor en todas las ocasiones anteriores esta presentaba un buen estado general, en todos los aspectos. Por ello habremos de pensar en la primera razón lógica y objetivable a la que podría atribuirse el estado de tristeza y apatía del bebé, un bebé que es apartado de su único referente, la figura materna, coincidiendo con la inmovilización derivada de la fractura. **La separación de la madre como posible origen de la tristeza y apatía no es valorado en el informe administrativo, pese a que en buena lógica debería tomarse en consideración y ser valorado como mínimo como coadyuvante a que se instaure un trastorno de ansiedad en el menor**. Existe abundante literatura, tanto a nivel médico como en el campo de la psicológica y psiquiatría infantiles, sobre las consecuencias de la separación traumática del menor de su entorno habitual y especialmente de la madre: **el menor apartado de su madre no comprende si esta separación ha sido o no en su beneficio, si la madre le ha dejado o no voluntariamente; el menor vive una situación de abandono real que le causa sufrimiento y este sufrimiento tendrá tantas formas de expresión como distintas son las naturalezas humanas** y lo que es más, incluso en aquellos casos en que ha existido un trato negligente por parte del padre o madre, también la separación es vivida dolorosamente por el menor. Cada menor expresa sus emociones de forma singular, algunos con una profundidad mayor de la que se les atribuye. **La interacción afectiva que mantenían madre e hija, incluso mediante la lactancia, se vio bruscamente interrumpida, lo que hubo de tener como consecuencia directa la aparición de una situación de ansiedad ante la pérdida de su único referente, la figura materna**. En este caso además, el vínculo afectivo madre e hija había de ser particularmente fuerte y profundo debido a la ausencia de otros familiares y a los antecedentes familiares de la madre que apenas tiene familia propia en su país de

origen por el prematuro fallecimiento de madre y hermano y que es razonable pensar que **se volcaba, quizás de forma demasiado intensa**, en su hija.”

Breve comentario:

En este caso se tiene en cuenta un cierto derecho sexuado aunque la argumentación es frente a la Administración para que retorne la custodia de una hija a la madre, no frente al padre.

14. Sentencia 2.4.2009 (AP León, sección 2ª). Ponente: Alberto Francisco Álvarez Rodríguez

“... la representación de la esposa critica que **no se haya tenido en cuenta la condición de lactante del niño** y por ello aboga porque se eliminen las pernoctas del régimen de visitas.

El **criterio preferente** en el momento de establecer un régimen de comunicación y de visitas entre un padre y un hijo no puede ser otro que el interés del menor, a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se ha de garantizar siempre. Este es el principio informador de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, que se consagra en el artículo 39.2 de la Constitución (...) y que tiene su reflejo en el artículo 92, párrafo segundo del Código Civil (...) que dispone que las medidas a adoptar en relación con los hijos del matrimonio lo habrán de ser desde la óptica de su beneficio, que no puede confundirse con el deber o interés de sus progenitores, o de alguno de ellos (...).

Ciertamente, sobre este particular la prueba, que el juzgador de la primera instancia analiza con sumo detalle, resulta contradictoria, pues en tanto el Pediatra D. Olegario y la Médica de Familia Doña. Marisol incidieron en la condición de lactante del niño, en **los beneficios de la lactancia y en las bondades de un régimen de visitas que se adapte a dicha circunstancias** y que pasa porque el niño pase las noches con la madre, en lo que de alguna manera vino a coincidir Doña. Elisa, Pediatra de la Seguridad Social y que como queda dicho, atendió al niño hasta los nueve meses de edad y que, desde su experiencia y evidente objetividad, resaltó la importancia de la lactancia materna (los seis primeros meses, si es posible, sólo leche materna y desde los seis meses hasta los tres años lo que se pueda) y mostró su preocupación por el sufrimiento de los niños pequeños en los casos de movilidad de un progenitor a otro y de un domicilio a otro, clamando por un necesario entendimiento entre ellos para hacerle más fáciles al niño las separaciones de su madre y las necesarias visitas de sus padres.

Por el contrario, el Equipo Psicosocial y muy en particular la Psicóloga Sra. Sacramento que en la vista tuvo una intervención más activa, **no dudó en aconsejar la frecuencia de las visitas y las pernoctas con el padre**. Y en la misma línea D. Justino, **Pediatra (...)** **desbordó conocimiento y ponderación**, tras contestar que en España la lactancia se prolonga, de media, 3,20 meses y resaltar que en los seis primeros meses es muy importante y que es aceptable que la lactancia materna pueda ser prolongada y que comparte que lo sea, **no dudó en afirmar que se puede prolongar sin separar a un niño de su padre y que la separación del niño de su madre durante la noche o durante una semana no tiene porque provocar en el pequeño ninguna reacción adversa**, siempre que el apego se desarrolle normalmente. Añadiendo que si el desarrollo de cualquier niño incluye cuatro aspectos (físico, intelectual, emocional y social) **los tres últimos tienen que ver con el entorno y en él la figura del padre es muy importante, de ahí que considerara preferente estimular la relación con él que la continuación con la lactancia materna**, a una altura de la vida del menor (15 meses a la fecha de su informe oral) en que aquélla no es más que un complemento de su alimentación.

Desde la experiencia que a este Tribunal le proporciona haber conocido de numerosos casos como el que nos ocupa, siempre muy delicados y que se acrecienta, sin duda,

tras haber visto y leído las numerosas pruebas e informe periciales que en aquél se practicaron, está en condiciones de afirmar que los hijos necesitan a sus dos progenitores. **Necesitan querer a su padre y a su madre, poder estar orgullosos de ellos e identificarse con ellos.** También necesitan su amor, su interés, su alegría y su estima. Es importante, por ello, que un hijo mantenga un contacto tan estrecho como sea posible con sus dos progenitores, aunque éstos no vivan juntos. En concreto **los niños varones necesitan del padre porque a través de él logrará lo que los psicólogos denominan la tipificación de género y el padre le ayudará en su desarrollo cognoscitivo y a lograr la autonomía (...)**”.

Para niños muy pequeños esa misma experiencia nos dicta que es especialmente importante que puedan ver al progenitor con el que no viven según el principio “poco y a menudo” (la Psicóloga Sra. Sacramento dijo en la vista que los niños pequeños necesitan más frecuencia que cantidad). Así, **el niño podrá conservar el recuerdo de él mientras no estén juntos**, y las separaciones del progenitor con el que vive resultarán menos difíciles al ser cortas.

La cuestión, nada fácil, es de límites, ¿hasta cuando se puede considerar a un niño muy pequeño? y ¿Qué se ha de entender por “poco” y por “a menudo”?

(...) por la corta edad del niño no es asumible el reproche lanzado por la representación del Sr. Pedro Francisco de que estemos ante un “régimen estándar”, sino que el establecido contiene más días y más tiempo de lo que es lo normal para niños lactantes o de tan corta edad y que es de esperar y **para ello será decisiva la actitud de la madre, redunde en beneficio del pequeño (...)**”.

17. Sentencia 15.07.2009 (AP León, sección 1). Ponente: Ana del Ser López

“La madre formula recurso en cuanto a las visitas al entender que se trata de un lactante ... se coincide plenamente con la valoración probatoria realizada por el Juez de Primera Instancia que efectivamente tiene en cuenta la edad del menor y aplica un desarrollo progresivo en las relaciones con el progenitor no custodio, **considerando la madre que no es suficiente la cautela apreciada dada la condición de lactante del hijo.**

Lógicamente el **criterio preferente** en el momento de establecer un régimen de comunicación y de visitas entre un padre y un hijo **no puede ser otro que el interés del menor**, a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se ha de garantizar siempre. Este es el principio informador de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, que se consagra en el artículo 39.2 de la Constitución (...) y que tiene su reflejo en el artículo 92, párrafo segundo del Código Civil, que dispone que las medidas a adoptar en relación con los hijos del matrimonio lo habrán de ser desde la óptica de su beneficio, que no puede confundirse con el deber o interés de sus progenitores, **o de alguno de ellos (...)**.

Ciertamente, **sobre este particular y la condición de lactante del menor, únicamente se aporta como prueba un documento**, el número tres de la contestación, en el que se dice que a los dos meses y medio de edad el niño se estaba alimentando con leche materna y biberón, **lo cual no implica que en el momento actual, más de un año después, el niño siga siendo lactante. En todo caso seguiría una alimentación mixta, por razones obvias**, lo cual ya no implica en modo alguno que necesite tener vinculación con la madre cada tres horas, como la misma argumenta en su escrito de recurso, ni que tampoco precise pernoctar en el domicilio materno.

Desde la experiencia que aporta haber conocido de numerosos casos como el que nos ocupa podemos afirmar que los hijos necesitan a sus dos progenitores. Entendemos que es claramente beneficioso para los niños querer a su padre y a su madre y a la vez poder sentirse queridos por sus dos padres e identificarse con ellos. Necesitan su amor,

su interés y su estima. Es importante, por ello, que un hijo mantenga un contacto tan estrecho como sea posible con sus dos progenitores, aunque éstos no vivan juntos. Cuanto más alta es la frecuencia de contacto de los hijos con el progenitor no custodio **más positiva es la percepción que el menor tiene de éste y simultáneamente también tienen niveles inferiores de inadaptación. (...)**".

(...) El niño que ahora cuenta con más de un año de edad puede perfectamente relacionarse con su padre los sábados y domingos alternos desde las 11 a las 20 horas, **sin pernocta, hasta que cumpla los dos años.**"

18. Sentencia 2.09.2009 (AP Cádiz, sección 5). Ponente: Carlos Ercilla Labarta

“sin que pueda alegarse **la lactancia en un menor de 3 años, que incluso está escolarizado**”.

19. Sentencia 29.10.2009 (AP Barcelona, sección 12ª). Ponente: Pascual Martín Villa

“Principiando por el análisis del único motivo del recurso de la madre por entender excesivo el régimen de visitas establecido en la sentencia del primer grado, hemos de recordar en primer término que el derecho de visitas (...) no aparece configurado rigurosamente en tal normativa como cualquier otro derecho sino como un común complejo derecho-deber, cuya finalidad no es básicamente la de dar satisfacción a los deseos de aquel de los progenitores que no detenta la guarda de los hijos, sino, y necesariamente, **la de proteger los intereses de los hijos de tener unos contactos lo más amplios e intensos posibles con aquel de sus progenitores de cuya compañía cotidiana han sido privados, lo que contribuirá a favorecer su desarrollo evolutivo de una manera armónica y equilibrada.**

(...) A la hora de establecer un régimen de visitas adecuado en una situación de crisis convivencial, es muy importante tener en cuenta la edad de los menores a los que va dirigido este régimen, pues, cada etapa evolutiva del menor tiene unas necesidades específicas, lo que habrá de tenerse en cuenta a la hora de establecer la frecuencia y la duración de las visitas, así como la existencia o no de pernoctas, y cómo distribuir los períodos vacacionales.

La frecuencia es uno de los factores más importantes, sobre todo en menores de corta edad, de forma **que cuanto menor sea el niño, mayor debe ser la frecuencia;** obviamente, no nos estamos refiriendo al período de lactancia, o a cuando el menor no ha alcanzado todavía el **primer año de edad.** Y es que, cuando los niños se van haciendo mayores, la frecuencia puede ser más flexible, pues, ya en estos ciclos, **los diferentes contextos de socialización (colegio, amigos, etc.) adquieren gran importancia y el menor va ganando autonomía.**

Al hilo de lo anterior, conviene recordar que desde la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (...). De todos los textos nacionales y comunitarios (Carta Europea de Derechos del Niño, de 8 de Julio de 1992, artículo 8. 13) es posible colegir que no sólo es beneficioso la relación de los hijos con los dos progenitores, sino también que esta relación debe ser regular y continuada (...). Por interés del menor como cláusula general o concepto jurídico indeterminado, **se ha de entender la necesidad de buscar en todo momento la solución más idónea para el menor, o cuanto menos la menos perjudicial para él, a cuyo efecto la autoridad judicial o administrativa habrá de tener en cuenta la totalidad de las circunstancias** que concurren en el grupo familiar y en los menores, valorando cual es el ambiente más idóneo para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor, **la atención que los progenitores pueden prestarle tanto en el orden material como en el afectivo,** así como la existencia de circunstancias perjudiciales

para su formación o desarrollo, así como valorar el rechazo que puedan sentir hacia algún progenitor, sus causas y manifestaciones; en definitiva, el Juez deberá averiguar, dentro de lo humanamente posible, **qué es lo mejor para el niño**, por ser el interés supremo que se debe de proteger.”

20. Sentencia 27.11.2009 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Eduardo Hijas Fernández

“(…) En el caso que, por vía del presente recurso, se (...) propugna que la limitación de las estancias del menor con el padre a las tardes de martes y jueves se prolongue, por razón de la condición de lactante del niño, hasta que el mismo alcance los 18 meses de edad.

Y si bien, en coincidencia cronológica con tal momento procesal, **y de ser cierta la esgrimida circunstancia de la alimentación por leche materna**, lo que se niega de contrario, podría tener consistencia dicha pretensión, es lo cierto que, al tiempo de dictarse la presente resolución, el menor **ya ha superado el tope temporal de dieciocho meses al efecto propugnado por la parte recurrente en orden al mantenimiento de un régimen restringido de visitas, en cuanto subordinado a la circunstancia de la lactancia materna.**

(…) **Los turnos rotatorios que afectan al demandado en su trabajo (...) se erigen en causa de entidad suficiente para adaptar a los mismos el régimen de visitas**, en modo tal que, por la coincidencia que, en determinados períodos, haya de producirse al respecto, **el menor no se vea perjudicado en su derecho a un contacto periódico y frecuente con dicho progenitor.**”

21. Sentencia 20.01.2010 (AP Málaga. sección 6ª). Ponente: José Javier Díez Núñez

“... el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, **de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos**, señalando al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 1991 que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, siendo cierto que si bien puede sentarse como regla general la del contacto directo y regular que los hijos de progenitores que vivan separados deben mantener con los mismos a tenor del principio referido y a que alude el artículo 94 del Código Civil, dicho principio no puede concebirse como absoluto e incondicional, pues en todo caso queda subordinado al interés de los menores -T.S. 1ª S. de 21 de julio de 1993-, según contempla expresamente la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, al afirmar que en cuantas medidas hayan de tomar los tribunales con respecto a los menores "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", aún cuando concorra otro interés legítimo de protección, (...) pues **tratándose de una menor que salió hace tiempo del período de lactancia, pese a las aseveraciones practicadas por la progenitora materna acerca de poder afectar la pernocta al interés de la menor**, dicha afirmación carece del mínimo refrendo probatorio, orfandad total y absoluta de prueba que debe constituir óbice a que las relaciones padre-hija se desarrollen de la forma más fluida posible, incluyendo por ello el régimen de pernocta en los fines de semana alternos y restantes períodos vacacionales que corresponda al demandado tener en su compañía a la menor, (...)

debiendo conseguirse que en esa nueva situación en la que, al parecer, el demandado ha rehecho su vida con tercera persona, la menor desarrolle su personalidad emocional, psíquica e intelectual de la forma que sea más cotidiana y normal, siendo la pernocta adecuada y favorable a fin de garantizar establecimiento y continuidad en la relación paterno-filial, **sin ningún tipo de cortapisa impuesta por uno de los progenitores**, debiendo asumirse por ambos el nuevo status creado tras la ruptura de la convivencia, llegando a **una situación de plena y absoluta normalidad en la que se afiance el vínculo afectivo padre-hija**”.

22. Sentencia 21.01.2010 (AP Alicante, sección 4ª). Ponente: Federico Rodríguez Mira

“Apela la madre la sentencia de divorcio pronunciada en la instancia, postulando, por un lado, que se restrinja, en mayor medida, el limitado régimen de visitas otorgado al padre para permanecer con su hija, de 9 meses de edad, fijándolo en 2 o 3 horas los sábados y domingos, **al tratarse de una niña que precisa de la lactancia materna cada 2 o 3 horas**, lo que no podría realizarse si se mantiene el tiempo fijado por el Juez durante los 3 primeros meses, desde las 10 a las 18 horas.

La interesada no ha justificado en debida forma que su hija sea alimentada mediante lactancia materna en los cortos periodos que invoca; y en este sentido el M. Fiscal ha venido a oponerse a su petición, solicitando que se confirme la decisión judicial de instancia, por ser conforme a derecho; criterio este que, en el momento presente, cuando la menor ya ha alcanzado los 13 meses, parece razonable y acorde con el limitado régimen de visitas otorgado al padre, sin la exigencia de reducirlo todavía más.”

23. Sentencia 19.02.2010 (AP Madrid, sección 24ª). Ponente: María José de la Vega Llanes

“se impugna el régimen de visitas paterno-filial establecido en la sentencia apelada, solicitando su reducción y sin pernoctas dado que entiendo que **el hijo es un menor en periodo de lactancia**. Los **alegatos expuestos por la parte recurrente carecen de trascendencia para limitar el régimen de comunicaciones** que determina el juzgado (...) **el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo** que autoriza a su titular a expresar o manifestar hacia otra persona, **exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin**, derecho que puede encuadrarse en los de personalidad y que se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación familiar entre visitante y visitado.

Por otra parte, se trata de un derecho claramente subordinado al interés del menor, y así está recogido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia: Declaraciones de los Derechos del Niño, aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas de 1959. Resolución de 29-5- 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; y Convención del Consejo de Europa de 1980 (RCL 1984/2167; Ap NDL 11401) sobre Reconocimiento y Ejecución de decisiones en materia de Guarda de Niños, por ser el más valioso y necesitado de protección y deber ser concedido al margen y por encima de los motivos que dieron lugar a la separación entre el visitador y el titular de la guarda del menor. Y es que el "ius visitando" cumple una evidente función familiar pues quiere la Ley que aunque la familia atraviesa una crisis o ruptura, incluso definitiva, se cumplan en la medida de lo posible, **los fines asignados al núcleo familiar**, entre ellos, el del pleno desarrollo de la personalidad de los mismos.

La fijación de un régimen de estancia, visitas y comunicaciones a favor del cónyuge con el que no conviva la **progenitora**, tiene como función y finalidad el fomentar un

vínculo de confianza y amistad entre dicho progenitor y los hijos. **La presencia del padre y la madre es fundamental para el crecimiento del hijo al ser soporte de las respectivas identidades**, ello no implica que se olvide que el plan o régimen de visitas debe proteger los derechos del niño y del padre no custodio (configurándose como un derecho-deber) y tender a fomentar los vínculos afectivos con él para procurar así la formación integral que es espíritu y guía del ejercicio de la patria potestad.

Cuando se trata de hijos en los primeros años de vida, cual es el caso sometido a nuestra deliberación es lógico aplicar un sistema progresivo de comunicaciones que en todo caso debe acomodarse a las necesidades e interés del menor conforme se vayan manifestando, y en este caso contando ya **el menor con dos años de edad** se viene entendiendo que procede fijar la formación del régimen de visitas inclusive la pernocta en aras a la conveniencia y el beneficio del menor que aconsejan amplitud, generosidad y facilidad en la comunicación con el progenitor que no convive con el menor.”

24. Sentencia 22.02.2010 (AP Albacete, sección 1ª). Ponente: Manuel Mateos Rodríguez

“La discrepancia se centra en la decisión de permitir la pernocta de la niña con su padre desde los dos años, entendiendo la apelante que es más adecuado fijar ese régimen para cuando la niña cumpla los tres años. La recurrente cita sentencias de este Tribunal que fijan en 3 años de edad el momento en que el niño puede pernoctar con el padre, y ante tal argumento debe decirse que **no se ha fijado tal criterio de modo rígido, sino que se viene resolviendo caso por caso**, tomando en consideración particularmente la relación existente entre padre e hijo y las capacidades del primero para ocuparse del segundo. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 23 de abril de 2007 (Aranzadi JUR 2007/281311) se confirmó un régimen de visitas con pernocta respecto de un niño de 17 meses.

Menciona también como argumento **su proyecto de mantener la lactancia materna** (como complemento alimenticio) más allá de los dos años de edad de la niña, **pero tampoco este argumento resulta convincente**, pues **aunque sin duda esa decisión sería beneficiosa para la niña, no lo sería tanto como el mantenimiento de la lactancia en los primeros meses, y tampoco superaría los beneficios que, en el desarrollo de su personalidad, tiene para un menor la relación con ambos progenitores.**

Los trastornos que el cambio de entorno puede producir en la niña son mínimos, y limitados en el tiempo, pues **sin duda la menor se acostumbrará pronto** a las visitas periódicas al domicilio de su padre.”

26. Sentencia 14.05.2010 (AP Barcelona). Ponente: Joaquín Bayo Delgado

“(…) la teoría de que los niños menores de esa edad no deben pernoctar fuera del domicilio materno (pero sí paterno) **responde a prejuicios que descansan en la discriminación sexista**. Salvo el supuesto de lactancia natural, no así cuando es artificial, debe partirse de la capacidad abstracta de ambos progenitores para **cuidar adecuadamente** a su descendencia. Cosa distinta es que conste que un progenitor **(que también puede ser la madre)** ha demostrado incapacidad, imposibilidad y /o indisposición para el cuidado de un bebé o criatura.”

27. Sentencia 23.07.2010 (AP Zaragoza, sección 2). Ponente: Francisco Acín Garos

“En lo que respecta a pernoctas y día de visita intersemanal, dice la recurrente que las primeras deben ser pospuestas a los cuatro años del menor, **dada la dependencia emocional que éste muestra respecto de ella, además de que cortarían la lactancia e impedirían los efectos beneficiosos que la misma supone para la salud infantil (...).**

... bien entendido que en el derecho a comunicarse de los progenitores con los hijos no sólo se trata de un derecho de los primeros, **sino de un efecto beneficioso para el desarrollo psico-emocional de los segundos**, que mantienen de esta forma un vínculo natural con sus padres (...) **la prueba practicada no acredita la existencia de circunstancias que aconsejen la prohibición de que la menor pernocte con su padre** una vez que cumpla tres años de edad. **La madre no ha probado que el hijo tome de manera exclusiva leche materna, ni puede estimarse verosímil que lo vaya a hacer una vez cumplidos tres años.** Ni se acredita tampoco que el menor necesite unos especiales cuidados alimenticios **que no puedan ser prestados por el padre.**”

28. Sentencia 1.09.2010 (Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 7). Ponente: Francisco Serrano Castro

“En principio, **el hombre y la mujer están capacitados igualmente** para asumir la guarda y custodia de los hijos. En virtud del principio de igualdad ante la Ley y no discriminación de sexos consagrado en el artículo 14 CE (RCL 1978, 2836), **el sexo no puede ser un criterio determinante a la hora de otorgar la guarda y custodia de los menores a uno u otro progenitor. Ambos padres tienen la misma importancia en la educación y el desarrollo integral de los menores.**

Sin embargo, el porcentaje de concesiones de guarda a la madre alcanza el noventa por ciento del total. **El bajo porcentaje de padres guardadores se debe a la falta de petición por los mismos, pero también una cierta tendencia de los tribunales a considerar que la madre, por su sexo, es mejor guardadora.**

... durante la primera fase de crecimiento del menor (**periodo de lactancia**, etc.) por simples razones biológicas, la mujer está mas capacitada para guardar y custodiar a los menores. Superada esta primera etapa de crecimiento (**a partir de los tres o cuatro años de edad**) ambos padres son igual de aptos para cuidar de sus hijos, y **sólo las circunstancias** del caso permitirán realizar una elección concreta.”

29. Sentencia 23.09.2010 (AP Pontevedra, sección 6). Ponente: Magdalena Fernández Soto

“**la lactancia del menor, esgrimida novedosamente** como argumento en esta instancia para evitar que aquél pernocte en el domicilio paterno y reducir así el periodo de comunicación del menor con su padre, no puede ser atendido, pues (...) a estas alturas cuando el menor **está a punto de cumplir los dos años de edad y difícilmente creíble que continúe la lactancia materna en horas nocturnas**”.

30. Sentencia 15.10.2010 (AP Madrid, sección 22). Ponente: Eduardo Hijas Fernández

“(...) si bien no puede dejar de ponderarse, a los fines debatidos, la importancia que, en el desarrollo psico-físico el menor, reviste la lactancia materna, prolongada (...) dada la edad que contaba el menor al tiempo de resolverse la contienda en la instancia, **los pequeños inconvenientes de la interrupción de dicho sistema complementario de alimentación** durante los fines de semana alternos, en que el menor había de permanecer en el entorno paterno, **quedan ampliamente compensados por las**

ventajas que esta última relación conlleva, por la necesidad de una vinculación temprana del hijo **con cada uno de sus procreadores**, en orden a propiciar su desarrollo armónico y equilibrado en todos sus aspectos”.

31. Sentencia 2.11.2010 (AP Illes Balears, sección 4). Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández

“(…) **ni ha de ser mérito tan preferente para tal fin la mayor proximidad materna durante la lactancia**, especialmente cuando no se acredita que el padre dejara de cumplir sus responsabilidades (...) entendiéndose dicha psicóloga recomendable que siga la custodia compartida (...) **para evitar desigualdad entre los progenitores y no ceder a intereses personales (...)**. Sin existir además respaldo legal alguno a las tesis manejadas en la apelación, en lo relativo a que haya de tener preferencia la guarda y custodia materna frente a la compartida por el mero hecho de que la edad del menor alcance solo el año y medio, o por la circunstancia natural de que durante la lactancia haya tenido más protagonismo la figura materna que la paterna.”

Breve comentario:

Implacable negación de la madre a través de la igualación.

32. Sentencia 12.11.2010 (AP Navarra, sección 2). Ponente: José Francisco Cobo Sáenz

“(…) **por razón de la lactancia materna no se puede modalizar impositivamente**, en ningún término (...) el régimen de visitas. El régimen en cuestión, se establece, de un modo progresivo. (...) la operatividad de este complejo régimen, sometido a un concreto sistema de evaluación en cuanto a la viabilidad de su progresiva implantación, **no puede quedar condicionado, por la lactancia materna del pequeño** (...). La cuál además, tal y como se especifica, en el informe emitido por la pediatra Sra. Paulina , de 25 de enero de 2010, **posee un perceptible carácter complementario, de la alimentación del niño**, que se califica de: “(...) alimentación completa”.

Breve comentario:

En la construcción de los regímenes de visita, cada vez más amplios y en edades inferiores, hay la tenacidad de imponer la presencia del padre en su aspecto patriarcal. Se enfoca que el niño necesita al padre cuando en estos casos es el padre quien necesita al niño como objeto de "derecho a tenerlo" para construir su paternidad, negando la diferencia de la maternidad o usurpándola y, así, la paternidad sigue siendo patriarcal, basada en la ley, reconocida y modelada en la norma; y no es la paternidad humana, la que debe construir el hombre por sí mismo al final del patriarcado, tejiendo él mismo su red de afectos y relaciones con sus hijos. En esta situación de disparidad natural, el hombre debe asumir que no tiene ese más de la maternidad y debe construir su paternidad yendo hacia la madre que le ha brindado la posibilidad de tener un hijo, construyendo una relación desde la diferencia, para hacer así lugar al amor de padre hacia su hijo y al encuentro de su propia y masculina manera de manifestarlo. No basado en la usurpación del lugar natural de la madre en esa red de afectos que se tejen en cada estadio de nuestra vida.

35. Sentencia 24.02.2011 (AP Alicante). Ponente: Federico Rodríguez Mira.

“Ha de significarse, además, que la menor **ya se encuentra escolarizada** y no resultan justificadas **las excusas de la madre**, mediante las cuales pretende limitar en mayor medida el derecho del padre a comunicarse con su hija, **apelando a la lactancia materna** (...)”.

36. Sentencia 28.4.2011 (AP Palencia, sección 1ª). Ponente: Ignacio Javier Ráfols Pérez

“En el recurso se cuestiona únicamente éste último pronunciamiento referido a la posibilidad de pernoctar del niño en el domicilio paterno a partir del mes de septiembre 2011. En apoyo de tal pretensión se invocan las especiales características del niño, que padece síndrome de Down y sigue siendo amamantado por su madre, sin que sepa hablar y comunicarse, razones por las cuales entiende la recurrente que nos recomendable la pernocta con el padre, debiendo mantenerse el régimen de visitas previsto en sentencia pero no así la posibilidad de pernocta a partir del mes de septiembre 2011, entendiendo que podrá revisarse este régimen de comunicación y visitas del menor una vez que la evolución lo haga aconsejable pero no mediante la fijación de un plazo a priori dado que en se desconoce cuál va a ser su evolución a esa fecha, razón por la cual se entiende que no se debe fijar fechas predeterminadas a estos efectos.

(...) Sentado lo anterior, y tomando como base la propuesta contenida en el informe técnico, se ha fijado en la sentencia apelada, además de una ampliación del régimen de visitas, la posibilidad de pernocta en el domicilio paterno a partir de septiembre de 2011, fecha en que, por entender el Juzgador que **es previsible que el niño no seguirá alimentándose con leche materna, ya pueda dormir con su padre**, razón por la cual se establece un régimen de visitas normal ...

Pues bien, comparte esta Sala el criterio del Juez de instancia y del Ministerio Fiscal pues, **siendo necesario la progresiva normalización de las relaciones padre-hijo**, como señala el Equipo Psicosocial, parece prudente atender a esa edad fisiológica, dadas las especiales características del menor, para concretar un plazo para el inicio de tal normalización pues lo contrario implicaría **dejar indeterminada la medida que quedaría supeditado, en cierta medida, el criterio de la madre lo que redundaría en perjuicio del menor que precisa, sin duda, de los contactos con su padre y con la familia paterna.**”

37. Sentencia 6.05.2011 (AP Asturias). Ponente: José María Álvarez Seijo

"Ciertamente es insoslayable el derecho de todo progenitor a relacionarse con sus descendientes, con su participación en su desarrollo, formación integral y educacional, y en este sentido Don Edmundo se ha de presumir, y nada hay en contrario, **que se encuentra plenamente capacitado y dispuesto a asumir el papel de padre**, por lo que **no se ve que haya de ponerse obstáculo a la pernocta como no fuese por la razón aducida por la apelante.** (...) en relación con el período de lactancia, **la literatura médica resulta variada**, y así contempla **en ocasiones duraciones de incluso de un años o año y medio de edad, realmente excepcionales** pero siempre anudada dicha lactancia a una alimentación complementaria progresiva (...). **Tiene, pues, su razón de ser lo aseverado en la sentencia al presuponer que a los 15 meses la lactancia habría de considerarse notablemente reducida, incluso podría afirmarse que prácticamente sustituida ya por la alimentación normal en un niño de dicha edad.** Ahora bien, con el fin de obviar cualquier mínima objeción, y por cuanto que en la recurrida se alude a una notable disminución de la lactancia, la Sala estima prolongar el período a partir del cuál el menor **puede pernoctar hasta que cumple los 18 meses**".

40. Sentencia 22.11.2011 (AP Illes Balears, sección 4ª). Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández

Alega el padre: “(...) los fundamentos de la madre para impugnar el régimen de visitas estipulado, **son abstractos, se basan en el interesado criterio que lo más beneficioso para el menor es estar con la madre, por el mero hecho de serlo**, evitando reconocer -por mera conveniencia- la importancia e **igual relevancia de la figura paterna** de la que - desde luego- **el hijo “disfruta como un enano”**.”

Decide el Tribunal: "... el régimen de visitas no es únicamente un derecho del progenitor no custodio, sino un deber del mismo en orden a favorecer el interés del menor, por lo que debe establecerse el régimen de visitas más favorable a sus intereses, siempre según lo que aconsejen las circunstancias del caso y en orden a mitigar, en la medida de lo posible, **el daño que para la formación del menor supone la ausencia del progenitor no custodio**. Así las cosas, y como quiera que el menor, Carlos Antonio, que cuenta **en la actualidad con un año y medio, ya no es lactante** (así se establece en la sentencia atribuyendo tal reconocimiento a la propia Sra. Rosana en el acto de la vista, sin que se impugne propiamente tal aserto probatorio), se hace preciso fijar un régimen de visitas lo más amplio posible (...) Siendo precisamente ahora, en esta corta edad del menor, y tal y como recuerda la sentencia, **“(...)cuando las relaciones paterno-filiales se están forjando en ambos sentidos, esto es, de forma bidireccional padre e hijo”**, por lo que es obvio que se ha de intentar reforzarlas y encauzarlas de cara al futuro (...) Por lo tanto, la Sala concuerda la afirmación contenida en la sentencia de instancia relativa a que “el régimen de visitas que conviene fijar en el presente pleito debe ser lo más amplio posible “. Aserto cuya efectiva acomodación al caso de autos no viene menoscabado por ninguno de los plurales argumentos apelatorios, **por cuanto que la edad del menor ya no es obstáculo para relacionarse ampliamente con el padre**, salvo que se hubiera acreditado en autos -que no es el caso- algún tipo de dificultad o indisposición justificativa de un recorte (...) ni se atisba por qué haya de quedar afectado el estado de felicidad y de bienestar del menor en dicho aspecto (...) Negar, como hace la actora, **el derecho de pernocta con el padre a un niño que ya no precisa de lactancia**, fundamentándolo, según palabras de la propia Sra. Rosana, **en el hecho de que con ella duerme más tranquilo, no se considera razón de peso suficiente, máxime cuando se basa en meras apreciaciones subjetivas de una parte quien, pese a reconocer que el niño cuando ha estado con el padre no ha tenido ningún problema, pretende que el niño no pernocte con el padre siquiera una vez cumplidos los tres años (...)**

Debe tenerse presente, en este sentido, que tal interpretación flexible de los principios procesales citados presenta en estos autos coherente acomodo con **el principio favor filii**, elevado a rango constitucional en virtud de la redacción del artículo 39 del Texto Fundamental, informador del marco que nos ocupa, **en el que los intereses del menor confieren carta de naturaleza a las decisiones del Tribunal, justificando el desplazamiento a un plano secundario de otros intereses en litigio.”**

46. Sentencia 2.02.2012 (AP Murcia, sección 4)

“Con respecto a la situación del caso se señala que “los progenitores acordaron que los menores quedasen bajo la custodia exclusiva de la madre en razón a la edad y **situación de lactancia mutuamente aceptada**, situación que el informe pericial ha venido a considerar como la más idónea (...) procede mantener el régimen de visitas señalada en instancia (...) la restricción del derecho de comunicación hasta que cumpla los tres años de edad esta justificada en función de la propia edad”.

48. Sentencia 26.04.2012 (AP Barcelona, sección 18ª). Ponente: Ana Mª García Esquiús

“En principio nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, **en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar**, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores. La colaboración de ambos en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares **evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se vé obligado a asumir la practica totalidad del aspecto controlador y disciplinar** frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia.

Pero en aquellos supuestos en que no es posible actuar consensuadamente, una de los progenitores habrá de asumir la custodia y con ello la responsabilidad de la guarda cotidiana y la atención personal habitual partiendo siempre del principio de que cuando se trata de decidir sobre el cuidado de los hijos, **la ley dice que lo único que ha de tenerse en cuenta es el interés de los hijos, sin que en ningún caso deba primar la valoración de uno u otro progenitor por razón de su sexo, sino en la medida en que se compruebe cual de ellos se encuentra en mejores condiciones de asistir a los hijos** (...).

(...) la cuidadora principal de la menor desde su nacimiento ha sido y es la madre. No sólo por el extenso período de lactancia materna, dada la actual evolución de la forma de repartir las tomas, sino por que así lo indica el informe emitido por el pediatra de zona que visitaba regularmente a la menor (...) pero además la hija tiene derecho a disfrutar de la compañía del padre **a quien corresponde velar por ella y ayudarle a crecer intelectual y emocionalmente**”.

50. Sentencia 8.06.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

"Al venir referido el primer motivo de recurso del demandado a la guarda y custodia del hijo menor de edad de los litigantes, conviene con carácter previo precisar que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en "tener a los hijos en su compañía" (art. 154 CC (LEG 1889, 27)), se desdobra en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro progenitor. Por tanto los términos "guarda y custodia" y "régimen de visitas y estancias" no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.

De ello se desprende, según reciente jurisprudencia, que: a) la convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%, b) En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, después de la separación o divorcio las funciones de velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes siguen siendo compartidas entre ambos, c) El reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una separación o castigo para uno de los padres, las causas que provocaron la ruptura no pueden determinar el reparto de tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema de separación remedio.

Igualmente hay que tener en consideración que el derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el artículo 161 del Código Civil , no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad

cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la crisis matrimonial.

Se trata de propiciar que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y compañía con los hijos menores y que la relación sea lo más enriquecedora posible.

Nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del "favor filii" contenido en los artículos 92 , 93 y 94 CC, que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello **los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro que le permita ver constantemente a su padre y a su madre**, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial.

(...) nuestra sentencia de 6 de febrero de 2.002, parte del indiscutible hecho de que los hijos son las auténticas víctimas de los conflictos de sus progenitores. Así el interés de aquéllos ha de ser especialmente protegido con el fin de evitar que los mismos sufran otros daños que los **ya graves, por si solos, de la falta de la presencia en su vida cotidiana de ambos ascendientes**, debiendo, en consecuencia, procurarse unos contactos lo más extensos y profundos posibles con aquel progenitor que no ostente su custodia.

Esta problemática relativa a la custodia debe resolverse en atención al artículo 92 del Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación".

Por ello se hace preciso decidir la problemática suscitada atendiendo a los **elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.**

En materia de visitas y comunicaciones paternofiliales debe atenderse principalmente al interés del menor, principio esencial básicamente en aplicación del artículo 39.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836). Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3).

Debe recordarse en relación con el régimen de visitas, por un lado, que el principio dispositivo resulta muy relativizado en esta materia por expresa disposición del art.

751 LECV, y, por otro, que entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los arts. 39.3 de la Constitución Española, 94 y 160 esencialmente del Código Civil (LEG 1889, 27), que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, **que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos**. Al respecto, la S.T.S. de 30-4-1991, se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 160 del Código Civil. (...)

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

La doctrina es igualmente consciente de que el ejercicio de derecho de visitas, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor. Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo (STS 21-7-1993) pues, como señala el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996, 145) de Protección Jurídica del Menor, como principio general que debe informar su aplicación (...) "el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala los arts. 10 de la C.E. así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las **apetencias personales de sus padres**, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor.

Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; **atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más**

conveniente para el menor: Esa resolución sería siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales (así STS de 22-5-1993 , que a su vez cita la de la propia Sala de 9-3-1989) a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, **sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores**, evitando al menor (ex art. 158.3 del Código Civil) los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón. Es decir, el régimen de vistas debe de compaginar el adecuado sistema de relación del menor con ambos progenitores y el propio beneficio del menor.

Atendidas estas premisas, del examen detallado de los autos, y en atención a las particulares circunstancias concurrentes en el caso, consideramos más adecuado en el presente introducir las pernoctas en las visitas de fines de semana alternos en que a D^o Silvio le corresponda la permanencia con el niño, como idóneo para él, que el desarrollo más limitado que establece la disentida, **en un momento en que Rodrigo ha alcanzado ya la suficiente independencia física respecto de su madre, superado por su parte el periodo de lactancia materna y alcanzada la edad de 2 años y medio (...)**

... En efecto, es a todas luces más beneficioso para Rodrigo, en situación de absoluta normalidad de todos los afectados, tanto padre, **en quien no se ha informado ni alegado siquiera patología ni indicador negativo alguno**, como niño, un régimen de visitas amplio y equitativo, en semejantes repartos de tiempo con cada uno de sus progenitores, para permitirle se adapte a la situación actual, sin que constituya ningún inconveniente la edad, cuando se trata de un niño sano, otra cosa ni se indica ni aflora a la causa.

Desde lo general, la pernocta que introducimos a la visita de fin de semana, responde a la finalidad antes apuntada de **garantizar el mantenimiento del afecto y apego del niño a la figura paterna**, de la que ahora se ve privado en lo cotidiano por razón de la ruptura de relación por parte de sus progenitores, **figura de cuya referencia precisa para alcanzar la plena estabilidad en todo orden.**

... Para concluir, D^a Berta, **progenitora femenina custodio**, habrá igualmente de contribuir a los alimentos de su hijo no solo de manera material y directa, con atenciones personales, sino incluso económicamente, debiendo ella misma colmar cuantas carencias deje al descubierto el aporte paterno, si es que se detectare alguna, **llegado el caso hasta trabajando, dando al tiempo cumplimiento al derecho deber que a todo español impone nuestra Constitución en su artículo 35**, pues para ello goza de plenas condiciones y capacidad, tanto por edad como por estado de salud, al no padecer enfermedad invalidante, ni venirle reconocida discapacidad ni minusvalía, poseyendo titulación y habiéndose dedicado en efecto al libre ejercicio de la abogacía, en un momento en el que ya dispone de tiempo para la reinserción profesional, al recurrirse para Rodrigo a los servicios de guardería, de modo que puede dar perfecto cumplimiento a la obligación proporcional de contribuir que le incumbe (...) ahora el único hijo común habido acude a guardería, lo que permite a esta progenitora disponer de tiempo libre para el ejercicio de su profesión, **de la que tan solo se ha apartado desde el nacimiento de Rodrigo, por decisión unilateral, que no de consuno con el ex marido, ni menos aún por imposición de este**, sin que nada que no sea la propia voluntad le impida volver a ejercer la abogacía en semejantes condiciones a como antes lo hacía.

... consideramos a la ex esposa en este caso autosuficiente y capaz de atender con dignidad su propio sustento, sin nada precisar del ex marido, a quien por cierto no le une ya vínculo alguno, de modo que no es factible reconocer pensión compensatoria a favor de D^a Berta al no detectarse desequilibrio derivado del divorcio.

El establecimiento de pensión compensatoria en este caso no obedece a las previsiones que se contemplan en el artículo 97 del Código Civil, en cuanto su destino o finalidad no es otro que colocar al consorte desfavorecido con la quiebra del matrimonio, en igual situación frente al empleo o medios de obtención de recursos, en que se encontraba antes de contraerlo, recordando que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, la pensión compensatoria no es de automática concesión a toda separación o divorcio, ni un mecanismo igualatorio de economías dispares, en la medida relativa que se infiere de las medidas cuantificadoras que tal precepto contempla, que la separación o la disolución por divorcio, del matrimonio, origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto, en méritos a la concurrencia de dos índices condicionantes comparativos, uno temporal en su naturaleza, pues el que postula tal derecho ha de estar en posición de inferioridad económica respecto de la que disfrutaba antes en el matrimonio, y de carácter personal la otra, cuando además es imprescindible que la posición económica del beneficiario en potencia, sea de inferior nivel a la del otro consorte, debiendo influir ambos condicionamientos, y sin que pueda bastar uno solo para el nacimiento del derecho regulado en el respectivo precepto (...) hay que tener en cuenta que la mayor parte de las separaciones y divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de uno y otro con la tenida en periodo de convivencia, por ello, la mayoría de la doctrina al hilo de lo que antecede afirma que el reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de los dos, **sino hallarse cada uno de ellos de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos.**

Procede en consecuencia la estimación del concreto motivo de recurso, para suprimir la pensión compensatoria con cargo al ex marido”.

52. Sentencia 26.06.2012 (AP Zaragoza, sección 2^a). Ponente: Francisco Acín Garós

“... alega la recurrente que el niño toma cada tres horas -como complemento en cada caso de la ingesta de alimentos sólidos-, por lo que, caso de mantenerse lo resuelto, quedaría privado al menos de dos tomas, **en contra de lo que dice que recomiendan los especialistas en todos los casos en que sea posible, siendo, pues, la cuestión a dilucidar si el pecho que la madre da a su hijo como complemento después de cada ingesta de alimentos justifica que, tal y como solicita la misma en su demanda, para continuar con la alimentación del menor con leche materna en el segundo y tercer año de vida, deban las visitas quedar reducidas a las únicas que la recurrente admite: desde el 18-3-12 a 18-3-13 sábados y domingos alternos, sin pernocta, con una duración de cada visita de 16 a 19,30 horas, y desde el 18-3-13 al 18-3-14 mismo régimen, pero de una duración de 4 horas, de 16 a 20 horas.**

(...) si en todo este tipo de procesos juego como principio fundamental el de protección del interés del menor, **no parece que el que la madre pretende, en el que incluso habiendo cumplido su hijo dos años las visitas del padre quedan reducidas hasta los tres a 4 horas sábados y domingos, atienda verdaderamente a ese interés.** Hasta los dos años de edad, **según la generalidad de los autores, es cuando el menor más necesita el contacto con la madre; sin embargo, la lactancia del menor, que en el caso se admite tiene único carácter complementario, no es argumento suficiente para impedir que el padre, cuya inidoneidad para atender**

correctamente al hijo en ningún momento se ha invocado, pueda acceder a un contacto físico y afectivo mas normalizado que el **que la madre trata de imponer**. Ella insiste en la incidencia que una interrupción de la lactancia en periodo anterior a los tres años del menor puede tener, pero quiere ignorar que las visitas, cuya función radica en fomentar un normal desarrollo de la relación entre el menor y progenitor no custodio, permiten el desenvolvimiento de los debidos lazos de afectividad entre ambos, siendo en ese sentido otro factor, **de no menor importancia**, a conjugar con el interés que con olvido el anterior esgrime la madre.

(...) la Sala concluye que es adecuado cuando, **siendo el pecho únicamente complemento de una alimentación solida, el menor ha cumplido ya los 15 meses**, estimándose que si media, como es deseable y debe mediar, la debida colaboración y flexibilidad entre ambos progenitores, el régimen que la sentencia establece para "A partir de un año y hasta que cumpla dos años de edad" **no se desarrollará con perjuicio para el menor, sino con el beneficio que un mayor contacto con el progenitor no custodio ha de suponer"**.

53. Sentencia 10.07.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

“La **progenitora femenina custodio** viene igualmente obligada a contribuir de forma proporcional a los alimentos de su hija, no solo de manera material, personal y directa, sino efectiva, también económicamente, para completar carencias, si las hubiere, que queden al descubierto con la aportación paterna.

(...) siendo lo adecuado **diseñar, desde lo general en sede de proceso, el optimo régimen de visitas que compense o contrarreste tal ausencia y permita contar con la adecuada presencia paterna**, en función de las concretas circunstancias concurrentes, para garantizar el mantenimiento del vinculo afectivo entre el progenitor no custodio y el hijo, o a restaurarlo, fomentando el apego.

... en cuanto Flor hoy por hoy, cumplidos ya los 2 años, **habrá superado ampliamente el periodo de lactancia, o, de no haberlo hecho, recibirá además otro tipo de alimentación, por lo que tal circunstancia no afecta en modo alguno a una mayor amplitud de contacto**, en un momento en el que la hija ha alcanzado **suficiente grado de independencia física respecto de su madre**.

En este estado de cosas, por más que sea difícil la relación interprogenitores, **o incluso de que haya mediado violencia entre ellos, no puede trascender tal extremo a la menor**, respecto de quien no existe orden de alejamiento, de manera que coincide la Sala con el sentir del Ministerio Fiscal, y considera positivo a la relación paternofilial una mayor amplitud de los contactos a 6 horas diarias, una vez se haya restablecido la relación, de cursar esta con normalidad, pues para ello no se ve inconveniente alguno, así como se desarrolle también en los días domingo de fines de semana alternos, como interesan ambos progenitores en sus respectivos escritos de recurso.

La **progenitora femenina** no ha hecho referencia en el proceso a problemática grave atribuible al recurrente que le incapacite para atender a la menor, por lo que considera la Sala que no concurre en el momento actual circunstancia alguna que recomiende mayores restricciones en este caso, en el que ya son los contactos más limitados respecto de la generalidad de los supuestos, máxime cuando el progenitor no custodio alega y acredita que se ha sometido a tratamiento voluntariamente en evitación de conductas desajustadas por su parte, como la que dio lugar a que se dictara orden de alejamiento respecto de la madre.

Con la ampliación que llevamos a cabo se garantiza para Flor **la referencia paterna que le es precisa para la consecución de la plena estabilidad en cualquier ámbito, familiar, social, escolar, emocional y de toda índole**, a la que da total cobertura

desde lo general, en previsiones de mínimos, y sin perjuicio de los pactos que en orden a visitas alcancen extrajudicialmente los litigantes en interés y beneficio de su propia hija, toda vez que desde lo judicial, los sistemas de comunicación se diseñan siempre para la coyuntura de desacuerdo y atendiendo en exclusiva a **los intereses superiores de la menor a los que se da prevalencia, con carácter prioritario a los deseos, conveniencias, intereses particulares o comodidad de los padres.**”

54. Sentencia 2.10.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

“Se hace preciso así decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, **buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, cariño, alimentación, educación, desahogo material, sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.** Conforme a lo anterior, **no es necesario entrar en criterios relativos a la descalificación personal de los progenitores**, cuando ello no es preciso, pues debe darse respuesta a dicha cuestión atendiendo al superior interés a proteger.

... la hija común Sara, **quien ya cuenta con el suficiente grado de independencia física respecto de su madre, dada su edad de 5 años a esta fecha (...)** y **por ende rebasado con creces el periodo de lactancia**, según viene acreditado en las actuaciones, **no muestra preferencia por uno u otro progenitor y presenta con ambos un vínculo afectivo adecuado, sin que se observe en ninguno de ellos problemática clínica** que dificulte el adecuado desempeño del **rol parental, en equidad de actitudes y estilo educativo en orden a cumplimentar las necesidades básicas de la niña**, así como a facilitar su desarrollo emocional o social, o potenciar el crecimiento intelectual de Sara, sin negligencias en los cuidados y atenciones a prodigar a la niña.

El mero hecho de que la madre inicialmente fuera cuidadora principal por no desempeñar actividad retribuida (...) **no permite sin más prescindir de la opción compartida por la que se decanta la Juez "a quo"** en las concretas circunstancias concurrentes en esta familia, y cuando se advierten los presupuestos determinantes de esta alternativa de custodia, máxime al prestar ahora la progenitora femenina servicios retribuidos por cuenta ajena. **Se evidencia aquí positiva una mayor presencia de la figura paterna, que equilibre la participación de ambos progenitores en la vida de Sara, a través del establecimiento de una guarda y custodia compartida”.**

57. Sentencia 28.02.2013 (AP Valladolid, sección 1ª). Ponente: José Antonio San Millán Martín

“Efectivamente, al tiempo de dictarse la Sentencia de Instancia (aún antes, al tiempo de promoverse la demanda, cuando la menor contaba sólo con 8 meses de edad) la corta edad de la menor Jimena (...) **que se encontraba en situación o régimen alimenticio de lactancia materna, sin perjuicio del complemento con otros alimentos**, condicionó la regulación del régimen de visitas, eliminando, en particular y respecto de los fines de semana, la pernocta en el domicilio paterno, en evitación de la ruptura en el proceso de lactancia. (...) en la actualidad, cuenta con más de 18 meses, **tiempo suficientemente maduro para que pueda acudir a un régimen de visitas ordinario, sin necesidad de esperar al cumplimiento de los tres años**, que incluya la pernocta de la menor en compañía de su padre, y ello, en atención primordial, no solo al interés o derecho del padre para tener en su compañía a su hija, sino **el interés de la propia menor, en orden al más conveniente desarrollo de los lazos de**

afectividad con su padre. De las actuaciones se desprende, que ya al tiempo de dictarse la sentencia, la menor seguía un régimen alimenticio basado en leche artificial, purés de verduras y pescados, papillas de frutas, vitaminas y **ocasionalmente y a demanda, leche materna.** Por consiguiente, y al momento presente, **no parece exista ya el grave inconveniente de la lactancia materna para que pueda llevarse a efecto un régimen de visitas paterno filial ordinario,** cual el propuesto por el propio padre”.

58. Sentencia 31.05.2013 (AP A Coruña, sección 6ª). Ponente: Leonor Castro Calvo

“La apelante en la instancia fundamentaba la modificación del régimen de visitas en la alegación de que su exmarido había recaído en el consumo de estupefacientes y alcohol, lo que deducía de su conducta desordenada. La médico forense acudió al plenario a rendir aclaraciones y manifestó que con las limitaciones que conllevan las pruebas analíticas (puesto que la longitud del cabello tan solo permite afirmar tajantemente que no ha existido consumo el los últimos 3 meses). (...) Y, finalmente, **el argumento desarrollado en el recurso relativo a la conveniencia de facilitar que la lactancia materna se prolongue durante el mayor período de tiempo, ha perdido razón de ser dada la edad de la niña** nacida (...) 2.010.”

2. EL RECURSO ARGUMENTAL A LOS DERECHOS INDIVIDUALES

El uso que se hace del **derecho individual del padre** (a veces diciendo que es el derecho del hijo o hija) creo que es un ejemplo de que “cuando el orden de los derechos individuales se refiere a éstos, los reconoce como suyos o de su origen, y, por tanto, con poder para otorgarlos o no y, consecuentemente, parte de la base de que los derechos son ajenos a los seres humanos” y, así, **"el discurso de los derechos separa a la mujer o al hombre de aquello a lo que tiene derecho en un sentido original"**¹¹ (creo que podemos observar como lo que prima es el interés del padre en tener a su hij@ en su compañía, sobre el deseo de lactancia de la madre, durante el tiempo y en la forma en que madre e hij@ decidan).

Observo como, en esta cuestión, el derecho no alude "a aquello que nos merecemos por el hecho de nacer y estar en el mundo", puesto que el uso que se hace de la norma o el principio no se sostiene "en el sentido de verdad de las cosas", ya que, se niega la "ley primera de nacer de madre y nacer hombre y mujer, un derecho que se guía por el amor, la confianza en las relaciones y el compromiso con lo que es justo y verdadero"¹².

Por ello, he sentido profundamente injustas las decisiones adoptadas en estas resoluciones.

3. Sentencia 2.03.2007 (SAP Alicante, sección 9ª). Ponente: Domingo Salvatierra Ossorio

“El artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989 (...) establece que: 3. Los Estados Partes respetarán el **derecho del niño** que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al **interés superior del niño.**

Por su parte el artículo 39 de la C.E. establece que 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, **y de las madres,** cualquiera que sea su estado civil.

Además, los artículos 1, 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero 1996 sobre protección jurídica del menor establecen (...) primará el **interés superior de los**

¹¹ Tema 2: "Un derecho en lengua corriente" de Laura Mora Cabello de Alba.

¹² Tema 2: "Un derecho en lengua corriente" de Laura Mora Cabello de Alba.

menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Artículo 11. (...) Las Administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de **sus derechos**.

2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: (...) d) **La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.**

De la citada normativa se desprende la **imposibilidad de negar el derecho** de los progenitores a mantener relaciones con sus hijos de un modo regular, con la excepción de que sea contrario al interés del niño (...) **sin que sea posible limitarse a la corta edad del hijo como obstáculo para que le hoy apelante pueda pernoctar con él, siendo necesario que se justifiquen las razones precisas** por las que se considera que no es posible establecer un régimen de visitas normalizado y amplio que incluye dicha pernocta.

(...) las relaciones entre el padre y el hijo no han podido desarrollarse con normalidad por haberse producido la ruptura matrimonial cuando el hijo contaba con tan sólo 9 meses de edad, por lo que el régimen de visitas establecido supone la adecuada instauración de un programa que permitirá **el desenvolvimiento** de lazos de afectividad entre padre e hijo que **requieren** que desde una edad temprana el niño pueda pasar con él varios días pues en caso contrario **se corre el peligro** de que el niño se sienta siempre ajeno a la vida cotidiana de su padre. Si las relaciones de convivencia, más allá de la mera visita de unas horas, se instauran desde los tres años y, con mayor intensidad, existirán mayores posibilidades de que **la presencia paterna adquiera la importancia que debe tener en la educación y formación integral de la personalidad del menor**, y todo ello atendiendo siempre a que **los niños de corta edad** precisan de un entorno estable, de una rutina, de unos cuidados que sólo la madre les puede proporcionar.

(...) Javier tiene ya 2 años y seis meses, y del detenido análisis del conjunto de la prueba no existe ni un solo elemento que nos permita inferir que pernoctar con su padre pueda ir en contra del interés del menor, a sensu contrario, hemos de decir que **un padre está tan capacitado como una madre para cuidar de su hijo**, en cualquier edad -con la excepción del **período de lactancia**- y el interés del menor debe pasar por el establecimiento de un amplio, fluido y flexible régimen de visitas que le permita disfrutar de ambos progenitores (...)."

4. Sentencia 10.07.2007 (SAP Murcia, sección 5ª). Ponente: José Joaquín Hervás Ortiz

"En primer lugar, en lo que se refiere la fijación de un régimen de visitas diferente para el hijo de más corta edad, durante el primer año, por encontrarse en periodo de lactancia, debe recordarse (...) que, en el momento actual, el menor cuenta ya con un año y siete meses de edad, por lo que **ha transcurrido sobradamente el primer año y, por tanto, el periodo de lactancia** que podría **justificar el establecimiento de ese régimen diferenciado**".

5. Sentencia 25.07.2007 (SAP Asturias, sección 5ª). Ponente: María José Pueyo Mateo

"Alega la recurrente que debe tenerse en cuenta la edad de la menor, quien en el momento del recurso tenía 15 meses, y en la actualidad 18 meses, siendo prácticamente nula la relación entre padre e hija, y continuar la menor en el momento de interponer el recurso -24 de abril de 2.007- con lactancia materna."

Señala el Tribunal: "Las precedentes alegaciones no desvirtúan a juicio de la Sala la pertinencia de las medidas que respecto a la menor acordó la juzgadora "a quo".

Ciertamente como señala el T.S. en la sentencia de 30-4-91 "las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar, sirviéndola de asentamiento, pertenezcan a la **esfera del Derecho natural**, del que es, evidentemente, una consecuencia ineludible la **comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos**, una de cuyas manifestaciones es **el derecho de los padres a ver a sus hijos**".

Tampoco es acogible la objeción que al régimen establecido se plantea por la apelante en cuanto a la alteración de la alimentación o del horario de descanso de la niña, pues nada en autos permite colegir que **el padre no sea un progenitor responsable ni que desconozca los especiales cuidados y atenciones que exige un niño de tan corta edad**, como es el caso de Marta. Y aunque la madre **insiste en el tema de la lactancia** y la incidencia de su interrupción cuando pase fines de semana con el padre es lo cierto que **la edad actual de la menor, 18 meses, hace aunque no insólito sí poco frecuente tal práctica, teniendo en todo caso la lactancia materna a esa edad un carácter complementario**. En tal sentido la **Ley del Estatuto Básico de la Función Pública establece en el art. 48 como período de lactancia 1 año**. En todo caso, como declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 14-1-06 (...) que **la pretensión materna no atendía en su conjunto al interés o beneficio material o moral del menor**, ni permitía conciliar aquél con **los legítimos derechos de ambos progenitores** que aunque subordinada al interés prevalente de protección integral del hijo, debe ser también tenida en consideración. (...) el derecho de visitas en su vertiente de estancia y permanencia del hijo menor en compañía del progenitor no custodio, representa un derecho-deber subordinado al beneficio o interés superior de lograr la protección integral del menor, lo que permite que su ejercicio pueda moderarse o incluso frustrarse en función de los distintos factores concurrentes, entre los que adquiere especial significación la edad del menor, condiciones y capacitación del progenitor para atender a los hijos cuando se encuentren bajo su cuidado éstos. En el presente caso se reitera que la parte recurrente **no ha acreditado la inidoneidad** del padre para desempeñar sus funciones con la menor, ni tampoco que la edad de ésta haga inapropiado e inconveniente el régimen que se establece por la juzgadora "a quo".

Por lo que se refiere al tema de la intervención de los abuelos (...) derecho de éstos a mantener las relaciones naturales con su familia extensa, en especial con **los abuelos quienes, en la sociedad actual, desempeñan un importante papel de socialización respecto a sus nietos**. La relación entre los ascendientes y descendientes es de especial protección, de orden natural, consagrada en los textos internacionales sobre protección a la infancia como uno de los derechos fundamentales del menor (art. 8,1º de la Convención de los Derechos del Niño de 20-XI-89) (...). La STS de 23-11-99 ha destacado el derecho de los niños a mantener relaciones con su propio entorno familiar completo, por lo que únicamente razones plenamente justificadas pueden fundamentar la ruptura de tales relaciones".

8. Auto 20.10.2008 (SAP Toledo, sección 1ª). Ponente: Gema Adoración Ocáriz Azaustre

“Alega la apelante que el menor tiene 9 meses y necesita cuidados y alimentación especiales como lactante que desconfía que el padre puede darle adecuadamente, y que la separación de la madre durante tantas horas puede serle perjudicial, así como que el primer fin de semana de cumplimiento **el estado del menor a su devolución a la madre era tal que hubo de ser llevado al hospital**.

El recurso no puede prosperar. ... el menor de 9 meses, ahora cercano a un año, **no consta que realice su alimentación por lactancia materna** y precise con ello el contacto físico con su madre para alimentarse ...

Así las cosas esta Sala debe señalar que conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica el régimen de visitas es una continuación o reanudación de la relación paterno filial "evitando la ruptura por falta de convivencia de **los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos**" (STS. 9.10.92), debiendo ser conciliados distintos intereses protegibles, como son el relativo al mantenimiento de la relación materno o paterno-filial -que se acrecienta y desarrolla a través del mutuo contacto-, **el derecho del menor a su desarrollo integral** -que se enriquece con dicho contacto-, y el derecho de ese cónyuge no conviviente a que no se ponga en peligro esa relación. Todo ello supone que deben constar **razones relevantes que aconsejen una limitación de lo que no solo es un derecho del padre sino también y fundamentalmente un derecho de su hijo**, y que justifiquen que el régimen de visitas no sea todo lo amplio que las circunstancias de todo orden permitan y en este caso no consta motivo alguno por el que la comunicación directa y contacto personal del padre con su hijo haya de restringirse tan relevantemente como pretende la apelante, no constando el mas mínimo indicio, mas que **subjetivas suspicacias de la madre**, de una inaptitud o desinterés del padre por el cuidado de su hijo".

11. Sentencia de 27.01.2009 (AP Guipúzcoa, sección 2). Ponente: Ane Maite Loyola Iriando

“siendo la lactancia materna, en este momento y dada la edad del menor, **una opción de la madre** que actúa como complemento a la alimentación del niño (...) se estima procedente **priorizar, en este caso, el mantenimiento del vínculo con su padre** (...) de modo que **si la madre desea prolongar la lactancia materna deberá adoptar las medidas adecuadas para que dicha decisión no interfiera en la relación padre e hijo**, pues como se indica en la sentencia de instancia **la madre no puede prolongar la lactancia materna si con ello perjudica al padre y priva al niño de la posibilidad de conectar afectivamente con su padre** (...) sería aconsejable que éstas [las pernoctas] se realizaran lo antes posible a fin de que el menor no pierda contacto con su padre en todos los ámbitos de su vida; si el período de lactancia se extiende mucho en el tiempo, **se podría plantear que la madre aportara la leche materna en biberones para que fuera el padre quien se la proporcionara al menor cuando le correspondiesen las visitas**".

12. Sentencia 29.01.2009 (AP León, sección 1). Ponente: Ricardo Rodríguez López

“(...) considera la parte recurrente que el horario de visitas del padre con el menor, dada la escasa edad de éste, no debe de ser tan amplio como el fijado para los periodos vacacionales, sin que el menor pernocte con su padre cuando le corresponda tenerlo consigo en fines de semana."

La Sala señala que: "La edad del menor no justifica restricción alguna en la comunicación del padre con su hijo, salvo -quizá- **en supuestos de un menor recién nacido lactante o con algún factor de riesgo para su salud**. En los demás casos no hay razón alguna para que el menor no pueda pernoctar con cualquiera de sus padres si **ambos son aptos** para su cuidado. Y lo serán siempre que **no presenten alguna anomalía física o psíquica** o concurren en ellos alteraciones psicológicas o de comportamiento que revelen desatención para con el menor. Nos encontramos con un niño que ya ha cumplido los dos años, por lo que no es un bebé todavía inmaduro **y la compañía de cualquiera de sus padres es para él más beneficiosa que cualquier incomodidad que le pueda suponer el traslado domiciliario**. **No existe una lógica correspondencia entre el hecho de que la madre lleve al menor a una guardería durante buena parte de las horas del día y que no pueda pernoctar un día con su padre** noche cada dos semanas o en periodos vacacionales".

14. Sentencia 2.4.2009 (AP León, sección 2ª). Ponente: Alberto Francisco Álvarez Rodríguez

“... la representación de la esposa critica que **no se haya tenido en cuenta la condición de lactante del niño** y por ello aboga porque se eliminen las pernoctas del régimen de visitas.

El **criterio preferente** en el momento de establecer un régimen de comunicación y de visitas entre un padre y un hijo no puede ser otro que el interés del menor, a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se ha de garantizar siempre. (...) Ciertamente, sobre este particular la prueba, que el juzgador de la primera instancia analiza con sumo detalle, resulta contradictoria, pues en tanto el Pediatra D. Olegario y la Médico de Familia Doña. Marisol incidieron en la condición de lactante del niño, en **los beneficios de la lactancia y en las bondades de un régimen de visitas que se adapte a dicha circunstancias** y que pasa porque el niño pase las noches con la madre, en lo que de alguna manera vino a coincidir Doña. Elisa, Pediatra de la Seguridad Social y que como queda dicho, atendió al niño hasta los nueve meses de edad y que, desde su experiencia y evidente objetividad, resaltó la importancia de la lactancia materna (los seis primeros meses, si es posible, sólo leche materna y desde los seis meses hasta los tres años lo que se pueda) y mostró su preocupación por el sufrimiento de los niños pequeños en los casos de movilidad de un progenitor a otro y de un domicilio a otro, clamando por un necesario entendimiento entre ellos para hacerle más fáciles al niño las separaciones de su madre y las necesarias visitas de sus padres.

Por el contrario, el Equipo Psicosocial y muy en particular la Psicóloga Sra. Sacramento que en la vista tuvo una intervención más activa, **no dudó en aconsejar la frecuencia de las visitas y las pernoctas con el padre**. Y en la misma línea D. Justino, Pediatra (...) **desbordó conocimiento y ponderación**, tras contestar que en España la lactancia se prolonga, de media, 3,20 meses y resaltar que en los seis primeros meses es muy importante y que es aceptable que la lactancia materna pueda ser prolongada y que comparte que lo sea, **no dudó en afirmar que se puede prolongar sin separar a un niño de su padre y que la separación del niño de su madre durante la noche o durante una semana no tiene porque provocar en el pequeño ninguna reacción adversa**, siempre que el apego se desarrolle normalmente. Añadiendo que si el desarrollo de cualquier niño incluye cuatro aspectos (físico, intelectual, emocional y social) **los tres últimos tienen que ver con el entorno y en él la figura del padre es muy importante, de ahí que considerara preferente estimular la relación con él que la continuación con la lactancia materna**, a una altura de la vida del menor (15 meses a la fecha de su informe oral) en que aquella no es más que un complemento de su alimentación.

Desde la experiencia que a este Tribunal le proporciona haber conocido de numerosos casos como el que nos ocupa, siempre muy delicados y que se acrecienta, sin duda, tras haber visto y leído las numerosas pruebas e informe periciales que en aquél se practicaron, está en condiciones de afirmar que los hijos necesitan a sus dos progenitores. **Necesitan querer a su padre y a su madre, poder estar orgullosos de ellos e identificarse con ellos**. También necesitan su amor, su interés, su alegría y su estima. Es importante, por ello, que un hijo mantenga un contacto tan estrecho como sea posible con sus dos progenitores, aunque éstos no vivan juntos. En concreto **los niños varones necesitan del padre porque a través de él logrará lo que los psicólogos denominan la tipificación de género** y el padre le ayudará en su desarrollo cognoscitivo y a lograr la autonomía.

Por ello, cuanto más alta es la frecuencia de contacto de los hijos con el progenitor no custodio más positiva es la percepción que el menor tiene de éste y simultáneamente también tienen niveles inferiores de inadaptación. (...).”

Para niños muy pequeños esa misma experiencia nos dicta que es especialmente importante que puedan ver al progenitor con el que no viven según el principio “poco y a menudo” (la Psicóloga Sra. Sacramento dijo en la vista que los niños pequeños necesitan más frecuencia que cantidad). Así, **el niño podrá conservar el recuerdo de él mientras no estén juntos**, y las separaciones del progenitor con el que vive resultarán menos difíciles al ser cortas.

La cuestión, nada fácil, es de límites, ¿hasta cuando se puede considerar a un niño muy pequeño? y ¿Qué se ha de entender por “poco” y por “a menudo”?

(...) por la corta edad del niño no es asumible el reproche lanzado por la representación del Sr. Pedro Francisco de que estemos ante un “régimen estándar”, sino que el establecido contiene más días y más tiempo de lo que es lo normal para niños lactantes o de tan corta edad y que es de esperar y para ello **será decisiva la actitud de la madre**, redunde en beneficio del pequeño Justiniano.”

15. Sentencia 25.05.2009 (AP Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª). Ponente: Eugénio Santiago Dobarro Ramos

“... en cuanto a lo solicitado por la madre de que en cuanto al régimen vacacional a favor del padre que se haga efectivo cuando la niña alcance los dos años de edad, tampoco justifica la limitación que pretende, por cuanto Cristina ha nacido el doce de octubre de 2007, que supone que actualmente ha cumplido ya el año y los ocho meses, por lo que la necesidad de asistencia directa de la madre, **no es ya tan precisa como en los periodos de lactancia**, y dado que, como se ha dicho, **no se ha acreditado un riesgo que hiciera inconveniente** el disfrute vacacional con el padre, debe de rechazarse lo pretendido en el recurso.”

17. Sentencia 15.07.2009 (AP León, sección 1). Ponente: Ana del Ser López

“La madre formula recurso en cuanto a las visitas al entender que se trata de un lactante ... se coincide plenamente con la valoración probatoria realizada por el Juez de Primera Instancia que efectivamente tiene en cuenta la edad del menor y aplica un desarrollo progresivo en las relaciones con el progenitor no custodio, **considerando la madre que no es suficiente la cautela apreciada dada la condición de lactante del hijo.**

Lógicamente el **criterio preferente** en el momento de establecer un régimen de comunicación y de visitas entre un padre y un hijo no puede ser otro que el interés del menor, a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se ha de garantizar siempre. Este es el principio informador de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, que se consagra en el artículo 39.2 de la Constitución, a tenor del cual "los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos", y que tiene su reflejo en el artículo 92, párrafo segundo del Código Civil, que dispone que las medidas a adoptar en relación con los hijos del matrimonio lo habrán de ser desde la óptica de su beneficio, que no puede confundirse con el deber o interés de sus progenitores, **o de alguno de ellos** (...).

Ciertamente, **sobre este particular y la condición de lactante del menor, únicamente se aporta como prueba un documento**, el número tres de la contestación, en el que se dice que a los dos meses y medio de edad el niño se estaba alimentando con leche materna y biberón, **lo cual no implica que en el momento actual, más de un año después, el niño siga siendo lactante. En todo caso seguiría una alimentación mixta, por razones obvias**, lo cual ya no implica en modo alguno

que necesite tener vinculación con la madre cada tres horas, como la misma argumenta en su escrito de recurso, ni que tampoco precise pernoctar en el domicilio materno.

Desde la experiencia que aporta haber conocido de numerosos casos como el que nos ocupa podemos afirmar que los hijos necesitan a sus dos progenitores. Entendemos que es claramente beneficioso para los niños querer a su padre y a su madre y a la vez poder sentirse queridos por sus dos padres e identificarse con ellos. Necesitan su amor, su interés y su estima. Es importante, por ello, que un hijo mantenga un contacto tan estrecho como sea posible con sus dos progenitores, aunque éstos no vivan juntos. Cuanto más alta es la frecuencia de contacto de los hijos con el progenitor no custodio **más positiva es la percepción que el menor tiene de éste y simultáneamente también tienen niveles inferiores de inadaptación. (...)**".

(...) El niño que ahora cuenta con más de un año de edad puede perfectamente relacionarse con su padre los sábados y domingos alternos desde las 11 a las 20 horas, **sin pernocta, hasta que cumpla los dos años.**"

20. Sentencia 27.11.2009 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Eduardo Hijas Fernández

"(...) En el caso que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración, la parte hoy apelante, en su escrito de formalización del recurso, fechado en 21 de abril de 2009, propugna que la limitación de las estancias del menor con el padre a las tardes de martes y jueves se prolongue, por razón de la condición de lactante del niño, hasta que el mismo alcance los 18 meses de edad.

Y si bien, en coincidencia cronológica con tal momento procesal, **y de ser cierta la esgrimida circunstancia de la alimentación por leche materna**, lo que se niega de contrario, podría tener consistencia dicha pretensión, es lo cierto que, al tiempo de dictarse la presente resolución, el menor **ya ha superado el tope temporal de dieciocho meses al efecto propugnado por la parte recurrente en orden al mantenimiento de un régimen restringido de visitas, en cuanto subordinado a la circunstancia de la lactancia materna.**

(...) Los turnos rotatorios que afectan al demandado en su trabajo, según se acredita con el documento incorporado al folio 104 de las actuaciones, **se erigen en causa de entidad suficiente para adaptar a los mismos el régimen de visitas**, en modo tal que, por la coincidencia que, en determinados períodos, haya de producirse al respecto, **el menor no se vea perjudicado en su derecho a un contacto periódico y frecuente con dicho progenitor.**"

Breve comentario:

Se puede observar en diferentes sentencias cómo se arreglan siempre los inconvenientes del trabajo del padre, mientras que para la madre todo puede suponer una amenaza de pérdida de custodia.

21. Sentencia 20.01.2010 (AP Málaga, sección 6ª). Ponente: José Javier Díez Núñez

"... el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, **de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos**, señalando al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 1991 que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre

padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, siendo cierto que si bien puede sentarse como regla general la del contacto directo y regular que los hijos de progenitores que vivan separados deben mantener con los mismos a tenor del principio referido y a que alude el artículo 94 del Código Civil, dicho principio no puede concebirse como absoluto e incondicional, pues en todo caso queda subordinado al interés de los menores -T.S. 1ª S. de 21 de julio de 1993-, según contempla expresamente la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, al afirmar que en cuantas medidas hayan de tomar los tribunales con respecto a los menores "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", aún cuando concorra otro interés legítimo de protección, (...) pues **tratándose de una menor que salió hace tiempo del período de lactancia, pese a las aseveraciones practicadas por la progenitora materna acerca de poder afectar la pernocta al interés de la menor**, dicha afirmación carece del mínimo refrendo probatorio, orfandad total y absoluta de prueba que debe constituir óbice a que las relaciones padre-hija se desarrollen de la forma más fluida posible, incluyendo por ello el régimen de pernocta en los fines de semana alternos y restantes períodos vacacionales que corresponda al demandado tener en su compañía a la menor, (...) debiendo conseguirse que en esa nueva situación en la que, al parecer, el demandado ha rehecho su vida con tercera persona, la menor desarrolle su personalidad emocional, psíquica e intelectual de la forma que sea más cotidiana y normal, siendo la pernocta adecuada y favorable a fin de garantizar establecimiento y continuidad en la relación paterno-filial, **sin ningún tipo de cortapisa impuesta por uno de los progenitores**, debiendo asumirse por ambos el nuevo status creado tras la ruptura de la convivencia, llegando a **una situación de plena y absoluta normalidad en la que se afiance el vínculo afectivo padre-hija**".

23. Sentencia 19.02.2010 (AP Madrid, sección 24ª). Ponente: María José de la Vega Llanes

“se impugna el régimen de visitas paterno-filial establecido en la sentencia apelada, solicitando su reducción y sin pernoctas dado que entiendo que **el hijo es un menor en periodo de lactancia**. Los **alegatos expuestos por la parte recurrente carecen de trascendencia para limitar el régimen de comunicaciones** que determina el juzgado (...) el **derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo** que autoriza a su titular a expresar o manifestar hacia otra persona, **exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin**, derecho que puede encuadrarse en los de personalidad y que se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación familiar entre visitante y visitado.

Por otra parte, se trata de un derecho claramente subordinado al interés del menor, y así está recogido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia: Declaraciones de los Derechos del Niño, aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas de 1959. Resolución de 29-5- 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; y Convención del Consejo de Europa de 1980 (RCL 1984/2167; Ap NDL 11401) sobre Reconocimiento y Ejecución de decisiones en materia de Guarda de Niños, por ser el más valioso y necesitado de protección y deber ser concedido al margen y por encima de los motivos que dieron lugar a la separación entre el visitador y el titular de la guarda del menor. Y es que el "ius visitando" cumple una evidente función familiar pues quiere la Ley que aunque la familia atraviesa una crisis o ruptura, incluso definitiva, se cumplan en la medida de lo posible, **los fines asignados al núcleo familiar**, entre ellos, el del pleno desarrollo de la personalidad de los mismos.

La fijación de un régimen de estancia, visitas y comunicaciones a favor del cónyuge con el que no conviva la **progenitora**, tiene como función y finalidad el fomentar un

vínculo de confianza y amistad entre dicho progenitor y los hijos. **La presencia del padre y la madre es fundamental para el crecimiento del hijo al ser soporte de las respectivas identidades**, ello no implica que se olvide que el plan o régimen de visitas debe proteger los derechos del niño y del padre no custodio (configurándose como un derecho-deber) y tender a fomentar los vínculos afectivos con él para procurar así la formación integral que es espíritu y guía del ejercicio de la patria potestad.

Cuando se trata de hijos en los primeros años de vida, cual es el caso sometido a nuestra deliberación es lógico aplicar un sistema progresivo de comunicaciones que en todo caso debe acomodarse a las necesidades e interés del menor conforme se vayan manifestando, y en este caso contando ya **el menor con dos años de edad** se viene entendiendo que procede fijar la formación del régimen de visitas inclusive la pernocta en aras a la conveniencia y el beneficio del menor que aconsejan amplitud, generosidad y facilidad en la comunicación con el progenitor que no convive con el menor.”

24. Sentencia 22.02.2010 (AP Albacete, sección 1ª). Ponente: Manuel Mateos Rodríguez

“La discrepancia se centra en la decisión de permitir la pernocta de la niña con su padre desde los dos años, entendiendo la apelante que es más adecuado fijar ese régimen para cuando la niña cumpla los tres años. La recurrente cita sentencias de este Tribunal que fijan en 3 años de edad el momento en que el niño puede pernoctar con el padre, y ante tal argumento debe decirse que **no se ha fijado tal criterio de modo rígido, sino que se viene resolviendo caso por caso**, tomando en consideración particularmente la relación existente entre padre e hijo y las capacidades del primero para ocuparse del segundo. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 23 de abril de 2007 (Aranzadi JUR 2007/281311) se confirmó un régimen de visitas con pernocta respecto de un niño de 17 meses.

Menciona también como argumento **su proyecto de mantener la lactancia materna** (como complemento alimenticio) más allá de los dos años de edad de la niña, **pero tampoco este argumento resulta convincente**, pues **aunque sin duda esa decisión sería beneficiosa para la niña, no lo sería tanto como el mantenimiento de la lactancia en los primeros meses, y tampoco superaría los beneficios que, en el desarrollo de su personalidad, tiene para un menor la relación con ambos progenitores.**

Los trastornos que el cambio de entorno puede producir en la niña son mínimos, y limitados en el tiempo, pues **sin duda la menor se acostumbrará pronto** a las visitas periódicas al domicilio de su padre.”

25. Sentencia 10.03.2010 (AP Málaga). Ponente: Inmaculada Suárez Bárcena Florencio

“(…) el derecho de visita que el artículo 94 del Código Civil reconoce a favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad o incapacitados como consecuencia de lo acordado en la Sentencia de separación, nulidad o divorcio, tiene como contenido tanto la visita propiamente dicha, como la comunicación y convivencia con aquellos y se fundamenta en la relación jurídica familiar preexistente entre aquél y el hijo, constituyendo un aspecto concreto, en caso de crisis del matrimonio, del derecho más general de comunicación entre parientes recogido en el artículo 160 del Código Civil. Se trata de un **derecho de contenido afectivo**, encuadrable entre los de la personalidad, de naturaleza extramatrimonial, innegociable e imprescriptible, y no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino como complejo derecho-

deber cuyo adecuado cumplimiento **tiene como finalidad especial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su integral desarrollo**, estando condicionado a que resulte beneficioso para el menor, a fin de salvaguardar sus intereses. Así pues, el interés de los hijos constituye el eje fundamental de tal derecho de visita y al que queda subordinado como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 92.2 del Código Civil, en concordancia, así mismo, con el principio constitucional de protección integral de los hijos del artículo 39.2 de la Constitución Española y Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Nueva York, por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de octubre de 1989 y ratificada por España por medio de instrumento de fecha 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990). Al constituirse el régimen de visitas como una función que implica no sólo derechos, sino también deberes, es posible restringirlo o limitarlo, conforme resulta del artículo 94 del Código Civil, en aquellos supuestos en los que se acredite que tales comunicaciones entre los hijos menores y el progenitor no custodio puedan constituir, o constituyen, fuente de riesgo para los menores, para el desarrollo integral de los mismos, en razón a circunstancias tales como la falta de contactos previos de forma prolongada en el tiempo padre-hijos cuando éstos cuenten con escasa edad, comportamientos determinados del progenitor no custodio, situación emocional de los propios menores, u otra serie de circunstancias que puedan concurrir y aconsejen y fundamenten una resolución restrictiva del régimen de visitas, que incluso puede venir aconsejada por circunstancias ajenas a la voluntad del progenitor no custodio (...) dada la falta de contactos padre-hijo, durante un periodo de tiempo era necesario, a fin de establecer y reforzar vínculos afectivos padre-hijo, deseables sin duda en beneficio del menor, contemplar un periodo de adaptación del menor para con su padre, el que, sin duda, **por las razones que sea, que no vienen al caso, y por la corta edad del menor, resultaba al menor una figura extraña y alejada de la vida cotidiana del que en aquel entonces no era sino un bebé lactante (...)** el padre no resulta ya una figura extraña y alejada de su vida, por lo que no hay razón alguna para (...) limitar el régimen de visitas del menor, durante las vacaciones escolares, hasta que el menor cumpla los cinco años de edad, pues con tres años de edad, un niño que ya ha establecido vínculos con su **padre que está perfectamente capacitado para el cuidado y atención del menor (...)**".

Comentario breve:

Observamos que cuando se explica teóricamente los derechos parece que cabe la diferencia de ser madre en todo el andamio, pero cuando se aplica la teoría no se atiende nunca a las razones de la madre, puesto que éstas responden simplemente a que es la madre y no quiere separarse de su criatura. Ella apela a su deseo porque siente que debe ser además derecho pues sale de dentro, de su verdad biológica.

26. Sentencia 14.05.2010 (AP Barcelona). Ponente: Joaquín Bayo Delgado

“la teoría de que los niños menores de esa edad no deben pernoctar fuera del domicilio materno (pero sí paterno) **responde a prejuicios que descansan en la discriminación sexista**. Salvo el supuesto de lactancia natural, no así cuando es artificial, debe partirse de la capacidad abstracta de ambos progenitores para **cuidar adecuadamente** a su descendencia. Cosa distinta es que conste que un progenitor (**que también puede ser la madre**) ha demostrado incapacidad, imposibilidad y /o indisposición para el cuidado de un bebé o criatura.”

27. Sentencia 23.07.2010 (AP Zaragoza, sección 2). Ponente: Francisco Acín Garos

“En lo que respecta a pernoctas y día de visita intersemanal, dice la recurrente que las primeras deben ser pospuestas a los cuatro años del menor, **dada la dependencia emocional que éste muestra respecto de ella, además de que cortarían la lactancia e impedirían los efectos beneficiosos que la misma supone para la salud infantil (...).**

... bien entendido que en el derecho a comunicarse de los progenitores con los hijos no sólo se trata de un derecho de los primeros, **sino de un efecto beneficioso para el desarrollo psico-emocional de los segundos**, que mantienen de esta forma un vínculo natural con sus padres (...) **la prueba practicada no acredita la existencia de circunstancias que aconsejen la prohibición de que la menor pernocte con su padre una vez que cumpla tres años de edad. La madre no ha probado que el hijo tome de manera exclusiva lecha materna, ni puede estimarse verosímil que lo vaya a hacer una vez cumplidos tres años. Ni se acredita tampoco que el menor necesite unos especiales cuidados alimenticios que no puedan ser prestados por el padre.**”

28. Sentencia 1.09.2010 (Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 7). Ponente: Francisco Serrano Castro

“En principio, **el hombre y la mujer están capacitados igualmente** para asumir la guarda y custodia de los hijos. En virtud del principio de igualdad ante la Ley y no discriminación de sexos consagrado en el artículo 14 CE (RCL 1978, 2836), **el sexo no puede ser un criterio determinante a la hora de otorgar la guarda y custodia de los menores a uno u otro progenitor. Ambos padres tienen la misma importancia en la educación y el desarrollo integral de los menores.**

Sin embargo, el porcentaje de concesiones de guarda a la madre alcanza el noventa por ciento del total. **El bajo porcentaje de padres guardadores se debe a la falta de petición por los mismos, pero también una cierta tendencia de los tribunales a considerar que la madre, por su sexo, es mejor guardadora.**

... durante la primera fase de crecimiento del menor (**periodo de lactancia**, etc.) por simples razones biológicas, la mujer está mas capacitada para guardar y custodiar a los menores. Superada esta primera etapa de crecimiento (**a partir de los tres o cuatro años de edad**) ambos padres son igual de aptos para cuidar de sus hijos, y **sólo las circunstancias** del caso permitirán realizar una elección concreta.”

36. Sentencia 28.4.2011 (AP Palencia, sección 1ª). Ponente: Ignacio Javier Ráfols Pérez

“En el recurso se cuestiona únicamente éste último pronunciamiento referido a la posibilidad de pernoctar del niño en el domicilio paterno a partir del mes de septiembre 2011. En apoyo de tal pretensión se invocan las especiales características del niño, que padece síndrome de Down y sigue siendo amamantado por su madre, sin que sepa hablar y comunicarse, razones por las cuales entiende la recurrente que nos recomendable la pernocta con el padre, debiendo mantenerse el régimen de visitas previsto en sentencia pero no así la posibilidad de pernocta a partir del mes de septiembre 2011, entendiendo que podrá revisarse este régimen de comunicación y visitas del menor una vez que la evolución lo haga aconsejable pero no mediante la fijación de un plazo a priori dado que en se desconoce cuál va a ser su evolución a esa fecha, razón por la cual se entiende que no se debe fijar fechas predeterminadas a estos efectos.

(...) Sentado lo anterior, y tomando como base la propuesta contenida en el informe técnico, se ha fijado en la sentencia apelada, además de una ampliación del régimen de visitas, la posibilidad de pernocta en el domicilio paterno a partir de septiembre de

2011, fecha en que, por entender el Juzgador que **es previsible que el niño no seguirá alimentándose con leche materna, ya pueda dormir con su padre**, razón por la cual se establece un régimen de visitas normal ...

Pues bien, comparte esta Sala el criterio del Juez de instancia y del Ministerio Fiscal pues, **siendo necesario la progresiva normalización de las relaciones padre-hijo**, como señala el Equipo Psicosocial, parece prudente atender a esa edad fisiológica, dadas las especiales características del menor, para concretar un plazo para el inicio de tal normalización pues lo contrario implicaría **dejar indeterminada la medida que quedaría supeditado, en cierta medida, el criterio de la madre lo que redundaría en perjuicio del menor que precisa, sin duda, de los contactos con su padre y con la familia paterna.**”

40. Sentencia 22.11.2011 (AP Illes Balears, sección 4ª). Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández

La madre alega: “La Juez ad quo fundamenta solamente el amplio y exagerado régimen de visitas establecido en la resolución judicial en un supuesto “interés del padre en el cuidado y atención del hijo”, y **no en interés del hijo, en el beneficio de éste**, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal atendiendo al resultado de la prueba practicada, principalmente a:

a) La edad del menor. La juzgadora en el Auto de fecha 11 de octubre de 2010 en el que se disponen las medidas provisionales, en su fundamento jurídico tercero expresa que “(...) Carlos Antonio, quien todavía no ha cumplido los cinco meses de edad, todavía en estado de lactancia según manifestaciones de la propia Sra. Rosana, requiere de la presencia de su madre para tener cubiertas sus necesidades más vitales, máxime cuando el padre del menor ha reconocido en el acto de la vista que en los primeros meses de vida de su hijo menor, durante sus ausencias, era la madre del menor quien lo cuidaba”.

Alega el padre: “(...) los fundamentos de la madre para impugnar el régimen de visitas estipulado, **son abstractos, se basan en el interesado criterio que lo más beneficioso para el menor es estar con la madre, por el mero hecho de serlo**, evitando reconocer -por mera conveniencia- la importancia e **igual relevancia de la figura paterna** de la que - desde luego- **el hijo “disfruta como un enano”**.”

Decide el Tribunal: "... el régimen de visitas no es únicamente un derecho del progenitor no custodio, sino un deber del mismo en orden a favorecer el interés del menor, por lo que debe establecerse el régimen de visitas más favorable a sus intereses, siempre según lo que aconsejen las circunstancias del caso y en orden a mitigar, en la medida de lo posible, **el daño que para la formación del menor supone la ausencia del progenitor no custodio**. Así las cosas, y como quiera que el menor, Carlos Antonio, que cuenta **en la actualidad con un año y medio, ya no es lactante** (así se establece en la sentencia atribuyendo tal reconocimiento a la propia Sra. Rosana en el acto de la vista, sin que se impugne propiamente tal aserto probatorio), se hace preciso fijar un régimen de visitas lo más amplio posible (...) Siendo precisamente ahora, en esta corta edad del menor, y tal y como recuerda la sentencia, **“(...)cuando las relaciones paterno-filiales se están forjando en ambos sentidos, esto es, de forma bidireccional padre e hijo”**, por lo que es obvio que se ha de intentar reforzarlas y encauzarlas de cara al futuro (...) Por lo tanto, la Sala concuerda la afirmación contenida en la sentencia de instancia relativa a que “el régimen de visitas que conviene fijar en el presente pleito debe ser lo más amplio posible “. Aserto cuya efectiva acomodación al caso de autos no viene menoscabado por ninguno de los plurales argumentos apelatorios, **por cuanto que la edad del menor ya no es obstáculo para relacionarse ampliamente con el padre**, salvo que se hubiera acreditado en autos -que no es el caso- algún tipo de dificultad o

indisposición justificativa de un recorte (...) ni se atisba por qué haya de quedar afectado el estado de felicidad y de bienestar del menor en dicho aspecto (...) Negar, como hace la actora, **el derecho de pernocta con el padre a un niño que ya no precisa de lactancia**, fundamentándolo, según palabras de la propia Sra. Rosana, **en el hecho de que con ella duerme más tranquilo, no se considera razón de peso suficiente, máxime cuando se basa en meras apreciaciones subjetivas de una parte quien, pese a reconocer que el niño cuando ha estado con el padre no ha tenido ningún problema, pretende que el niño no pernocte con el padre siquiera una vez cumplidos los tres años (...)**

Debe tenerse presente, en este sentido, que tal interpretación flexible de los principios procesales citados presenta en estos autos coherente acomodo con **el principio favor filii**, elevado a rango constitucional en virtud de la redacción del artículo 39 del Texto Fundamental, informador del marco que nos ocupa, **en el que los intereses del menor confieren carta de naturaleza a las decisiones del Tribunal, justificando el desplazamiento a un plano secundario de otros intereses en litigio."**

47. Sentencia 9.02.2012 (AP Málaga, sección 6ª). Ponente: José Javier Díez Núñez

El padre alega: "1) Que el régimen de visitas establecido a favor del padre en la sentencia de instancia no era el adecuado al principio de "favor filii" que debe presidir su adopción, lo que significa que el derecho-deber del progenitor que no tiene la guarda y custodia del hijo menor, **debe gozar de un amplio derecho para visitar y estar con él con la finalidad de contribuir a su formación integral de la personalidad**, no llegando a comprender la razón que lleva a la juzgadora de instancia a limitar el derecho del menor Sebastián a pernoctar con su padre, cuando sus cualidades como padre son óptimas y **el menor no depende de la madre ni por lactancia, ni por ninguna otra razón**, sin que la sentencia consigne los motivos por los que se llega a tal decisión, **únicamente haciendo constar la edad del menor, el que tiene dos años**, por lo que estado **ambos progenitores en disposición para cuidar al menor y siendo la relación del padre la natural con el hijo (...)**".

Señala el Tribunal: "no es el propio interés del progenitor apelante, sino el de su hijo menor, derecho fundamental éste que es recogido en el artículo 9.3 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, entendiéndose por la doctrina a la vista del contenido del artículo 39.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), en relación con el 154 , 158 y 160 del Código Civil (LEG 1889, 27) , que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos, señalando al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 1991 que **las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural**, del que es evidentemente consecuencia ineludible **la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores**, de ahí que si bien pueda sentarse como regla general la del contacto directo y regular que los hijos de progenitores que vivan separados deben mantener con los mismos a tenor del principio referido y a que alude el artículo 94 del Código Civil, dicho principio no puede concebirse como absoluto e incondicional, pues en todo caso queda subordinado al interés de los menores - T.S. 1ª S. de 21 de julio de 1993 -, según contempla expresamente la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor (...)"

48. Sentencia 26.04.2012 (AP Barcelona, sección 18ª). Ponente: Ana Mª García Esquiús

“En principio nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, **en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar**, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores. La colaboración de ambos en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares **evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se vé obligado a asumir la practica totalidad del aspecto controlador y disciplinar** frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia.

Pero en aquellos supuestos en que no es posible actuar consensuadamente, una de los progenitores habrá de asumir la custodia y con ello la responsabilidad de la guarda cotidiana y la atención personal habitual partiendo siempre del principio de que cuando se trata de decidir sobre el cuidado de los hijos, **la ley dice que lo único que ha de tenerse en cuenta es el interés de los hijos, sin que en ningún caso deba primar la valoración de uno u otro progenitor por razón de su sexo, sino en la medida en que se compruebe cual de ellos se encuentra en mejores condiciones de asistir a los hijos (...)**.

Por lo tanto la marcha de la Sra. Eloísa a su ciudad de origen no parece una decisión irrazonable o inconsistente de la misma manera que todos los antecedentes de los que hay constancia en autos indican que la cuidadora principal de la menor desde su nacimiento ha sido y es la madre. No sólo por el extenso período de lactancia materna, dada la actual evolución de la forma de repartir las tomas, sino por que así lo indica el informe emitido por el pediatra de zona que visitaba regularmente a la menor (...) pero además la hija tiene derecho a disfrutar de la compañía del padre **a quien corresponde velar por ella y ayudarle a crecer intelectual y emocionalmente**”.

50. Sentencia 8.06.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

"Al venir referido el primer motivo de recurso del demandado a la guarda y custodia del hijo menor de edad de los litigantes, conviene con carácter previo precisar que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en "tener a los hijos en su compañía" (art. 154 CC (LEG 1889, 27)), se desdobra en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro progenitor. Por tanto los términos "guarda y custodia" y "régimen de visitas y estancias" no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.

De ello se desprende, según reciente jurisprudencia, que: a) la convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%, b) En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, después de la separación o divorcio las funciones de velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes siguen siendo compartidas entre ambos, c) El reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una separación o castigo para uno de los padres, las causas que provocaron la

ruptura no pueden determinar el reparto de tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema de separación remedio.

Igualmente hay que tener en consideración que el derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el artículo 161 del Código Civil, no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la crisis matrimonial.

Se trata de propiciar que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y compañía con los hijos menores y que la relación sea lo más enriquecedora posible.

Nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del "favor filii" contenido en los artículos 92, 93 y 94 CC, que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello **los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro que le permita ver constantemente a su padre y a su madre**, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial.

(...) nuestra sentencia de 6 de febrero de 2.002, parte del indiscutible hecho de que los hijos son las auténticas víctimas de los conflictos de sus progenitores. Así el interés de aquéllos ha de ser especialmente protegido con el fin de evitar que los mismos sufran otros daños que los **ya graves, por si solos, de la falta de la presencia en su vida cotidiana de ambos ascendientes**, debiendo, en consecuencia, procurarse unos contactos lo más extensos y profundos posibles con aquel progenitor que no ostente su custodia.

Esta problemática relativa a la custodia debe resolverse en atención al artículo 92 del Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación".

Por ello se hace preciso decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, **buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.**

En materia de visitas y comunicaciones paternofiliales debe atenderse principalmente al interés del menor, principio esencial básicamente en aplicación del artículo 39.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836). Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial,

al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3).

Debe recordarse en relación con el régimen de visitas, por un lado, que el principio dispositivo resulta muy relativizado en esta materia por expresa disposición del art. 751 LECV, y, por otro, que entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los arts. 39.3 de la Constitución Española, 94 y 160 esencialmente del Código Civil (LEG 1889, 27), que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, **que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos**. Al respecto, la S.T.S. de 30-4-1991, se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 160 del Código Civil. (...)

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

La doctrina es igualmente consciente de que el ejercicio de derecho de visitas, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor. Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo (STS 21-7-1993) pues, como señala el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996, 145) de Protección Jurídica del Menor, como principio general que debe informar su aplicación (...) "el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala los arts. 10 de la C.E. así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las **apetencias personales de sus padres**, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor.

Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; **atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor**: Esa resolución sería siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales (así STS de 22-5-1993 , que a su vez cita la de la propia Sala de 9-3-1989) a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, **sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores**, evitando al menor (ex art. 158.3 del Código Civil) los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón. Es decir, el régimen de vistas debe de compaginar el adecuado sistema de relación del menor con ambos progenitores y el propio beneficio del menor.

Atendidas estas premisas, del examen detallado de los autos, y en atención a las particulares circunstancias concurrentes en el caso, consideramos más adecuado en el presente introducir las pernoctas en las visitas de fines de semana alternos en que a D^o Silvio le corresponda la permanencia con el niño, como idóneo para él, que el desarrollo más limitado que establece la disentida, **en un momento en que Rodrigo ha alcanzado ya la suficiente independencia física respecto de su madre, superado por su parte el periodo de lactancia materna y alcanzada la edad de 2 años y medio (...)**

... En efecto, es a todas luces más beneficioso para Rodrigo, en situación de absoluta normalidad de todos los afectados, tanto padre, **en quien no se ha informado ni alegado siquiera patología ni indicador negativo alguno**, como niño, un régimen de visitas amplio y equitativo, en semejantes repartos de tiempo con cada uno de sus progenitores, para permitirle se adapte a la situación actual, sin que constituya ningún inconveniente la edad, cuando se trata de un niño sano, otra cosa ni se indica ni aflora a la causa.

Desde lo general, la pernocta que introducimos a la visita de fin de semana, responde a la finalidad antes apuntada de **garantizar el mantenimiento del afecto y apego del niño a la figura paterna**, de la que ahora se ve privado en lo cotidiano por razón de la ruptura de relación por parte de sus progenitores, **figura de cuya referencia precisa para alcanzar la plena estabilidad en todo orden**.

... Para concluir, D^a Berta, **progenitora femenina custodio**, habrá igualmente de contribuir a los alimentos de su hijo no solo de manera material y directa, con atenciones personales, sino incluso económicamente, debiendo ella misma colmar cuantas carencias deje al descubierto el aporte paterno, si es que se detectare alguna, **llegado el caso hasta trabajando, dando al tiempo cumplimiento al derecho deber que a todo español impone nuestra Constitución en su artículo 35**, pues para ello goza de plenas condiciones y capacidad, tanto por edad como por estado de salud, al no padecer enfermedad invalidante, ni venirle reconocida discapacidad ni minusvalía, poseyendo titulación y habiéndose dedicado en efecto al libre ejercicio de la abogacía, en un momento en el que ya dispone de tiempo para la reinserción profesional, al recurrirse para Rodrigo a los servicios de guardería, de modo que puede dar perfecto cumplimiento a la obligación proporcional de contribuir que le incumbe (...) ahora el único hijo común habido acude a guardería, lo que permite a esta progenitora disponer

de tiempo libre para el ejercicio de su profesión, **de la que tan solo se ha apartado desde el nacimiento de Rodrigo, por decisión unilateral, que no de consuno con el ex marido, ni menos aún por imposición de este**, sin que nada que no sea la propia voluntad le impida volver a ejercer la abogacía en semejantes condiciones a como antes lo hacía.

... consideramos a la ex esposa en este caso autosuficiente y capaz de atender con dignidad su propio sustento, sin nada precisar del ex marido, a quien por cierto no le une ya vínculo alguno, de modo que no es factible reconocer pensión compensatoria a favor de D^a Berta al no detectarse desequilibrio derivado del divorcio.

El establecimiento de pensión compensatoria en este caso no obedece a las previsiones que se contemplan en el artículo 97 del Código Civil, en cuanto su destino o finalidad no es otro que colocar al consorte desfavorecido con la quiebra del matrimonio, en igual situación frente al empleo o medios de obtención de recursos, en que se encontraba antes de contraerlo, recordando que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, la pensión compensatoria no es de automática concesión a toda separación o divorcio, ni un mecanismo igualatorio de economías dispares, en la medida relativa que se infiere de las medidas cuantificadoras que tal precepto contempla, que la separación o la disolución por divorcio, del matrimonio, origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto, en méritos a la concurrencia de dos índices condicionantes comparativos, uno temporal en su naturaleza, pues el que postula tal derecho ha de estar en posición de inferioridad económica respecto de la que disfrutaba antes en el matrimonio, y de carácter personal la otra, cuando además es imprescindible que la posición económica del beneficiario en potencia, sea de inferior nivel a la del otro consorte, debiendo influir ambos condicionamientos, y sin que pueda bastar uno solo para el nacimiento del derecho regulado en el respectivo precepto (...) hay que tener en cuenta que la mayor parte de las separaciones y divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de uno y otro con la tenida en periodo de convivencia, por ello, la mayoría de la doctrina al hilo de lo que antecede afirma que el reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de los dos, **sino hallarse cada uno de ellos de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos**.

Procede en consecuencia la estimación del concreto motivo de recurso, para suprimir la pensión compensatoria con cargo al ex marido”.

Breve comentario:

En esta resolución vemos [la judicialización de la vida familiar y la implacable aplicación del principio de igualdad](#).

3. NO SE ACEPTA LA LACTANCIA NATURAL COMO EXPRESIÓN DE DESMESURA DE LA MUJER, SINO COMO UN DESEO SIN JUSTIFICACIÓN A MODO DE MERO CAPRICHIO

Encontramos la idea de que la lactancia es una desmesura¹³ en estas afirmaciones:

- La diferencia sexual se ha vuelto tan "atractiva y comprensible que está generando vínculos nuevos (...) algunos, de una **radicalidad difícil de sobrellevar**"¹⁴.

¹³ "Hay una desmesura (una desmesura de libertad) en la entrega a la crianza de una criatura para hacer posible que su deseo y su creatividad lleguen al mundo. Se nota la desmesura en la desorientación que trae al propio deseo, al deseo de la madre, que entra en conflicto con el deseo, también suyo, de entregarse a la criatura. Pero si la desorientación es verdaderamente una prueba, pienso que el atravesarla podrá ponerla en relación de amistad con la medida previa, y ser fuente de palabra, de soltura, de simbólico: de prácticas que propicien lo que mejor sirva a nuestro presente".

- “La entrega entera, durante unos años, del propio tiempo a la crianza de cada criatura es (pienso) un quiebro a la designificación de la maternidad durante el último patriarcado. Es un quiebro o evasiva ante la designificación de la maternidad porque en esa entrega la medida es el todo: **la criatura da el todo, y el todo pide en un intercambio dispar**”¹⁵.
- Esa "lactancia que, en muchas ocasiones, se alarga muchos años en el tiempo, nos quiere decir algo importante, nos avisa de algo. Yo creo que **las mujeres que optan por ese camino -no siendo una opción-** nos dicen, se dicen y les dicen a sus bebés, que no pasa nada, que mamá está ahí. (...). Custodian y nutren con su leche el orden simbólico de la madre. Una paradoja más del tiempo presente, que se construye a base de amor femenino por la vida, de obstinación por no dejarse llevar ante el sinsentido”¹⁶.
- “**Son madres que intentan transformar y dar sentido al padre brindándole una oportunidad de amar** o de aprender a amar en esa segunda escuela del amor que es la primera infancia de sus hijos e hijas. ¿Cómo? Contratando explícitamente con el hombre elegido la posibilidad de hacerle padre y reinventando con el la paternidad si la posibilidad se realiza: la paternidad en contexto y con su propia trascendencia. (...)”¹⁷.

3. Sentencia 2.03.2007 (SAP Alicante, sección 9ª). Ponente: Domingo Salvatierra Ossorio

“El artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989(...) establece que: 3. Los Estados Partes respetarán el **derecho del niño** que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al **interés superior del niño**.

Por su parte el artículo 39 de la C.E. establece que 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, **y de las madres**, cualquiera que sea su estado civil.

Además, los artículos 1, 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero 1996 sobre protección jurídica del menor establecen (...) primará el **interés superior de los menores** sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Artículo 11. (...) Las Administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de **sus derechos**.

2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: (...) d) **La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal**.

De la citada normativa se desprende la **imposibilidad de negar el derecho** de los progenitores a mantener relaciones con sus hijos de un modo regular, con la excepción de que sea contrario al interés del niño (...) sin que sea posible limitarse **a la corta edad del hijo como obstáculo** para que le hoy apelante pueda pernoctar con él, siendo necesario que se justifiquen las **razones precisas** por las que se considera que no es posible establecer un régimen de visitas normalizado y amplio que incluye dicha pernocta.

(...) las relaciones entre el padre y el hijo no han podido desarrollarse con normalidad por haberse producido la ruptura matrimonial cuando el hijo contaba con tan sólo 9

¹⁴ María-Milagros Rivera Garretas "Ella es demasiado libre. La revolución del tiempo y del amor". DUODA 41-2001, p. 50.

¹⁵ María-Milagros Rivera Garretas "Ella es demasiado libre. La revolución del tiempo y del amor". DUODA 41-2001, p. 53.

¹⁶ Laura Mora Cabello de Alba, "El trabajo y la maternidad de las mujeres en un espacio único de tiempos múltiples" DUODA n.º 40-2011, p. 170-171.

¹⁷ María-Milagros Rivera Garretas "Ella es demasiado libre. La revolución del tiempo y del amor". DUODA 41-2001, p. 60-61.

meses de edad, por lo que el régimen de visitas establecido supone la adecuada instauración de un programa que permitirá **el desenvolvimiento** de lazos de afectividad entre padre e hijo que **requieren** que desde una edad temprana el niño pueda pasar con él varios días pues en caso contrario **se corre el peligro** de que el niño se sienta siempre ajeno a la vida cotidiana de su padre. Si las relaciones de convivencia, más allá de la mera visita de unas horas, se instauran desde los tres años y, con mayor intensidad, existirán mayores posibilidades de que **la presencia paterna adquiera la importancia que debe tener en la educación y formación integral de la personalidad del menor**, y todo ello atendiendo siempre a que **los niños de corta edad** precisan de un entorno estable, de una rutina, de unos cuidados que sólo la madre les puede proporcionar.

(...) Javier tiene ya 2 años y seis meses, y del detenido análisis del conjunto de la prueba no existe ni un solo elemento que nos permita inferir que pernoctar con su padre pueda ir en contra del interés del menor, a sensu contrario, hemos de decir que **un padre está tan capacitado como una madre para cuidar de su hijo**, en cualquier edad -con la excepción del **período de lactancia**- y el interés del menor debe pasar por el establecimiento de un amplio, fluido y flexible régimen de visitas que le permita disfrutar de ambos progenitores (...)."

4. Sentencia 10.07.2007 (SAP Murcia, sección 5ª). Ponente: José Joaquín Hervás Ortiz

"En primer lugar, en lo que se refiere a la fijación de un régimen de visitas diferente para el hijo de más corta edad, durante el primer año, por encontrarse en periodo de lactancia, debe recordarse (...) que, en el momento actual, el menor cuenta ya con un año y siete meses de edad, por lo que **ha transcurrido sobradamente el primer año y, por tanto, el periodo de lactancia** que podría **justificar el establecimiento de ese régimen diferenciado**".

5. Sentencia 25.07.2007 (SAP Asturias, sección 5ª). Ponente: María José Pueyo Mateo

"el régimen de visitas, no tiene como finalidad satisfacer los derechos o deseos de los progenitores, sino casi exclusivamente cubrir las necesidades afectivas y emocionales de los menores, lo que a juicio de la recurrente ha sido obviado en la recurrida en la que se establece prematuramente un régimen ordinario de visitas, proponiendo que en su lugar se acuerde que la menor pueda comunicarse con su padre los sábados y domingos alternos desde las 11 h. a las 19 h. respetando siempre la lactancia y descanso de la menor hasta alcanzar como mínimo los 3 años de edad.

Alega la recurrente que debe tenerse en cuenta la edad de la menor, quien en el momento del recurso tenía 15 meses, y en la actualidad 18 meses, siendo prácticamente nula la relación entre padre e hija, y continuar la menor en el momento de interponer el recurso -24 de abril de 2.007- con lactancia materna."

Señala el Tribunal: "Las precedentes alegaciones no desvirtúan a juicio de la Sala la pertinencia de las medidas que respecto a la menor acordó la juzgadora "a quo". Ciertamente como señala el T.S. en la sentencia de 30-4-91 "las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar, sirviéndola de asentamiento, pertenezcan a la **esfera del Derecho natural**, del que es, evidentemente, una consecuencia ineludible la **comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos**, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos".

Tampoco es acogible la objeción que al régimen establecido se plantea por la apelante en cuanto a la alteración de la alimentación o del horario de descanso de la niña, pues nada en autos permite colegir que **el padre no sea un progenitor responsable ni que**

desconozca los especiales cuidados y atenciones que exige un niño de tan corta edad, como es el caso de Marta. Y aunque la madre **insiste en el tema de la lactancia** y la incidencia de su interrupción cuando pase fines de semana con el padre es lo cierto que **la edad actual de la menor, 18 meses, hace aunque no insólito sí poco frecuente tal práctica, teniendo en todo caso la lactancia materna a esa edad un carácter complementario**. En tal sentido la **Ley del Estatuto Básico de la Función Pública establece en el art. 48 como período de lactancia 1 año**. En todo caso, como declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 14-1-06 (...) que **la pretensión materna no atendía en su conjunto al interés o beneficio material o moral del menor**, ni permitía conciliar aquél con los **legítimos derechos de ambos progenitores** que aunque subordinada al interés prevalente de protección integral del hijo, debe ser también tenida en consideración. (...) el derecho de visitas en su vertiente de estancia y permanencia del hijo menor en compañía del progenitor no custodio, representa un derecho-deber subordinado al beneficio o interés superior de lograr la protección integral del menor, lo que permite que su ejercicio pueda moderarse o incluso frustrarse en función de los distintos factores concurrentes, entre los que adquiere especial significación la edad del menor, condiciones y capacitación del progenitor para atender a los hijos cuando se encuentren bajo su cuidado éstos. En el presente caso se reitera que la parte recurrente **no ha acreditado la inidoneidad** del padre para desempeñar sus funciones con la menor, ni tampoco que la edad de ésta haga inapropiado e inconveniente el régimen que se establece por la juzgadora "a quo".

Por lo que se refiere al tema de la intervención de los abuelos (...) derecho de éstos a mantener las relaciones naturales con su familia extensa, en especial con **los abuelos quienes, en la sociedad actual, desempeñan un importante papel de socialización respecto a sus nietos**. La relación entre los ascendientes y descendientes es de especial protección, de orden natural, consagrada en los textos internacionales sobre protección a la infancia como uno de los derechos fundamentales del menor (art. 8,1º de la Convención de los Derechos del Niño de 20-XI-89) (...). La STS de 23-11-99 ha destacado el derecho de los niños a mantener relaciones con su propio entorno familiar completo, por lo que únicamente razones plenamente justificadas pueden fundamentar la ruptura de tales relaciones".

6. Sentencia 18.09.2007 (SAP Zaragoza, sección 2ª). Ponente: María Elia Mata Albert

"El Sr. Pedro Jesús podrá visitar y tener consigo al hijo hasta que este cumpla los **3 años** los sábados de 11 a 20 horas llevándolo a medio día a comer a casa de la madre **mientras dure la lactancia**, y los martes y jueves de 10 a 13 horas, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y 2 semanas en verano no continuas sin presencia de la madre y con lo especificado mientras haya lactancia sin que en ningún caso sea necesaria la presencia de la madre. **Cuando el hijo cumpla los tres años** el régimen será ... el actor suplicando que las visitas del sábado se desarrollen ininterrumpidamente de 11 horas a 20 horas, o, alternativamente, se suspenda de 13,30 horas a 14,30 horas para que el niño coma con su madre y hasta que el niño cumpla dos años de edad ...

El menor acaba de cumplir el 8 de Junio dos años de edad (8 de Junio 2005). **Al parecer, (sólo constan los alegatos de la madre) todavía recibe lactancia materna**, sin que sea éste el lugar adecuado para poner en tela de juicio tal medida, beneficiosa en sí para el menor.

... Que el padre tenga que llevar al menor los sábados a que coma con la madre es un **inconveniente transitorio**, ya que cesará cuando **se interrumpa la lactancia**

materna, por tanto, debe mantenerse lo estipulado por redundar en beneficio del niño."

7. Sentencia 11.12.2007 (SAP Huesca, sección 1). Ponente: Antonio Angós Ullate

"... el padre podrá tener consigo al hijo menor José Miguel: Hasta el día 1 de mayo de 2007 el padre podrá seguir visitando al menor (...) pero siempre respetando los **periodos de lactancia del menor**. A partir del 1 de mayo de 2007 y hasta que el menor tenga 6 años: una semana cada 2 meses desde el lunes a la hora de salida de la guardería hasta el lunes siguiente, debiendo la madre llevarlo y recogerlo en el aeropuerto de Barcelona y el padre al aeropuerto de Mallorca y las $\frac{3}{4}$ partes de las vacaciones de Navidad y Semana Santa y mitad de las vacaciones de verano.

... La demandante solicita en su recurso la adopción de las tres medidas antes referidas ... La primera de ellas ya no tiene actualmente ningún sentido, pues dependía del mantenimiento de la **lactancia materna hasta los tres años** ...".

8. Auto 20.10.2008 (SAP Toledo, sección 1ª). Ponente: Gema Adoración Ocáriz Azaustre

"Alega la apelante que el menor tiene 9 meses y necesita cuidados y alimentación especiales como lactante que desconfía que el padre puede darle adecuadamente, y que la separación de la madre durante tantas horas puede serle perjudicial, así como que el primer fin de semana de cumplimiento **el estado del menor a su devolución a la madre era tal que hubo de ser llevado al hospital**.

El recurso no puede prosperar. ... el menor de 9 meses, ahora cercano a un año, **no consta que realice su alimentación por lactancia materna** y precise con ello el contacto físico con su madre para alimentarse ...

Así las cosas esta Sala debe señalar que conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica el régimen de visitas es una continuación o reanudación de la relación paterno filial "evitando la ruptura por falta de convivencia de **los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos**" (STS. 9.10.92), debiendo ser conciliados distintos intereses protegibles, como son el relativo al mantenimiento de la relación materno o paterno-filial -que se acrecienta y desarrolla a través del mutuo contacto-, **el derecho del menor a su desarrollo integral** -que se enriquece con dicho contacto-, y el derecho de ese cónyuge no conviviente a que no se ponga en peligro esa relación. Todo ello supone que deben constar **razones relevantes que aconsejen una limitación de lo que no solo es un derecho del padre sino también y fundamentalmente un derecho de su hijo**, y que justifiquen que el régimen de visitas no sea todo lo amplio que las circunstancias de todo orden permitan y en este caso no consta motivo alguno por el que la comunicación directa y contacto personal del padre con su hijo haya de restringirse tan relevantemente como pretende la apelante, no constando el mas mínimo indicio, mas que **subjetivas suspicacias de la madre**, de una inaptitud o desinterés del padre por el cuidado de su hijo".

9. Sentencia 27.10.2008 (AP Las Palmas, sección 3). Ponente: Ricardo Moyano García

"(...) en defecto de acuerdo, se reconoce a favor del padre el siguiente régimen de visitas, quien deberá recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno: los sábados y domingos de fines de semanas alternos de 11 a 17 horas y miércoles de todas las semanas de 17 a 19 horas, régimen de visitas que se llevará a cabo hasta que la menor cumpla los cinco años, a partir de que la menor cumpla los cinco años de

edad se reconoce a favor del padre el siguiente régimen de visitas, pudiendo el mismo pernoctar con su hija (...).

La juzgadora "a quo" estableció un régimen de los denominados progresivos, que en vez de dejar al albur de la dinámica de los hechos en la relación paternofamiliar la mutación del régimen de visitas inicial, fija ya unas pautas de adecuación al "rebus sic stantibus" de la natural evolución del desarrollo del hijo en el tramo inicial de su vida hasta los tres o cinco años; ese régimen supone que se fije ya una paulatina ampliación de las visitas, tomando como base **"lo que generalmente sucede"**, es decir, una buena relación del hijo con ambos progenitores que permite la ampliación sucesiva de los períodos de comunicación y visitas, hasta alcanzar la pernocta en el domicilio del cónyuge no custodio, **desaconsejada por los protocolos de la psicología infantil en los primeros años de la vida, cuando la relación entre madre e hijo es más estrecha y no es adecuado que el menor pernocte fuera del domicilio maternal**. En este sentido, en el momento actual de toma de decisión la hija cuenta con **un año y cuatro meses de edad**, como nacida en mayo de 2007, por lo que la fundamentación impugnatoria de la madre, que pretendía restringir las horas de la visita diurna del padre, **en atención a la lactancia de la hija, ha decaído, puesto que el período de lactancia ha terminado**, y ningún obstáculo hay en las visitas de fin de semana de 11 a 17 horas y de los miércoles de 17 a 19 horas. ... **es excesiva la posposición del segundo tramo del régimen al momento en que la hija cumpla cinco años**, considerándose adecuado que se inicie esa segunda fase cuando la hija cumpla los tres años de edad."

10. Sentencia 2.12.2008 (SAP Zaragoza, sección 2ª). Ponente: Julián Carlos Arqué Bescós

"El padre podrá llevarse a la hija y tenerla consigo, mientras dure la lactancia, los sábados y domingos alternos de 12 de 17 horas, de manera que haga su siesta con el padre, y una tarde de todas las semanas de 17 a 20 horas. **Cuando la hija abandone la lactancia, hasta los dos años** el régimen será de sábados y domingos alternos de 11 a 20 horas sin pernocta, siguiendo la tarde semanal. Desde los 2 años fines de semana alternos de 11 horas del sábado a 20 horas del domingo con pernocta ... La actora que considera ... la menor no debería pernoctar con el padre hasta que alcanzara los tres años de edad. (...)

En cuanto a la impugnación tampoco puede ser estimada, no existe obstáculo alguno para que la menor pueda pernoctar con el progenitor no custodio cuanto alcance los dos años, **no existe informe psicosocial alguno que lo desaconseje**, estando el padre **perfectamente capacitado** para atender a su hija."

11. Sentencia de 27.01.2009 (AP Guipúzcoa, sección 2). Ponente: Ane Maite Loyola Iriondo

"siendo la lactancia materna, en este momento y dada la edad del menor, **una opción de la madre** que actúa como complemento a la alimentación del niño (...) se estima procedente **priorizar, en este caso, el mantenimiento del vínculo con su padre** (...) de modo que **si la madre desea prolongar la lactancia materna deberá adoptar las medidas adecuadas para que dicha decisión no interfiera en la relación padre e hijo**, pues como se indica en la sentencia de instancia **la madre no puede prolongar la lactancia materna si con ello perjudica al padre** y **priva al niño de la posibilidad de conectar afectivamente con su padre** (...) sería aconsejable que éstas [las pernoctas] se realizaran lo antes posible a fin de que el menor no pierda contacto con su padre en todos los ámbitos de su vida; si el período de lactancia se extiende mucho en el tiempo, **se podría plantear que la madre aportara la leche materna en**

biberones para que fuera el padre quien se la proporcionara al menor cuando le correspondiesen las visitas”.

13. Sentencia 2.2.2009 (AP Barcelona, sección 18ª). Ponente: Ana María García Esquiús

“(…) según los médicos que habían explorado a la menor en todas las ocasiones anteriores esta presentaba un buen estado general, en todos los aspectos. Por ello habremos de pensar en la primera razón lógica y objetivable a la que podría atribuirse el estado de tristeza y apatía del bebé, un bebé que es apartado de su único referente, la figura materna, coincidiendo con la inmovilización derivada de la fractura. **La separación de la madre como posible origen de la tristeza y apatía no es valorado en el informe administrativo, pese a que en buena lógica debería tomarse en consideración y ser valorado como mínimo como coadyuvante a que se instaure un trastorno de ansiedad en el menor.** Existe abundante literatura, tanto a nivel médico como en el campo de la psicológica y psiquiatría infantiles, sobre las consecuencias de la separación traumática del menor de su entorno habitual y especialmente de la madre: **el menor apartado de su madre no comprende si esta separación ha sido o no en su beneficio, si la madre le ha dejado o no voluntariamente; el menor vive una situación de abandono real que le causa sufrimiento y este sufrimiento tendrá tantas formas de expresión como distintas son las naturalezas humanas** y lo que es más, incluso en aquellos casos en que ha existido un trato negligente por parte del padre o madre, también la separación es vivida dolorosamente por el menor. Cada menor expresa sus emociones de forma singular, algunos con una profundidad mayor de la que se les atribuye. **La interacción afectiva que mantenían madre e hija, incluso mediante la lactancia, se vio bruscamente interrumpida, lo que hubo de tener como consecuencia directa la aparición de una situación de ansiedad ante la pérdida de su único referente, la figura materna.** En este caso además, el vínculo afectivo madre e hija había de ser particularmente fuerte y profundo debido a la ausencia de otros familiares y a los antecedentes familiares de la madre que apenas tiene familia propia en su país de origen por el prematuro fallecimiento de madre y hermano y que es razonable pensar que **se volcaba, quizás de forma demasiado intensa**, en su hija.”

Breve comentario:

En este caso se tiene en cuenta un cierto derecho sexuado aunque la argumentación es frente a la Administración para que retorne la custodia de una hija a la madre.

14. Sentencia 2.4.2009 (AP León, sección 2ª). Ponente: Alberto Francisco Álvarez Rodríguez

“... la representación de la esposa critica que **no se haya tenido en cuenta la condición de lactante del niño** y por ello aboga porque se eliminen las pernoctas del régimen de visitas.

El **criterio preferente** en el momento de establecer un régimen de comunicación y de visitas entre un padre y un hijo no puede ser otro que el interés del menor, a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se ha de garantizar siempre. Este es el principio informador de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, que se consagra en el artículo 39.2 de la Constitución (...) a tenor del cual “los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos”, y que tiene su reflejo en el artículo 92, párrafo segundo del Código Civil (...) que dispone que las medidas a adoptar en relación con los hijos del matrimonio lo habrán de ser desde la óptica de su beneficio, que no puede confundirse con el deber o interés de sus progenitores, o de alguno de ellos, de ahí que la ejecutabilidad de las medidas sobre hijos no goce, en ningún caso, de la

invariabilidad de la cosa juzgada, pudiendo el juzgador, en cualquier momento, atendiendo a las circunstancias concurrentes y motivadamente, suspenderlas, dejarlas sin efecto o modificarlas si lo creyere oportuno.

Ciertamente, sobre este particular la prueba, que el juzgador de la primera instancia analiza con sumo detalle, resulta contradictoria, pues en tanto el Pediatra D. Olegario y la Médica de Familia Doña. Marisol incidieron en la condición de lactante del niño, en **los beneficios de la lactancia y en las bondades de un régimen de visitas que se adapte a dichas circunstancias** y que pasa porque el niño pase las noches con la madre, en lo que de alguna manera vino a coincidir Doña. Elisa, Pediatra de la Seguridad Social y que como queda dicho, atendió al niño hasta los nueve meses de edad y que, desde su experiencia y evidente objetividad, resaltó la importancia de la lactancia materna (los seis primeros meses, si es posible, sólo leche materna y desde los seis meses hasta los tres años lo que se pueda) y mostró su preocupación por el sufrimiento de los niños pequeños en los casos de movilidad de un progenitor a otro y de un domicilio a otro, clamando por un necesario entendimiento entre ellos para hacerle más fáciles al niño las separaciones de su madre y las necesarias visitas de sus padres.

Por el contrario, el Equipo Psicosocial y muy en particular la Psicóloga Sra. Sacramento que en la vista tuvo una intervención más activa, **no dudó en aconsejar la frecuencia de las visitas y las pernoctas con el padre**. Y en la misma línea D. Justino, Pediatra (...) **desbordó conocimiento y ponderación**, tras contestar que en España la lactancia se prolonga, de media, 3,20 meses y resaltar que en los seis primeros meses es muy importante y que es aceptable que la lactancia materna pueda ser prolongada y que comparte que lo sea, **no dudó en afirmar que se puede prolongar sin separar a un niño de su padre y que la separación del niño de su madre durante la noche o durante una semana no tiene porque provocar en el pequeño ninguna reacción adversa**, siempre que el apego se desarrolle normalmente. Añadiendo que si el desarrollo de cualquier niño incluye cuatro aspectos (físico, intelectual, emocional y social) **los tres últimos tienen que ver con el entorno y en él la figura del padre es muy importante, de ahí que considerara preferente estimular la relación con él que la continuación con la lactancia materna**, a una altura de la vida del menor (15 meses a la fecha de su informe oral) en que aquélla no es más que un complemento de su alimentación.

Desde la experiencia que a este Tribunal le proporciona haber conocido de numerosos casos como el que nos ocupa, siempre muy delicados y que se acrecienta, sin duda, tras haber visto y leído las numerosas pruebas e informe periciales que en aquél se practicaron, está en condiciones de afirmar que los hijos necesitan a sus dos progenitores. **Necesitan querer a su padre y a su madre, poder estar orgullosos de ellos e identificarse con ellos**. También necesitan su amor, su interés, su alegría y su estima. Es importante, por ello, que un hijo mantenga un contacto tan estrecho como sea posible con sus dos progenitores, aunque éstos no vivan juntos. En concreto **los niños varones necesitan del padre porque a través de él logrará lo que los psicólogos denominan la tipificación de género** y el padre le ayudará en su desarrollo cognoscitivo y a lograr la autonomía.

Por ello, cuanto más alta es la frecuencia de contacto de los hijos con el progenitor no custodio más positiva es la percepción que el menor tiene de éste y simultáneamente también tienen niveles inferiores de inadaptación. (...)”.

Para niños muy pequeños esa misma experiencia nos dicta que es especialmente importante que puedan ver al progenitor con el que no viven según el principio “poco y a menudo” (la Psicóloga Sra. Sacramento dijo en la vista que los niños pequeños necesitan más frecuencia que cantidad). Así, **el niño podrá conservar el recuerdo de**

él mientras no estén juntos, y las separaciones del progenitor con el que vive resultarán menos difíciles al ser cortas.

La cuestión, nada fácil, es de límites, ¿hasta cuando se puede considerar a un niño muy pequeño? y ¿Qué se ha de entender por “poco” y por “a menudo”?

(...) por la corta edad del niño no es asumible el reproche lanzado por la representación del Sr. Pedro Francisco de que estemos ante un “régimen estándar”, sino que el establecido contiene más días y más tiempo de lo que es lo normal para niños lactantes o de tan corta edad y que es de esperar y para ello **será decisiva la actitud de la madre**, redunde en beneficio del pequeño Justiniano.”

16. Sentencia 15.07.2009 (AP Salamanca, sección 1). Ponente: José Ramón González Clavijo

“a la vista de la edad de la menor, de la recomendación de que sea alimentada mediante lactancia materna, lactancia que en principio **no suele prolongarse mucho más allá del año de edad**”.

17. Sentencia 15.07.2009 (AP León, sección 1). Ponente: Ana del Ser López

“La madre formula recurso en cuanto a las visitas al entender que se trata de un lactante ... se coincide plenamente con la valoración probatoria realizada por el Juez de Primera Instancia que efectivamente tiene en cuenta la edad del menor y aplica un desarrollo progresivo en las relaciones con el progenitor no custodio, **considerando la madre que no es suficiente la cautela apreciada dada la condición de lactante del hijo**.

Lógicamente el **criterio preferente** en el momento de establecer un régimen de comunicación y de visitas entre un padre y un hijo no puede ser otro que el interés del menor, a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se ha de garantizar siempre. Este es el principio informador de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, que se consagra en el artículo 39.2 de la Constitución, a tenor del cual "los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos", y que tiene su reflejo en el artículo 92, párrafo segundo del Código Civil, que dispone que las medidas a adoptar en relación con los hijos del matrimonio lo habrán de ser desde la óptica de su beneficio, que no puede confundirse con el deber o interés de sus progenitores, **o de alguno de ellos** (...).

Ciertamente, **sobre este particular y la condición de lactante del menor, únicamente se aporta como prueba un documento**, el número tres de la contestación, en el que se dice que a los dos meses y medio de edad el niño se estaba alimentando con leche materna y biberón, **lo cual no implica que en el momento actual, más de un año después, el niño siga siendo lactante. En todo caso seguiría una alimentación mixta, por razones obvias**, lo cual ya no implica en modo alguno que necesite tener vinculación con la madre cada tres horas, como la misma argumenta en su escrito de recurso, ni que tampoco precise pernoctar en el domicilio materno.

Desde la experiencia que aporta haber conocido de numerosos casos como el que nos ocupa podemos afirmar que los hijos necesitan a sus dos progenitores. Entendemos que es claramente beneficioso para los niños querer a su padre y a su madre y a la vez poder sentirse queridos por sus dos padres e identificarse con ellos. Necesitan su amor, su interés y su estima. Es importante, por ello, que un hijo mantenga un contacto tan estrecho como sea posible con sus dos progenitores, aunque éstos no vivan juntos. Cuanto más alta es la frecuencia de contacto de los hijos con el progenitor no custodio **más positiva es la percepción que el menor tiene de éste y simultáneamente también tienen niveles inferiores de inadaptación. (...)**”.

(...) El niño que ahora cuenta con más de un año de edad puede perfectamente relacionarse con su padre los sábados y domingos alternos desde las 11 a las 20 horas, **sin pernocta, hasta que cumpla los dos años.**”

18. Sentencia 2.09.2009 (AP Cádiz, sección 5). Ponente: Carlos Ercilla Labarta

“sin que pueda alegarse **la lactancia en un menor de 3 años, que incluso está escolarizado**”.

20. Sentencia 27.11.2009 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Eduardo Hijas Fernández

“(…) En el caso que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración, la parte hoy apelante, en su escrito de formalización del recurso, fechado en 21 de abril de 2009, propugna que la limitación de las estancias del menor con el padre a las tardes de martes y jueves se prolongue, por razón de la condición de lactante del niño, hasta que el mismo alcance los 18 meses de edad.

Y si bien, en coincidencia cronológica con tal momento procesal, **y de ser cierta la esgrimida circunstancia de la alimentación por leche materna**, lo que se niega de contrario, podría tener consistencia dicha pretensión, es lo cierto que, al tiempo de dictarse la presente resolución, el menor **ya ha superado el tope temporal de dieciocho meses al efecto propugnado por la parte recurrente en orden al mantenimiento de un régimen restringido de visitas, en cuanto subordinado a la circunstancia de la lactancia materna.**

(…) Los turnos rotatorios que afectan al demandado en su trabajo, según se acredita con el documento incorporado al folio 104 de las actuaciones, **se erigen en causa de entidad suficiente para adaptar a los mismos el régimen de visitas**, en modo tal que, por la coincidencia que, en determinados períodos, haya de producirse al respecto, **el menor no se vea perjudicado en su derecho a un contacto periódico y frecuente con dicho progenitor.**”

22. Sentencia 21.01.2010 (AP Alicante, sección 4ª). Ponente: Federico Rodríguez Mira

“Apela la madre la sentencia de divorcio pronunciada en la instancia, postulando, por un lado, que se restrinja, en mayor medida, el limitado régimen de visitas otorgado al padre para permanecer con su hija, de 9 meses de edad, fijándolo en 2 o 3 horas los sábados y domingos, **al tratarse de una niña que precisa de la lactancia materna cada 2 o 3 horas**, lo que no podría realizarse si se mantiene el tiempo fijado por el Juez durante los 3 primeros meses, desde las 10 a las 18 horas.

La interesada no ha justificado en debida forma que su hija sea alimentada mediante lactancia materna en los cortos periodos que invoca; y en este sentido el M. Fiscal ha venido a oponerse a su petición, solicitando que se confirme la decisión judicial de instancia, por ser conforme a derecho; criterio este que, en el momento presente, cuando la menor ya ha alcanzado los 13 meses, parece razonable y acorde con el limitado régimen de visitas otorgado al padre, sin la exigencia de reducirlo todavía más.”

23. Sentencia 19.02.2010 (AP Madrid, sección 24ª). Ponente: María José de la Vega Llanes

“se impugna el régimen de visitas paterno-filial establecido en la sentencia apelada, solicitando su reducción y sin pernoctas dado que entiendo que **el hijo es un menor en periodo de lactancia.** Los alegatos expuestos por la parte recurrente carecen de

trascendencia para limitar el régimen de comunicaciones que determina el juzgado (...) **el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo** que autoriza a su titular a expresar o manifestar hacia otra persona, **exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin**, derecho que puede encuadrarse en los de personalidad y que se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación familiar entre visitante y visitado.

Por otra parte, se trata de un derecho claramente subordinado al interés del menor, y así está recogido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia: Declaraciones de los Derechos del Niño, aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas de 1959. Resolución de 29-5- 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; y Convención del Consejo de Europa de 1980 (RCL 1984/2167; Ap NDL 11401) sobre Reconocimiento y Ejecución de decisiones en materia de Guarda de Niños, por ser el más valioso y necesitado de protección y deber ser concedido al margen y por encima de los motivos que dieron lugar a la separación entre el visitador y el titular de la guarda del menor. Y es que el "ius visitando" cumple una evidente función familiar pues quiere la Ley que aunque la familia atraviesa una crisis o ruptura, incluso definitiva, se cumplan en la medida de lo posible, **los fines asignados al núcleo familiar**, entre ellos, el del pleno desarrollo de la personalidad de los mismos.

La fijación de un régimen de estancia, visitas y comunicaciones a favor del cónyuge con el que no conviva la **progenitora**, tiene como función y finalidad el fomentar un vínculo de confianza y amistad entre dicho progenitor y los hijos. **La presencia del padre y la madre es fundamental para el crecimiento del hijo al ser soporte de las respectivas identidades**, ello no implica que se olvide que el plan o régimen de visitas debe proteger los derechos del niño y del padre no custodio (configurándose como un derecho-deber) y tender a fomentar los vínculos afectivos con él para procurar así la formación integral que es espíritu y guía del ejercicio de la patria potestad.

Cuando se trata de hijos en los primeros años de vida, cual es el caso sometido a nuestra deliberación es lógico aplicar un sistema progresivo de comunicaciones que en todo caso debe acomodarse a las necesidades e interés del menor conforme se vayan manifestando, y en este caso contando ya **el menor con dos años de edad** se viene entendiendo que procede fijar la formación del régimen de visitas inclusive la pernocta en aras a la conveniencia y el beneficio del menor que aconsejan amplitud, generosidad y facilidad en la comunicación con el progenitor que no convive con el menor.”

24. Sentencia 22.02.2010 (AP Albacete, sección 1ª). Ponente: Manuel Mateos Rodríguez

“La discrepancia se centra en la decisión de permitir la pernocta de la niña con su padre desde los dos años, entendiendo la apelante que es más adecuado fijar ese régimen para cuando la niña cumpla los tres años. La recurrente cita sentencias de este Tribunal que fijan en 3 años de edad el momento en que el niño puede pernoctar con el padre, y ante tal argumento debe decirse que **no se ha fijado tal criterio de modo rígido, sino que se viene resolviendo caso por caso**, tomando en consideración particularmente la relación existente entre padre e hijo y las capacidades del primero para ocuparse del segundo. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 23 de abril de 2007 (Aranzadi JUR 2007/281311) se confirmó un régimen de visitas con pernocta respecto de un niño de 17 meses.

Menciona también como argumento **su proyecto de mantener la lactancia materna** (como complemento alimenticio) más allá de los dos años de edad de la niña, **pero tampoco este argumento resulta convincente**, pues **aunque sin duda esa decisión sería beneficiosa para la niña, no lo sería tanto como el mantenimiento de la**

lactancia en los primeros meses, y **tampoco superaría los beneficios que, en el desarrollo de su personalidad, tiene para un menor la relación con ambos progenitores.**

Los trastornos que el cambio de entorno puede producir en la niña son mínimos, y limitados en el tiempo, pues **sin duda la menor se acostumbrará pronto** a las visitas periódicas al domicilio de su padre.”

27. Sentencia 23.07.2010 (AP Zaragoza, sección 2). Ponente: Francisco Acín Garos

“En lo que respecta a pernoctas y día de visita intersemanal, dice la recurrente que las primeras deben ser pospuestas a los cuatro años del menor, **dada la dependencia emocional que éste muestra respecto de ella, además de que cortarían la lactancia e impedirían los efectos beneficiosos que la misma supone para la salud infantil (...).**

... bien entendido que en el derecho a comunicarse de los progenitores con los hijos no sólo se trata de un derecho de los primeros, **sino de un efecto beneficioso para el desarrollo psico-emocional de los segundos**, que mantienen de esta forma un vínculo natural con sus padres (...) **la prueba practicada no acredita la existencia de circunstancias que aconsejen la prohibición de que la menor pernocte con su padre una vez que cumpla tres años de edad. La madre no ha probado que el hijo tome de manera exclusiva lecha materna, ni puede estimarse verosímil que lo vaya a hacer una vez cumplidos tres años.** Ni se acredita tampoco que el menor necesite unos especiales cuidados alimenticios **que no puedan ser prestados por el padre.**”

29. Sentencia 23.09.2010 (AP Pontevedra, sección 6). Ponente: Magdalena Fernández Soto

“(...) **la lactancia del menor, esgrimida novedosamente** como argumento en esta instancia para evitar que aquél pernocte en el domicilio paterno y reducir así el periodo de comunicación del menor con su padre, no puede ser atendido, pues (...) a estas alturas cuando el menor **está a punto de cumplir los dos años de edad y difícilmente creíble que continúe la lactancia materna en horas nocturnas**”.

30. Sentencia 15.10.2010 (AP Madrid, sección 22). Ponente: Eduardo Hijas Fernández

“(...) si bien no puede dejar de ponderarse, a los fines debatidos, la importancia que, en el desarrollo psico-físico el menor, reviste la lactancia materna, prolongada (...) dada la edad que contaba el menor al tiempo de resolverse la contienda en la instancia, **los pequeños inconvenientes de la interrupción de dicho sistema complementario de alimentación** durante los fines de semana alternos, en que el menor había de permanecer en el entorno paterno, **quedan ampliamente compensados por las ventajas que esta última relación conlleva**, por la necesidad de una vinculación temprana del hijo **con cada uno de sus procreadores**, en orden a propiciar su desarrollo armónico y equilibrado en todos sus aspectos”.

31. Sentencia 2.11.2010 (AP Illes Balears, sección 4). Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández

“(...) **ni ha de ser mérito tan preferente para tal fin la mayor proximidad materna durante la lactancia**, especialmente cuando no se acredita que el padre dejara de cumplir sus responsabilidades (...) entendiéndose dicha psicóloga recomendable que

siga la custodia compartida (...) **para evitar desigualdad entre los progenitores y no ceder a intereses personales (...).** Sin existir además respaldo legal alguno a las tesis manejadas en la apelación, en lo relativo a que haya de tener preferencia la guarda y custodia materna frente a la compartida por el mero hecho de que la edad del menor alcance solo el año y medio, o por **la circunstancia natural de que durante la lactancia haya tenido más protagonismo la figura materna que la paterna.**”

32. Sentencia 12.11.2010 (AP Navarra, sección 2). Ponente: José Francisco Cobo Sáenz

La madre alega: “(...) en el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida, no se recogen cuestiones de suma importancia, que se demostraron en la vista oral, tales como la declaración de mi representada en la que afirma que **el hijo está recibiendo lactancia natural de su madre, y que amamantamiento, se produce con un frecuencia de aproximadamente dos horas.**

Indicándose, que a mayor abundamiento, y a la vista de no se ha apreciado la prueba de la declaración de mi representada, se presenta un informe de la pediatra, que atiende al niño, en el consta que se le está alimentando con leche materna.

Para añadir que por consiguiente, no procede, al menos hasta que el niño **deje de ser amamantado de forma natural, cosa que se ocurriría cuando el niño tenga alrededor de 3 años** (en este momento tiene un año y cuatro meses), el régimen de visitas que se establece en la sentencia recurrida”.

Dice el Tribunal: “**por razón de la lactancia materna no se puede modalizar impositivamente,** en ningún termino (...) el régimen de visitas. El régimen en cuestión, se establece, de un modo progresivo. (...) la operatividad de este complejo régimen, sometido a un concreto sistema de evaluación en cuanto a la viabilidad de su progresiva implantación, **no puede quedar condicionado, por la lactancia materna del pequeño Rafa.** La cuál además, tal y como se especifica, en el informe emitido por la pediatra Sra. Paulina , de 25 de enero de 2010, **posee un perceptible carácter complementario, de la alimentación del niño,** que se califica de: “(...) alimentación completa”.

33. Sentencia 1.12.2010 (AP Barcelona, sección 12ª). Ponente: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

“Durante el periodo de lactancia, el padre visitará a la niña los sábados alternos desde las 10.00 hasta las 12.00 horas, recogiendo a la misma del domicilio materno y retornándola al mismo. **Cuando haya transcurrido tal periodo de lactancia,** el padre recogerá a la niña el sábado, del domicilio materno, a las 10 horas de la mañana, y la retornará a las 19 horas.

Cuando la niña cumpla dos años, el padre tendrá a la niña los fines de semana alternos, desde las 19.00 horas del viernes hasta las 19.00 horas del domingo.”

Breve comentario:

En las referencias al periodo de lactancia se observa que, en realidad, ese periodo está ya fijado en la mente del juez y, por tanto, él pone la medida a la desmesura femenina de decidir lactar a un hijo.

34. Sentencia 20.12.2010 (AP Jaén, sección 3). Ponente: José Cáliz Covalada

“...se impugna por el padre la primera de dichas medidas en lo referente al régimen de visitas únicamente en el sentido de que permita la pernocta de la menor con su padre

cuando cumpla los dos años, en vez de a partir de que la menor tenga tres años como establece la resolución recurrida".

El Tribunal señala: "... el régimen de visitas de la menor fijado en la recurrida se estima correcto y adecuado en tanto que atiende primordialmente al interés superior de la menor (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, ratificado por España el 30 de noviembre de 1989), criterio este consolidado en el ámbito estatal en virtud de la publicación de la Ley 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que previene expresamente la aplicación de estas medidas atendiendo al interés superior de los menores (...) considerando esta sala, respecto a la pernocta del padre con el hijo, que su fijación a partir de que el menor cumpla los tres años es correcta, ya que se atiende al criterio que viene mantenido la propia Sala, salvo que los progenitores acuerden otra cosa diferente y que se funda en la conveniencia de que la niña permanezca hasta que cumpla esa edad, en la que **generalmente termina el periodo de lactancia**, pernoctando de manera continuada con la madre, **ya que durante ese periodo depende en su mayor medida de la madre**".

35. Sentencia 24.02.2011 (AP Alicante). Ponente: Federico Rodríguez Mira.

"Ha de significarse, además, que la menor **ya se encuentra escolarizada** y no resultan justificadas las excusas de la madre, mediante las cuales pretende limitar en mayor medida el derecho del padre a comunicarse con su hija, **apelando a la lactancia materna** (...)"

36. Sentencia 28.4.2011 (AP Palencia, sección 1ª). Ponente: Ignacio Javier Ráfols Pérez

"En el recurso se cuestiona únicamente éste último pronunciamiento referido a la posibilidad de pernoctar del niño en el domicilio paterno a partir del mes de septiembre 2011. En apoyo de tal pretensión se invocan las especiales características del niño, que padece síndrome de Down y sigue siendo amamantado por su madre, sin que sepa hablar y comunicarse, razones por las cuales entiende la recurrente que nos recomendable la pernocta con el padre, debiendo mantenerse el régimen de visitas previsto en sentencia pero no así la posibilidad de pernocta a partir del mes de septiembre 2011, entendiéndose que podrá revisarse este régimen de comunicación y visitas del menor una vez que la evolución lo haga aconsejable pero no mediante la fijación de un plazo a priori dado que en se desconoce cuál va a ser su evolución a esa fecha, razón por la cual se entiende que no se debe fijar fechas predeterminadas a estos efectos.

(...) Sentado lo anterior, y tomando como base la propuesta contenida en el informe técnico, se ha fijado en la sentencia apelada, además de una ampliación del régimen de visitas, la posibilidad de pernocta en el domicilio paterno a partir de septiembre de 2011, fecha en que, por entender el Juzgador que **es previsible que el niño no seguirá alimentándose con leche materna, ya pueda dormir con su padre**, razón por la cual se establece un régimen de visitas normal ...

Pues bien, comparte esta Sala el criterio del Juez de instancia y del Ministerio Fiscal pues, **siendo necesario la progresiva normalización de las relaciones padre-hijo**, como señala el Equipo Psicosocial, parece prudente atender a esa edad fisiológica, dadas las especiales características del menor, para concretar un plazo para el inicio de tal normalización pues lo contrario implicaría **dejar indeterminada la medida que quedaría supeditado, en cierta medida, el criterio de la madre lo que redundaría en perjuicio del menor que precisa, sin duda, de los contactos con su padre y con la familia paterna.**"

37. Sentencia 6.05.2011 (AP Asturias). Ponente: José María Álvarez Seijo

La madre alega: "que no debería disponerse la pernocta del menor hasta los dos años, y que en otro caso debería reducirse el período de verano. Se basa fundamentalmente en la **necesidad de atender al mantenimiento de la lactancia materna**, por lo que la resolución judicial abocaría a un destete forzoso a los 15 meses, con infracción de los derechos de dicho menor, señalando que **no puede compartirse el razonamiento de la sentencia cuando afirma que al alcanzar el niño los 15 meses la lactancia materna se vería notablemente reducida al haberse instaurado como fuente principal de alimentación la complementaria.**"

El Tribunal concluye: "Ciertamente es insoslayable el derecho de todo progenitor a relacionarse con sus descendientes, con su participación en su desarrollo, formación integral y educacional, y en este sentido Don Edmundo se ha de presumir, y nada hay en contrario, **que se encuentra plenamente capacitado y dispuesto a asumir el papel de padre**, por lo que **no se ve que haya de ponerse obstáculo a la pernocta como no fuese por la razón aducida por la apelante.** (...) en relación con el período de lactancia, **la literatura médica resulta variada**, y así contempla **en ocasiones duraciones de incluso de un años o año y medio de edad, realmente excepcionales** pero siempre anudada dicha lactancia a una alimentación complementaria progresiva. (...). **Tiene, pues, su razón de ser lo aseverado en la sentencia al presuponer que a los 15 meses la lactancia habría de considerarse notablemente reducida, incluso podría afirmarse que prácticamente sustituida ya por la alimentación normal en un niño de dicha edad.** Ahora bien, con el fin de obviar cualquier mínima objeción, y por cuanto que en la recurrida se alude a una notable disminución de la lactancia, la Sala estima prolongar el período a partir del cuál el menor **puede pernoctar hasta que cumple los 18 meses**".

40. Sentencia 22.11.2011 (AP Illes Balears, sección 4ª). Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández

La madre alega: "La Juez ad quo fundamenta solamente el amplio y exagerado régimen de visitas establecido en la resolución judicial en un supuesto "interés del padre en el cuidado y atención del hijo", y **no en interés del hijo, en el beneficio de éste**, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal atendiendo al resultado de la prueba practicada, principalmente a:

a) La edad del menor. La juzgadora en el Auto de fecha 11 de octubre de 2010 en el que se disponen las medidas provisionales, en su fundamento jurídico tercero expresa que "(...) Carlos Antonio, quien todavía no ha cumplido los cinco meses de edad, todavía en estado de lactancia según manifestaciones de la propia Sra. Rosana, requiere de la presencia de su madre para tener cubiertas sus necesidades más vitales, máxime cuando el padre del menor ha reconocido en el acto de la vista que en los primeros meses de vida de su hijo menor, durante sus ausencias, era la madre del menor quien lo cuidaba".

Alega el padre: "(...) los fundamentos de la madre para impugnar el régimen de visitas estipulado, **son abstractos, se basan en el interesado criterio que lo más beneficioso para el menor es estar con la madre, por el mero hecho de serlo**, evitando reconocer -por mera conveniencia- la importancia e **igual relevancia de la figura paterna** de la que - desde luego- **el hijo "disfruta como un enano"**.

Decide el Tribunal: "... el régimen de visitas no es únicamente un derecho del progenitor no custodio, sino un deber del mismo en orden a favorecer el interés del menor, por lo que debe establecerse el régimen de visitas más favorable a sus intereses, siempre según lo que aconsejen las circunstancias del caso y en orden a

mitigar, en la medida de lo posible, **el daño que para la formación del menor supone la ausencia del progenitor no custodio**. Así las cosas, y como quiera que el menor, Carlos Antonio, que cuenta **en la actualidad con un año y medio, ya no es lactante** (así se establece en la sentencia atribuyendo tal reconocimiento a la propia Sra. Rosana en el acto de la vista, sin que se impugne propiamente tal aserto probatorio), se hace preciso fijar un régimen de visitas lo más amplio posible (...) Siendo precisamente ahora, en esta corta edad del menor, y tal y como recuerda la sentencia, **“(...) cuando las relaciones paterno-filiales se están forjando en ambos sentidos, esto es, de forma bidireccional padre e hijo”**, por lo que es obvio que se ha de intentar reforzarlas y encauzarlas de cara al futuro (...) Por lo tanto, la Sala concuerda la afirmación contenida en la sentencia de instancia relativa a que “el régimen de visitas que conviene fijar en el presente pleito debe ser lo más amplio posible “. Aserto cuya efectiva acomodación al caso de autos no viene menoscabado por ninguno de los plurales argumentos apelatorios, **por cuanto que la edad del menor ya no es obstáculo para relacionarse ampliamente con el padre**, salvo que se hubiera acreditado en autos -que no es el caso- algún tipo de dificultad o indisposición justificativa de un recorte (...) ni se atisba por qué haya de quedar afectado el estado de felicidad y de bienestar del menor en dicho aspecto (...) Negar, como hace la actora, **el derecho de pernocta con el padre a un niño que ya no precisa de lactancia**, fundamentándolo, según palabras de la propia Sra. Rosana, **en el hecho de que con ella duerme más tranquilo, no se considera razón de peso suficiente, máxime cuando se basa en meras apreciaciones subjetivas de una parte quien, pese a reconocer que el niño cuando ha estado con el padre no ha tenido ningún problema, pretende que el niño no pernocte con el padre siquiera una vez cumplidos los tres años (...)**

Debe tenerse presente, en este sentido, que tal interpretación flexible de los principios procesales citados presenta en estos autos coherente acomodo con **el principio favor filii**, elevado a rango constitucional en virtud de la redacción del artículo 39 del Texto Fundamental, informador del marco que nos ocupa, **en el que los intereses del menor confieren carta de naturaleza a las decisiones del Tribunal, justificando el desplazamiento a un plano secundario de otros intereses en litigio.”**

41. Sentencia 16.01.2012 (AP Asturias, sección 4)

"(...) el prevalente interés de la menor [en mi opinión, interés que nunca se explica, pues que interés puede tener una niña de dos años prevalente al dormir sin miedo y tranquila en su casa y sabiendo de la presencia de su madre de la cual todavía no se ha independizado] y el principio de igualdad [según mi opinión, ahí esta la clave: que el padre hombre sea igual en capacidades a la madre mujer] **en el desenvolvimiento de los deberes y derechos de los progenitores** [pero igualación imposible en capacidades] de los progenitores que inspira el conjunto del ordenamiento jurídico [no el mundo real] aconsejan profundizar todo lo posible en la convivencia del padre” e hija.

Con respecto al deseo de lactancia dice el Tribunal que: “(...) al margen de la respetable pero no imponible opinión actual de la apelante **sobre una práctica como la de la lactancia** que en todo caso el propio informe de un facultativo (...) recomienda como complemento de otros alimentos **hasta los dos años**, muy cercana esta edad (...) debiendo confirmar (...) las visitas en fines de semana y periodos vacacionales”.

42. Sentencia 26.01.2012 (AP Cádiz, sección 5)

“(…) la lactancia materna que ha polarizado buena parte de las actuaciones y ahora del recurso, sin duda condicionante en edades muy tempranas de los hijos, que hasta los seis meses de edad pueden alimentarse exclusivamente con leche materna, **no constituye fuera de ciertos parámetros temporales alegato aceptable para recortar los contactos paternofiliales, excluyendo la pernocta, que la sentencia razonable y ponderadamente establece a partir de los 18 meses** (...) la menor, al presente ha cumplido los dos años de edad, y **completado el ciclo ordinario de lactancia complementaria**, la conclusión adelantada definitivamente se establece”.

Breve comentario:

En ninguna sentencia hay presencia del deseo de lactancia de una madre a su hijo o hija. Además, la pernocta lejos de la madre (y pronto será la custodia compartida) cada vez se impone a edades más tempranas, ya que, lejos de escuchar la biología de las criaturas, impera la creación judicial de la paternidad, por la tenacidad con la que el final del patriarcado no quiere escuchar la libertad femenina. Paternidad que, por no saberse qué es en este nuevo escenario, se construye a semejanza de la maternidad, para así ocultar a la madre y borrar los rasgos, biológicamente insuperables, de ésta. Así "la corta edad de la hija lejos de ser una argumento disuasorio, se ofrece como la mayor y mas poderosa garantía de adaptación" de la hija a la ley del padre.

43. Sentencia 27.01.2012 (AP Granada, sección 5)

“(…) aunque ciertamente pueda haber alguna sentencia de la jurisprudencia de las Audiencias provinciales que haya señalado los cinco años para la pernocta, ello no es sino excepcional y generalmente fundamentado en la concurrencia de circunstancias que lo aconsejan (...) una veces por exigencias del propio hijo –así, cuando es de muy corta edad- otras, como (...) por razones atinentes al progenitor, bien imputables al mismo, como la falta de regularidad de la comunicación del padre con sus hijos o el defectuoso desempeño de la guarda, bien por circunstancias sobrevenidas ajenas a su voluntad como el mal estado de salud o los defectos graves de acondicionamiento y habitabilidad de la vivienda” por tanto “la limitación de la pernocta en los regímenes de estancia debe ser adoptada con carácter restrictivo, de modo que deben apreciarse causas graves para ello, **o cuando lo exija la naturaleza de las cosas, como ocurre cuando el menor esta en periodo de lactancia** (S. AP. Madrid, sección 24, de 29 de Junio de 2.005) no fijándose en consecuencia ningún limite temporal habiendo **resoluciones que la permiten cuando el menor tienen quince meses (S. AP. de Málaga, 6, de 17 de Marzo de 2.005) dos años (Cuenca de 16 de Junio de 2.003), o con mas generalidad la de tres años** (SS. AP. de Málaga, 4, de 17 de Marzo de 2005, Madrid, 22, de 5 de Abril de 2005 o Valencia, 10, de 1 de Junio de 2005)”.

44. Sentencia de 1.02.2012 (AP Madrid, sección 24)

Dice la sentencia de instancia: “En lo que al régimen de visitas se refiere, se acuerda que **mientras se mantenga el periodo de lactancia materna, durante los meses de abril, mayo, junio y julio del presente año**, (...). Si la lactancia materna se terminara antes del comienzo del mes de julio, la madre deberá ponerlo en conocimiento del padre (...) al objeto de iniciar en dicho momento el régimen ordinario de visitas establecido (...).”

Breve comentario:

Como en muchas otras, observamos que se habla de la existencia de un supuesto periodo de lactancia, desvinculado, al parecer de cualquier deseo o voluntad de los seres implicados, la madre y la criatura; y como si se tratara de algo que tiene un término final resolutorio, sin más, que fija, esta sentencia, en los 21 meses de vida de la criatura; y otra sentencia dirá otra cosa, sin más.

46. Sentencia 2.02.2012 (AP Murcia, sección 4)

La madre señala, con informes psicológicos, como desaconsejable la “pernocta de los menores con el padre antes de cumplir los seis años”.

Indica el Tribunal: “Con respecto a la situación del caso se señala que “los progenitores acordaron que los menores quedasen bajo la custodia exclusiva de la madre en razón a la edad **y situación de lactancia mutuamente aceptada**, situación que el informe pericial ha venido a considerar como la más idónea (...) procede mantener el régimen de visitas señalada en instancia (...) la restricción del derecho de comunicación hasta que cumpla los tres años de edad esta justificada en función de la propia edad”.

49. Sentencia 10.05.2012 (AP Asturias, sección 4)

Dice el Tribunal: “Este estado de cosas ha de conjugarse con los principios generalmente aceptados de estimar beneficioso para los menores una amplia comunicación con el progenitor no custodio, así como el de evitarles, al menos en edades tan tempranas, continuos cambios en el régimen establecido [y yo añado: por el Derecho, pues las criaturas no a esas edades no entienden de régimen alguno mas de no encontrar a su madre cuando la llaman], que puedan dificultar su adaptación [su sumisión, en realidad, negadora de su deseo] a él”.

Con respecto al deseo de lactancia dice: “**Insiste especialmente la recurrente en la circunstancia de continuar la lactancia materna** (...) no es presumible que continúe en el momento presente conforme a **criterios habituales en niños de esa edad**, al menos como modo de alimentación exclusiva, tal y como se desprende de los informes pediátricos obrantes en autos, que ya desde hace tiempo apuntan a **su carácter sólo complementario**”.

52. Sentencia 26.06.2012 (AP Zaragoza, sección 2ª). Ponente: Francisco Acín Garós

“... alega la recurrente que el niño toma cada tres horas -como complemento en cada caso de la ingesta de alimentos sólidos-, por lo que, caso de mantenerse lo resuelto, quedaría privado al menos de dos tomas, **en contra de lo que dice que recomiendan los especialistas en todos los casos en que sea posible**, siendo, pues, **la cuestión a dilucidar si el pecho que la madre da a su hijo como complemento después de cada ingesta de alimentos justifica que, tal y como solicita la misma en su demanda, para continuar con la alimentación del menor con leche materna en el segundo y tercer año de vida, deban las visitas quedar reducidas a las únicas que la recurrente admite**: desde el 18-3-12 a 18-3-13 sábados y domingos alternos, sin pernocta, con una duración de cada visita de 16 a 19,30 horas, y desde el 18-3-13 al 18-3-14 mismo régimen, pero de una duración de 4 horas, de 16 a 20 horas.

(...) si en todo este tipo de procesos juego como principio fundamental el de protección del interés del menor, **no parece que el que la madre pretende, en el que incluso habiendo cumplido su hijo dos años las visitas del padre quedan reducidas hasta los tres a 4 horas sábados y domingos, atienda verdaderamente a ese interés**. Hasta los dos años de edad, **según la generalidad de los autores, es cuando el menor más necesita el contacto con la madre; sin embargo, la lactancia del menor, que en el caso se admite tiene único carácter complementario, no es argumento suficiente para impedir que el padre, cuya inidoneidad para atender correctamente al hijo en ningún momento se ha invocado, pueda acceder a un contacto físico y afectivo mas normalizado que el que la madre trata de imponer**. Ella insiste en la incidencia que una interrupción de la lactancia en periodo

anterior a los tres años del menor puede tener, pero quiere ignorar que las visitas, cuya función radica en fomentar un normal desarrollo de la relación entre el menor y progenitor no custodio, permiten el desenvolvimiento de los debidos lazos de afectividad entre ambos, siendo en ese sentido otro factor, de no menor importancia, a conjugar con el interés que con olvido el anterior esgrime la madre.

(...) la Sala concluye que es adecuado cuando, **siendo el pecho únicamente complemento de una alimentación sólida, el menor ha cumplido ya los 15 meses**, estimándose que si media, como es deseable y debe mediar, la debida colaboración y flexibilidad entre ambos progenitores, el régimen que la sentencia establece para "A partir de un año y hasta que cumpla dos años de edad" **no se desarrollará con perjuicio para el menor, sino con el beneficio que un mayor contacto con el progenitor no custodio ha de suponer**".

53. Sentencia 10.07.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

“La **progenitora femenina custodio** viene igualmente obligada a contribuir de forma proporcional a los alimentos de su hija, no solo de manera material, personal y directa, sino efectiva, también económicamente, para completar carencias, si las hubiere, que queden al descubierto con la aportación paterna.

(...) siendo lo adecuado **diseñar, desde lo general en sede de proceso, el optimo régimen de visitas que compense o contrarreste tal ausencia y permita contar con la adecuada presencia paterna**, en función de las concretas circunstancias concurrentes, para garantizar el mantenimiento del vinculo afectivo entre el progenitor no custodio y el hijo, o a restaurarlo, fomentando el apego.

... en cuanto Flor hoy por hoy, cumplidos ya los 2 años, **habrá superado ampliamente el periodo de lactancia, o, de no haberlo hecho, recibirá además otro tipo de alimentación, por lo que tal circunstancia no afecta en modo alguno a una mayor amplitud de contacto**, en un momento en el que la hija ha alcanzado **suficiente grado de independencia física respecto de su madre**.

En este estado de cosas, por más que sea difícil la relación interprogenitores, **o incluso de que haya mediado violencia entre ellos, no puede trascender tal extremo a la menor**, respecto de quien no existe orden de alejamiento, de manera que coincide la Sala con el sentir del Ministerio Fiscal, y considera positivo a la relación paternofamiliar una mayor amplitud de los contactos a 6 horas diarias, una vez se haya restablecido la relación, de cursar esta con normalidad, pues para ello no se ve inconveniente alguno, así como se desarrolle también en los días domingo de fines de semana alternos, como interesan ambos progenitores en sus respectivos escritos de recurso.

La **progenitora femenina** no ha hecho referencia en el proceso a problemática grave atribuible al recurrente que le incapacite para atender a la menor, por lo que considera la Sala que no concurre en el momento actual circunstancia alguna que recomiende mayores restricciones en este caso, en el que ya son los contactos más limitados respecto de la generalidad de los supuestos, máxime cuando el progenitor no custodio alega y acredita que se ha sometido a tratamiento voluntariamente en evitación de conductas desajustadas por su parte, como la que dio lugar a que se dictara orden de alejamiento respecto de la madre.

Con la ampliación que llevamos a cabo se garantiza para Flor **la referencia paterna que le es precisa para la consecución de la plena estabilidad en cualquier ámbito, familiar, social, escolar, emocional y de toda índole**, a la que da total cobertura desde lo general, en previsiones de mínimos, y sin perjuicio de los pactos que en orden a visitas alcancen extrajudicialmente los litigantes en interés y beneficio de su propia hija, toda vez que desde lo judicial, los sistemas de comunicación se diseñan siempre

para la coyuntura de desacuerdo y atendiendo en exclusiva a **los intereses superiores de la menor a los que se da prevalencia, con carácter prioritario a los deseos, conveniencias, intereses particulares o comodidad de los padres.**”

54. Sentencia 2.10.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

“Se hace preciso así decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, **buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, cariño, alimentación, educación, desahogo material, sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.** Conforme a lo anterior, **no es necesario entrar en criterios relativos a la descalificación personal de los progenitores**, cuando ello no es preciso, pues debe darse respuesta a dicha cuestión atendiendo al superior interés a proteger.

... la hija común Sara, **quien ya cuenta con el suficiente grado de independencia física respecto de su madre, dada su edad de 5 años a esta fecha**, como nacida a NUM000 de 2.006, y **por ende rebasado con creces el periodo de lactancia**, según viene acreditado en las actuaciones, **no muestra preferencia por uno u otro progenitor y presenta con ambos un vínculo afectivo adecuado**, sin que se observe en ninguno de ellos problemática clínica que dificulte **el adecuado desempeño del rol parental, en equidad de actitudes y estilo educativo en orden a cumplimentar las necesidades básicas de la niña**, así como a facilitar su desarrollo emocional o social, o potenciar el crecimiento intelectual de Sara, sin negligencias en los cuidados y atenciones a prodigar a la niña.

El mero hecho de que la madre inicialmente fuera cuidadora principal por no desempeñar actividad retribuida (...) no permite sin más prescindir de la opción compartida por la que se decanta la Juez "a quo" en las concretas circunstancias concurrentes en esta familia, y cuando se advierten los presupuestos determinantes de esta alternativa de custodia, máxime al prestar ahora la progenitora femenina servicios retribuidos por cuenta ajena. Se evidencia aquí positiva una mayor presencia de la figura paterna, que equilibre la participación de ambos progenitores en la vida de Sara, a través del establecimiento de una guarda y custodia compartida”.

55. Sentencia 26.11.2012 (AP Islas Baleares, sección 4ª). Ponente: Juana María Gelabert Ferragut

El padre alega: “(...) la sentencia de instancia no motiva la mencionada decisión, si bien podría entenderse que se debe al haber atendido al argumento de la madre de que todavía le está dando el pecho a la menor. Tal argumento no es atendible por las mismas razones que expuso el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, compartidas por esta parte, **siendo a todas luces excesivo y desproporcionado que el periodo de lactancia se prorrogue hasta los dos años.** Por lo que se interesa que dicho pronunciamiento quede sin efecto”.

56. Sentencia 22.01.2013 (AP Zaragoza, sección 2ª). Ponente: Julián Carlos Arqué Bescós

“La guarda y custodia **a edades cortas**, como la de autos, (menor de 2 años a la fecha de la vista en 1ª. Instancia y meses al acto de la vista de las medidas provisionales), requiere de una especial consideración teniendo en cuenta lo proclamado por la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª. Sesión Plenaria de la ONU de 20 de Noviembre de 1959, la que indica que **salvo casos excepcionales no se debe**

separar a un niño/a de corta edad de su madre y porque en ocasiones puede estar condicionada a la propia **alimentación** del bebé (periodo de lactancia materna).”

57. Sentencia 28.02.2013 (AP Valladolid, sección 1ª). Ponente: José Antonio San Millán Martín

“Efectivamente, al tiempo de dictarse la Sentencia de Instancia (aún antes, al tiempo de promoverse la demanda, cuando la menor contaba sólo con 8 meses de edad) la corta edad de la menor Jimena, nacida en fecha de NUM000 -11, **que se encontraba en situación o régimen alimenticio de lactancia materna, sin perjuicio del complemento con otros alimentos**, condicionó la regulación del régimen de visitas, eliminando, en particular y respecto de los fines de semana, la pernocta en el domicilio paterno, en evitación de la ruptura en el proceso de lactancia. (...) en la actualidad, cuenta con más de 18 meses, **tiempo suficientemente maduro para que pueda acudir a un régimen de visitas ordinario, sin necesidad de esperar al cumplimiento de los tres años**, que incluya la pernocta de la menor en compañía de su padre, y ello, en atención primordial, no solo al interés o derecho del padre para tener en su compañía a su hija, sino **el interés de la propia menor, en orden al más conveniente desarrollo de los lazos de afectividad con su padre**. De las actuaciones se desprende, que ya al tiempo de dictarse la sentencia, la menor seguía un régimen alimenticio basado en leche artificial, purés de verduras y pescados, papillas de frutas, vitaminas y **ocasionalmente y a demanda, leche materna**. Por consiguiente, y al momento presente, **no parece exista ya el grave inconveniente de la lactancia materna para que pueda llevarse a efecto un régimen de visitas paterno filial ordinario**, cual el propuesto por el propio padre”.

4. LA NEGACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO DEL PLUS FEMENINO DE LA MATERNIDAD

Más allá de la lactancia que es el punto concreto que he escogido para acotar las resoluciones, observo como **lo que se niega es el plus femenino de la maternidad** (el dar forma a "un deseo que está inscrito en nuestro cuerpo y en nuestra mente. Un deseo que, cuando es realizado libremente, conlleva la necesidad y el placer también físico de estar cerca del niño. No solo cuando es muy pequeño sino también, intermitentemente, en otras etapas de su crecimiento"¹⁸).

La negación del plus femenino de la maternidad supone negar que: "Para que nazcan criaturas es necesaria la relación entre los sexos y esta es una relación dispar, desequilibrada. Es una disparidad no sólo porque el bebé la prefiere a ella sino por otras cosas. **Lo es también porque la experiencia de ser madre es una experiencia del ser que pasa por el cuerpo**, por el ser cuerpo (...) disparidad, que va unida a la vida humana (...) **disparidad natural (...) no desigualdad, pues las desigualdades tiene que ver con lo social y son, por tanto, modificables y remediables**. Confundir esa disparidad con una desigualdad puede llevar al intento de hacerla invisible, negarla y superarla a través del derecho. (...) Madre es la relación necesaria para la vida. (...) El lugar del padre es un lugar que viene después, es el segundo lugar. Esa es también una disparidad. (...) tanto la dificultad como también la posible salida a esto están en sostener la disparidad, en entrar en relación con lo real y con lo negativo de cada vida y en estar dispuestas y dispuestos a entablar una relación verdadera con el conflicto relacional entre los sexos"¹⁹.

En estas resoluciones veo evidenciado el hecho de que, al no reconocer que el hombre y la mujer son diferentes en la reproducción, los pasos dados en nombre de la igualdad son

¹⁸ “Imagínate que el trabajo”. SOTTOSOPRA, octubre 2009.

¹⁹ Beitia Hernández, Nuria. "La custodia compartida, ¿fuerza a las madres?". DUODA, núm. 37-2009, p. 137-143.

enormemente desprotectores de la maternidad y, por tanto, enormemente desiguales y vulneradores del principio de igualdad que se vulnera cuando se trata de forma igual a las personas que son diferentes²⁰.

Coincido con Maria Josep Varela²¹ en que en nombre de la no discriminación por razón de sexo se eliminó la preferencia legal a que las mujeres tuvieran la custodia de sus hijos pequeños en caso de desacuerdo entre las partes, lo que supone una desprotección de la maternidad o la diferencia en la procreación.

Dice Maria Josep Varela²² que la formula genérica de resolver, en interés del menor, teóricamente, no debería perjudicar a la madre, pero la historia está plagada de interpretaciones judiciales contrarias a la mujer y en estas resoluciones se observa, en mi opinión, el paradigma de estas interpretaciones. El interés del menor puede llevar a dar la custodia a los padres más ricos, a los que tengan nivel social más alto, que puedan proporcionar mejor entorno ... etc. y puede fomentar el hecho de que las mujeres que no tengan la seguridad de quedarse con la custodia de sus hijos prefieran continuar siendo maltratadas, a correr el riesgo de perder a sus criaturas.

4.1 Estrategias para negar a la madre: los términos de la ley, máxima expresión de la ley del padre

Y me pregunto: ¿Puede una madre con los pechos llenos de leche reconocerse en la expresión "progenitor femenino" o "progenitor custodio" o "procreadora"?

Viene al caso, aquí, traer a colación la lectura de Luisa Muraro²³, para describir el mismo trabajo que le debe constar a cualquier madre, protagonista de estas resoluciones, el verse encerrada en estas expresiones monstruosas, porque, dice Muraro que la "operación de incluirse en "hombre" nunca ha sido obvia (...) tal vez porque ocasionalmente aparece un "hombre" de sexo masculino declarado y exclusivo en el que no tiene que incluirse" (el padre con el que cada una de estas madres está en conflicto en su relación).

¿Donde está en realidad esa madre de las resoluciones tratadas y que ha visto que su vida real de mujer no cabe en esta regulación?

Cuando el hombre universal ha des-ocupado nuestra mente (y esto, en nuestro caso de estudio, ocurre irremediamente cuando se vive la maternidad) queda un vacío, en el que, entre otras cosas, creo que vive la maternidad de la mujer y en esa vivencia puede, de forma más fácil tal vez que en otros momentos en la vida, observar que también ella ha sido llamada a custodiar "el pasaje entre el inmenso silencio del que viene cada criatura cuando viene al mundo, y el mundo, que esta hecho de palabras"²⁴.

En ese lenguaje observo²⁵ también su arbitrariedad, por ello, el mismo "puede invertir la realidad humana (el hombre de sexo masculino viene antes en todos los sentidos del termino, también el biológico) que es que mujeres se nace, porque todos nacemos de mujer y hombres se llega a ser. ¿A qué exigencia profunda obedece la primacía que el sexo masculino reivindica y que en nuestros días alimenta la farsa de la igualdad entre los sexos?".

²⁰ Maria Josep Varela, "Els drets de la dona en l'evolució legislativa espanyola" DUODA núm. 8-1995, pp. 71-84.

²¹ "Els drets de la dona en l'evolució legislativa espanyola" DUODA núm. 8-1995, pp. 71-84.

²² "Els drets de la dona en l'evolució legislativa espanyola" DUODA núm. 8-1995, pp. 71-84.

²³ "La alegoría de la lengua materna", DUODA 14, pp. 17-36.

²⁴ "La alegoría de la lengua materna", DUODA 14, pp. 17-36.

²⁵ Luisa Muraro, "La igualdad entre los sexos, un espejismo o, mejor, una farsa". DUODA, núm. 39-2010, pp. 93-97. Clara Jourdan dice que con el principio de igualdad ha desaparecido la diferencia sexual del lenguaje y de las normas del derecho ("El derecho del final del patriarcado, borrando la diferencia sexual, alimenta la violencia contra las mujeres". DUODA núm. 37-2009, p. 149.

Yo creo al hecho de que “hay una necesidad identitaria masculina de superioridad, que ya no es confesable pero es tenaz”²⁶ y también, en este caso, siguiendo a Beitia²⁷, a que, al final del patriarcado, a los hombres no les llega el reconocimiento social por el trabajo o el poder, como les ocurría antes, y esa inseguridad les lleva a identificarse y a querer ocupar el lugar de la madre, en un desesperado y violento intento de tener existencia simbólica en el mundo²⁸.

Todo ello forma parte del proceso, en contra de la mujer, que describe Beitia²⁹, en relación con el vocabulario utilizado: “una mujer que se había abierto a la experiencia de ser dos, es decir, de acoger a un nuevo ser en su vientre, de hacerle sitio en sí y luego darle a luz, y que sabía distinguir ese lugar sutil en el que convivían ella misma y su criatura, sin confusión y sin separación (...) que también se había abierto a la experiencia de hacerle un lugar a su marido, temió correr el riesgo de borrarse ante la confusión de él” y dentro de esa terminología universalista y neutro-masculina. Se trata también de ignorar la disimetría porque **los hombres, como se verá en las siguientes resoluciones, “protestan contra la asimetría irreducible de su condición humana masculina** (no aceptan no poder ser considerados como madres y se rebelan con violencia)”³⁰.

Así, en la palabra progenitor, yo tampoco me incluyo pues lo que soy es madre y porque está pensada para negar a la madre e incluir al hombre, que es necesario como progenitor, pero no como padre.

14. Sentencia 2.4.2009 (AP León, sección 2ª). Ponente: Alberto Francisco Álvarez Rodríguez

“... la representación de la esposa critica que **no se haya tenido en cuenta la condición de lactante del niño** y por ello aboga porque se eliminen las pernoctas del régimen de visitas.

El **critorio preferente** en el momento de establecer un régimen de comunicación y de visitas entre un padre y un hijo no puede ser otro que el interés del menor, a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se ha de garantizar siempre. Este es el principio informador de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, que se consagra en el artículo 39.2 de la Constitución (...) a tenor del cual “los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos”, y que tiene su reflejo en el artículo 92, párrafo segundo del Código Civil (...) que dispone que las medidas a adoptar en relación con los hijos del matrimonio lo habrán de ser desde la óptica de su beneficio, que no puede confundirse con el deber o interés de sus progenitores, o de alguno de ellos (...).

Ciertamente, sobre este particular la prueba, que el juzgador de la primera instancia analiza con sumo detalle, resulta contradictoria, pues en tanto el Pediatra D. Olegario y la Médica de Familia Doña. Marisol incidieron en la condición de lactante del niño, en **los beneficios de la lactancia y en las bondades de un régimen de visitas que se adapte a dichas circunstancias** y que pasa porque el niño pase las noches con la madre, en lo que de alguna manera vino a coincidir Doña. Elisa, Pediatra de la Seguridad Social y que como queda dicho, atendió al niño hasta los nueve meses de edad y que, desde su experiencia y evidente objetividad, resaltó la importancia de la lactancia materna (los seis primeros meses, si es posible, sólo leche materna y desde

²⁶ Luisa Muraro, “La igualdad entre los sexos, un espejismo o, mejor, una farsa”. DUODA, núm. 39-2010, pp. 93-97.

²⁷ Beitia Hernández, Nuria. “La custodia compartida, ¿fuerza a las madres?”. DUODA, núm. 37-2009, p. 140.

²⁸ Sería también esto el problema antiguo del papel masculino en la familia. Clara Jourdan, “El derecho del final del patriarcado, borrando la diferencia sexual, alimenta la violencia contra las mujeres”. DUODA núm. 37-2009, p. 150.

²⁹ Beitia Hernández, Nuria. “La custodia compartida, ¿fuerza a las madres?”. DUODA, núm. 37-2009, p. 135.

³⁰ Clara Jourdan, “El derecho del final del patriarcado, borrando la diferencia sexual, alimenta la violencia contra las mujeres”. DUODA núm. 37-2009, p. 151.

los seis meses hasta los tres años lo que se pueda) y mostró su preocupación por el sufrimiento de los niños pequeños en los casos de movilidad de un progenitor a otro y de un domicilio a otro, clamando por un necesario entendimiento entre ellos para hacerle más fáciles al niño las separaciones de su madre y las necesarias visitas de sus padres.

Por el contrario, el Equipo Psicosocial y muy en particular la Psicóloga Sra. Sacramento que en la vista tuvo una intervención más activa, **no dudó en aconsejar la frecuencia de las visitas y las pernoctas con el padre**. Y en la misma línea D. Justino, Pediatra (...) **desbordó conocimiento y ponderación**, tras contestar que en España la lactancia se prolonga, de media, 3,20 meses y resaltar que en los seis primeros meses es muy importante y que es aceptable que la lactancia materna pueda ser prolongada y que comparte que lo sea, **no dudó en afirmar que se puede prolongar sin separar a un niño de su padre y que la separación del niño de su madre durante la noche o durante una semana no tiene porque provocar en el pequeño ninguna reacción adversa**, siempre que el apego se desarrolle normalmente. Añadiendo que si el desarrollo de cualquier niño incluye cuatro aspectos (físico, intelectual, emocional y social) **los tres últimos tienen que ver con el entorno y en él la figura del padre es muy importante, de ahí que considerara preferente estimular la relación con él que la continuación con la lactancia materna**, a una altura de la vida del menor (15 meses a la fecha de su informe oral) en que aquélla no es más que un complemento de su alimentación.

Desde la experiencia que a este Tribunal le proporciona haber conocido de numerosos casos como el que nos ocupa, siempre muy delicados y que se acrecienta, sin duda, tras haber visto y leído las numerosas pruebas e informe periciales que en aquél se practicaron, está en condiciones de afirmar que los hijos necesitan a sus dos progenitores. **Necesitan querer a su padre y a su madre, poder estar orgullosos de ellos e identificarse con ellos**. También necesitan su amor, su interés, su alegría y su estima. Es importante, por ello, que un hijo mantenga un contacto tan estrecho como sea posible con sus dos progenitores, aunque éstos no vivan juntos. En concreto **los niños varones necesitan del padre porque a través de él logrará lo que los psicólogos denominan la tipificación de género** y el padre le ayudará en su desarrollo cognoscitivo y a lograr la autonomía.

Por ello, cuanto más alta es la frecuencia de contacto de los hijos con el progenitor no custodio más positiva es la percepción que el menor tiene de éste y simultáneamente también tienen niveles inferiores de inadaptación. (...)”.

Para niños muy pequeños esa misma experiencia nos dicta que es especialmente importante que puedan ver al progenitor con el que no viven según el principio “poco y a menudo” (la Psicóloga Sra. Sacramento dijo en la vista que los niños pequeños necesitan más frecuencia que cantidad). Así, **el niño podrá conservar el recuerdo de él mientras no estén juntos**, y las separaciones del progenitor con el que vive resultarán menos difíciles al ser cortas.

La cuestión, nada fácil, es de límites, ¿hasta cuando se puede considerar a un niño muy pequeño? y ¿Qué se ha de entender por “poco” y por “a menudo”?

(...) por la corta edad del niño no es asumible el reproche lanzado por la representación del Sr. Pedro Francisco de que estemos ante un “régimen estándar”, sino que el establecido contiene más días y más tiempo de lo que es lo normal para niños lactantes o de tan corta edad y que es de esperar y para ello **será decisiva la actitud de la madre**, redunde en beneficio del pequeño Justiniano.”

15. Sentencia 25.05.2009 (AP Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª). Ponente: Eugenio Santiago Dobarro Ramos

“... en cuanto a lo solicitado por la madre de que en cuanto al régimen vacacional a favor del padre que se haga efectivo cuando la niña alcance los dos años de edad, tampoco justifica la limitación que pretende, por cuanto Cristina ha nacido el doce de octubre de 2007, que supone que actualmente ha cumplido ya el año y los ocho meses, por lo que la necesidad de asistencia directa de la madre, **no es ya tan precisa como en los periodos de lactancia**, y dado que, como se ha dicho, **no se ha acreditado un riesgo que hiciera inconveniente** el disfrute vacacional con el padre, debe de rechazarse lo pretendido en el recurso.”

23. Sentencia 19.02.2010 (AP Madrid, sección 24ª). Ponente: María José de la Vega Llanes

“se impugna el régimen de visitas paterno-filial establecido en la sentencia apelada, solicitando su reducción y sin pernoctas dado que entiendo que **el hijo es un menor en periodo de lactancia**. Los alegatos expuestos por la parte recurrente carecen de trascendencia para limitar el régimen de comunicaciones que determina el juzgado (...) el **derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo** que autoriza a su titular a expresar o manifestar hacia otra persona, **exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin**, derecho que puede encuadrarse en los de personalidad y que se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación familiar entre visitante y visitado.

Por otra parte, se trata de un derecho claramente subordinado al interés del menor, y así está recogido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia: Declaraciones de los Derechos del Niño, aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas de 1959. Resolución de 29-5- 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; y Convención del Consejo de Europa de 1980 (RCL 1984/2167; Ap NDL 11401) sobre Reconocimiento y Ejecución de decisiones en materia de Guarda de Niños, por ser el más valioso y necesitado de protección y deber ser concedido al margen y por encima de los motivos que dieron lugar a la separación entre el visitador y el titular de la guarda del menor. Y es que el "ius visitando" cumple una evidente función familiar pues quiere la Ley que aunque la familia atraviesa una crisis o ruptura, incluso definitiva, se cumplan en la medida de lo posible, **los fines asignados al núcleo familiar**, entre ellos, el del pleno desarrollo de la personalidad de los mismos.

La fijación de un régimen de estancia, visitas y comunicaciones a favor del cónyuge con el que no conviva la **progenitora**, tiene como función y finalidad el fomentar un vínculo de confianza y amistad entre dicho progenitor y los hijos. **La presencia del padre y la madre es fundamental para el crecimiento del hijo al ser soporte de las respectivas identidades**, ello no implica que se olvide que el plan o régimen de visitas debe proteger los derechos del niño y del padre no custodio (configurándose como un derecho-deber) y tender a fomentar los vínculos afectivos con él para procurar así la formación integral que es espíritu y guía del ejercicio de la patria potestad.

Cuando se trata de hijos en los primeros años de vida, cual es el caso sometido a nuestra deliberación es lógico aplicar un sistema progresivo de comunicaciones que en todo caso debe acomodarse a las necesidades e interés del menor conforme se vayan manifestando, y en este caso contando ya **el menor con dos años de edad** se viene entendiendo que procede fijar la formación del régimen de visitas inclusive la pernocta en aras a la conveniencia y el beneficio del menor que aconsejan amplitud, generosidad y facilidad en la comunicación con el progenitor que no convive con el menor.”

26. Sentencia 14.05.2010 (AP Barcelona). Ponente: Joaquín Bayo Delgado

“la teoría de que los niños menores de esa edad no deben pernoctar fuera del domicilio materno (pero sí paterno) **responde a prejuicios que descansan en la discriminación sexista**. Salvo el supuesto de lactancia natural, no así cuando es artificial, debe partirse de la capacidad abstracta de ambos progenitores para **cuidar adecuadamente** a su descendencia. Cosa distinta es que conste que un progenitor (**que también puede ser la madre**) ha demostrado incapacidad, imposibilidad y /o indisposición para el cuidado de un bebé o criatura.”

28. Sentencia 1.09.2010 (Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 7). Ponente: Francisco Serrano Castro

“En principio, **el hombre y la mujer están capacitados igualmente** para asumir la guarda y custodia de los hijos. En virtud del principio de igualdad ante la Ley y no discriminación de sexos consagrado en el artículo 14 CE (RCL 1978, 2836), **el sexo no puede ser un criterio determinante a la hora de otorgar la guarda y custodia de los menores a uno u otro progenitor. Ambos padres tienen la misma importancia en la educación y el desarrollo integral de los menores.**

Sin embargo, el porcentaje de concesiones de guarda a la madre alcanza el noventa por ciento del total. **El bajo porcentaje de padres guardadores se debe a la falta de petición por los mismos, pero también una cierta tendencia de los tribunales a considerar que la madre, por su sexo, es mejor guardadora.**

... durante la primera fase de crecimiento del menor (**periodo de lactancia**, etc.) por simples razones biológicas, la mujer está mas capacitada para guardar y custodiar a los menores. Superada esta primera etapa de crecimiento (**a partir de los tres o cuatro años de edad**) ambos padres son igual de aptos para cuidar de sus hijos, y **sólo las circunstancias** del caso permitirán realizar una elección concreta.”

31. Sentencia 2.11.2010 (AP Illes Balears, sección 4). Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández

“(…) **ni ha de ser mérito tan preferente para tal fin la mayor proximidad materna durante la lactancia**, especialmente cuando no se acredita que el padre dejara de cumplir sus responsabilidades (...) entendiendo dicha psicóloga recomendable que siga la custodia compartida (...) **para evitar desigualdad entre los progenitores y no ceder a intereses personales** (...). **Sin existir además respaldo legal alguno a las tesis manejadas en la apelación, en lo relativo a que haya de tener preferencia la guarda y custodia materna frente a la compartida por el mero hecho de que la edad del menor alcance solo el año y medio**, o por la circunstancia natural de que durante la lactancia haya tenido más protagonismo la figura materna que la paterna.”

34. Sentencia 20.12.2010 (AP Jaén, sección 3). Ponente: José Cáliz Covaleda

"...se impugna por el padre la primera de dichas medidas en lo referente al régimen de visitas únicamente en el sentido de que permita la pernocta de la menor con su padre cuando cumpla los dos años, en vez de a partir de que la menor tenga tres años como establece la resolución recurrida".

El Tribunal señala: "... el régimen de visitas de la menor fijado en la recurrida se estima correcto y adecuado en tanto que atiende primordialmente al interés superior de la menor (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, ratificado por España el 30 de noviembre de 1989), criterio este consolidado en el ámbito estatal en virtud de la publicación de la Ley 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que previene expresamente la aplicación de estas

medidas atendiendo al interés superior de los menores (...) considerando esta sala, respecto a la pernocta del padre con el hijo, que su fijación a partir de que el menor cumpla los tres años es correcta, ya que se atiende al criterio que viene mantenido la propia Sala, salvo que los progenitores acuerden otra cosa diferente y que se funda en la conveniencia de que la niña permanezca hasta que cumpla esa edad, en la que **generalmente termina el periodo de lactancia**, pernoctando de manera continuada con la madre, **ya que durante ese periodo depende en su mayor medida de la madre**”.

38. Sentencia 18.07.2011 (AP Sevilla, sección 2ª). Ponente: Carlos M.ª Piñol Rodríguez

“Para favorecer la comunicación y relación de la menor con su progenitor, atendiendo a la corta edad de la hija (1 año), pero **teniendo en cuenta que no es lactante**, es conveniente establecer un régimen de visitas progresivo en cuanto a la pernocta de la menor con su padre.”

39. Sentencia 6.09.2011 (AP Illes Balears, sección 4ª). Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández

“(…) clara es la contradicción entra el postulado de su contestación (interesando la guarda y custodia compartida) y su declaración a presencia judicial, cuando (...) deja claro que: 1.-El no pide la guarda y custodia compartida (?) si acaso cuando termine la lactancia. 2.- **Es partidario que la lactancia dure lo máximo posible (incluso hay madres que llegan hasta los 4 años)**. 3.- Mientras dura la lactancia cree más aconsejable no ver a Rubén. Y tras el rosario de contradicciones, merece la pena, concluir, con SU ACEPTACIÓN DEL REGIMEN DE VISITAS PROPUESTO POR ESTA PARTE, cuando el Ministerio Fiscal (1 hora, 23’ de la grabación) le interroga directamente en este sentido.”

40. Sentencia 22.11.2011 (AP Illes Balears, sección 4ª). Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández

La madre alega: “La Juez ad quo fundamenta solamente el amplio y exagerado régimen de visitas establecido en la resolución judicial en un supuesto “interés del padre en el cuidado y atención del hijo”, y **no en interés del hijo, en el beneficio de éste**, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal atendiendo al resultado de la prueba practicada, principalmente a:

a) La edad del menor. La juzgadora en el Auto de fecha 11 de octubre de 2010 en el que se disponen las medidas provisionales, en su fundamento jurídico tercero expresa que “(...) Carlos Antonio, quien todavía no ha cumplido los cinco meses de edad, todavía en estado de lactancia según manifestaciones de la propia Sra. Rosana, requiere de la presencia de su madre para tener cubiertas sus necesidades más vitales, máxime cuando el padre del menor ha reconocido en el acto de la vista que en los primeros meses de vida de su hijo menor, durante sus ausencias, era la madre del menor quien lo cuidaba”.

Alega el padre: “(...) los fundamentos de la madre para impugnar el régimen de visitas estipulado, **son abstractos, se basan en el interesado criterio que lo más beneficioso para el menor es estar con la madre, por el mero hecho de serlo**, evitando reconocer -por mera conveniencia- la importancia e **igual relevancia de la figura paterna** de la que - desde luego- **el hijo “disfruta como un enano”**.”

Decide el Tribunal: "... el régimen de visitas no es únicamente un derecho del progenitor no custodio, sino un deber del mismo en orden a favorecer el interés del

menor, por lo que debe establecerse el régimen de visitas más favorable a sus intereses, siempre según lo que aconsejen las circunstancias del caso y en orden a mitigar, en la medida de lo posible, **el daño que para la formación del menor supone la ausencia del progenitor no custodio**. Así las cosas, y como quiera que el menor, Carlos Antonio, que cuenta **en la actualidad con un año y medio, ya no es lactante** (así se establece en la sentencia atribuyendo tal reconocimiento a la propia Sra. Rosana en el acto de la vista, sin que se impugne propiamente tal aserto probatorio), se hace preciso fijar un régimen de visitas lo más amplio posible (...) Siendo precisamente ahora, en esta corta edad del menor, y tal y como recuerda la sentencia, **“(...) cuando las relaciones paterno-filiales se están forjando en ambos sentidos, esto es, de forma bidireccional padre e hijo”**, por lo que es obvio que se ha de intentar reforzarlas y encauzarlas de cara al futuro (...) Por lo tanto, la Sala concuerda la afirmación contenida en la sentencia de instancia relativa a que “el régimen de visitas que conviene fijar en el presente pleito debe ser lo más amplio posible “. Aserto cuya efectiva acomodación al caso de autos no viene menoscabado por ninguno de los plurales argumentos apelatorios, **por cuanto que la edad del menor ya no es obstáculo para relacionarse ampliamente con el padre**, salvo que se hubiera acreditado en autos -que no es el caso- algún tipo de dificultad o indisposición justificativa de un recorte (...) ni se atisba por qué haya de quedar afectado el estado de felicidad y de bienestar del menor en dicho aspecto (...) Negar, como hace la actora, **el derecho de pernocta con el padre a un niño que ya no precisa de lactancia**, fundamentándolo, según palabras de la propia Sra. Rosana, **en el hecho de que con ella duerme más tranquilo, no se considera razón de peso suficiente, máxime cuando se basa en meras apreciaciones subjetivas de una parte quien, pese a reconocer que el niño cuando ha estado con el padre no ha tenido ningún problema, pretende que el niño no pernocte con el padre siquiera una vez cumplidos los tres años (...)**

Debe tenerse presente, en este sentido, que tal interpretación flexible de los principios procesales citados presenta en estos autos coherente acomodo con **el principio favor filii**, elevado a rango constitucional en virtud de la redacción del artículo 39 del Texto Fundamental, informador del marco que nos ocupa, **en el que los intereses del menor confieren carta de naturaleza a las decisiones del Tribunal, justificando el desplazamiento a un plano secundario de otros intereses en litigio.”**

41. Sentencia 16.01.2012 (AP Asturias, sección 4)

"(...) el prevalente interés de la menor [en mi opinión, interés que nunca se explica, pues que interés puede tener una niña de dos años prevalente al dormir sin miedo y tranquila en su casa y sabiendo de la presencia de su madre de la cual todavía no se ha independizado] y el principio de igualdad [según mi opinión, ahí esta la clave: que el padre hombre sea igual en capacidades a la madre mujer] **en el desenvolvimiento de los deberes y derechos de los progenitores** [pero igualación imposible en capacidades] de los progenitores que inspira el conjunto del ordenamiento jurídico [no el mundo real] aconsejan profundizar todo lo posible en la convivencia del padre” e hija.

Con respecto al deseo de lactancia dice el Tribunal que: “(...) al margen de la respetable pero no imponible opinión actual de la apelante **sobre una práctica como la de la lactancia** que en todo caso el propio informe de un facultativo (...) recomienda como complemento de otros alimentos **hasta los dos años**, muy cercana esta edad (...) debiendo confirmar (...) las visitas en fines de semana y periodos vacacionales”.

43. Sentencia 27.01.2012 (AP Granada, sección 5)

“(…) aunque ciertamente pueda haber alguna sentencia de la jurisprudencia de las Audiencias provinciales que haya señalado los cinco años para la pernocta, ello no es sino excepcional y generalmente fundamentado en la concurrencia de circunstancias que lo aconsejan (...) una vez por exigencias del propio hijo –así, cuando es de muy corta edad- otras, como (...) por razones atinentes al progenitor, bien imputables al mismo, como la falta de regularidad de la comunicación del padre con sus hijos o el defectuoso desempeño de la guarda, bien por circunstancias sobrevenidas ajenas a su voluntad como el mal estado de salud o los defectos graves de acondicionamiento y habitabilidad de la vivienda” por tanto “la limitación de la pernocta en los regímenes de estancia debe ser adoptada con carácter restrictivo, de modo que deben apreciarse causas graves para ello, **o cuando lo exija la naturaleza de las cosas, como ocurre cuando el menor está en periodo de lactancia** (S. AP. Madrid, sección 24, de 29 de Junio de 2.005) no fijándose en consecuencia ningún límite temporal habiendo **resoluciones que la permiten cuando el menor tienen quince meses (S. AP. de Málaga, 6, de 17 de Marzo de 2.005) dos años (Cuenca de 16 de Junio de 2.003), o con mas generalidad la de tres años** (SS. AP. de Málaga, 4, de 17 de Marzo de 2005, Madrid, 22, de 5 de Abril de 2005 o Valencia, 10, de 1 de Junio de 2005)”.

48. Sentencia 26.04.2012 (AP Barcelona, sección 18ª). Ponente: Ana Mª García Esquiús

“En principio nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, **en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar**, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores. La colaboración de ambos en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares **evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se ve obligado a asumir la practica totalidad del aspecto controlador y disciplinar** frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia.

Pero en aquellos supuestos en que no es posible actuar consensuadamente, una de los progenitores habrá de asumir la custodia y con ello la responsabilidad de la guarda cotidiana y la atención personal habitual partiendo siempre del principio de que cuando se trata de decidir sobre el cuidado de los hijos, **la ley dice que lo único que ha de tenerse en cuenta es el interés de los hijos, sin que en ningún caso deba primar la valoración de uno u otro progenitor por razón de su sexo, sino en la medida en que se compruebe cual de ellos se encuentra en mejores condiciones de asistir a los hijos (...).**

Por lo tanto la marcha de la Sra. Eloísa a su ciudad de origen no parece una decisión irrazonable o inconsistente de la misma manera que todos los antecedentes de los que hay constancia en autos indican que la cuidadora principal de la menor desde su nacimiento ha sido y es la madre. No sólo por el extenso período de lactancia materna, dada la actual evolución de la forma de repartir las tomas, sino por que así lo indica el informe emitido por el pediatra de zona que visitaba regularmente a la menor (...) pero además la hija tiene derecho a disfrutar de la compañía del padre **a quien corresponde velar por ella y ayudarle a crecer intelectual y emocionalmente”.**

52. Sentencia 26.06.2012 (AP Zaragoza, sección 2ª). Ponente: Francisco Acín Garós

“... alega la recurrente que el niño toma cada tres horas -como complemento en cada caso de la ingesta de alimentos sólidos-, por lo que, caso de mantenerse lo resuelto, quedaría privado al menos de dos tomas, **en contra de lo que dice que recomiendan los especialistas en todos los casos en que sea posible**, siendo, pues, **la cuestión a dilucidar si el pecho que la madre da a su hijo como complemento después de cada ingesta de alimentos justifica que, tal y como solicita la misma en su demanda, para continuar con la alimentación del menor con leche materna en el segundo y tercer año de vida, deban las visitas quedar reducidas a las únicas que la recurrente admite**: desde el 18-3-12 a 18-3-13 sábados y domingos alternos, sin pernocta, con una duración de cada visita de 16 a 19,30 horas, y desde el 18-3-13 al 18-3-14 mismo régimen, pero de una duración de 4 horas, de 16 a 20 horas.

(...) si en todo este tipo de procesos juego como principio fundamental el de protección del interés del menor, **no parece que el que la madre pretende, en el que incluso habiendo cumplido su hijo dos años las visitas del padre quedan reducidas hasta los tres a 4 horas sábados y domingos, atienda verdaderamente a ese interés**. Hasta los dos años de edad, según la generalidad de los autores, es cuando el menor más necesita el contacto con la madre; sin embargo, la lactancia del menor, que en el caso se admite tiene único carácter complementario, no es argumento suficiente para impedir que el padre, cuya inidoneidad para atender correctamente al hijo en ningún momento se ha invocado, pueda acceder a un contacto físico y afectivo mas normalizado que el que la madre trata de imponer. **Ella insiste en la incidencia que una interrupción de la lactancia en periodo anterior a los tres años del menor puede tener**, pero quiere ignorar que las visitas, cuya función radica en fomentar un normal desarrollo de la relación entre el menor y progenitor no custodio, permiten el desenvolvimiento de los debidos lazos de afectividad entre ambos, siendo en ese sentido otro factor, **de no menor importancia**, a conjugar con el interés que con olvido el anterior esgrime la madre.

(...) la Sala concluye que es adecuado cuando, **siendo el pecho únicamente complemento de una alimentación solida, el menor ha cumplido ya los 15 meses**, estimándose que si media, como es deseable y debe mediar, la debida colaboración y flexibilidad entre ambos progenitores, el régimen que la sentencia establece para "A partir de un año y hasta que cumpla dos años de edad" **no se desarrollará con perjuicio para el menor, sino con el beneficio que un mayor contacto con el progenitor no custodio ha de suponer**".

53. Sentencia 10.07.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

“La **progenitora femenina custodio** viene igualmente obligada a contribuir de forma proporcional a los alimentos de su hija, no solo de manera material, personal y directa, sino efectiva, también económicamente, para completar carencias, si las hubiere, que queden al descubierto con la aportación paterna.

(...) siendo lo adecuado **diseñar, desde lo general en sede de proceso, el optimo régimen de visitas que compense o contrarreste tal ausencia y permita contar con la adecuada presencia paterna**, en función de las concretas circunstancias concurrentes, para garantizar el mantenimiento del vinculo afectivo entre el progenitor no custodio y el hijo, o a restaurarlo, fomentando el apego.

... en cuanto Flor hoy por hoy, cumplidos ya los 2 años, **habrá superado ampliamente el periodo de lactancia, o, de no haberlo hecho, recibirá además otro tipo de alimentación, por lo que tal circunstancia no afecta en modo alguno a una mayor amplitud de contacto**, en un momento en el que la hija ha alcanzado **suficiente grado de independencia física respecto de su madre**.

En este estado de cosas, por más que sea difícil la relación interprogenitores, **o incluso de que haya mediado violencia entre ellos, no puede trascender tal extremo a la menor**, respecto de quien no existe orden de alejamiento, de manera que coincide la Sala con el sentir del Ministerio Fiscal, y considera positivo a la relación paterno-filial una mayor amplitud de los contactos a 6 horas diarias, una vez se haya restablecido la relación, de cursar esta con normalidad, pues para ello no se ve inconveniente alguno, así como se desarrolle también en los días domingo de fines de semana alternos, como interesan ambos progenitores en sus respectivos escritos de recurso.

La **progenitora femenina** no ha hecho referencia en el proceso a problemática grave atribuible al recurrente que le incapacite para atender a la menor, por lo que considera la Sala que no concurre en el momento actual circunstancia alguna que recomiende mayores restricciones en este caso, en el que ya son los contactos más limitados respecto de la generalidad de los supuestos, máxime cuando el progenitor no custodio alega y acredita que se ha sometido a tratamiento voluntariamente en evitación de conductas desajustadas por su parte, como la que dio lugar a que se dictara orden de alejamiento respecto de la madre.

Con la ampliación que llevamos a cabo se garantiza para Flor **la referencia paterna que le es precisa para la consecución de la plena estabilidad en cualquier ámbito, familiar, social, escolar, emocional y de toda índole**, a la que da total cobertura desde lo general, en previsiones de mínimos, y sin perjuicio de los pactos que en orden a visitas alcancen extrajudicialmente los litigantes en interés y beneficio de su propia hija, toda vez que desde lo judicial, los sistemas de comunicación se diseñan siempre para la coyuntura de desacuerdo y atendiendo en exclusiva a **los intereses superiores de la menor a los que se da prevalencia, con carácter prioritario a los deseos, conveniencias, intereses particulares o comodidad de los padres.**”

4.2. Estrategias para negar la madre: Pensar que la autonomía de la criatura entra en conflicto con la dependencia del vínculo materno

Podemos observar, en las resoluciones, **la tergiversación del significado de autonomía y dependencia**, especialmente, teniendo la explicación que Tania Rodríguez³¹ nos ofrece sobre estas ideas: “La polaridad independencia/dependencia crea desorden porque carece de sentido”. “La dependencia primera y fundamental, que nos posibilita estar en el mundo, es la que tenemos con la madre. ... Esa relación desinteresada y amorosa será el modelo que muchas ofreceremos a otras relaciones”. “Asumir la vulnerabilidad y libertad que hay en el reconocimiento de que somos dependientes es un paso necesario para aceptar la necesidad de la mediación y las limitaciones humanas”.

En la misma línea, entiendo que **la autonomía no implica la necesidad de separarse de la madre, porque la verdadera libertad no es "la libertad individual refrendada por los derechos"; sino que es "la libertad relacional** que experimentamos en su día con la madre y, después de ella, con otras mujeres, y que en cuenta lo otro, la alteridad”³².

Por todo ello, el **reducir la necesidad de madre a los primeros meses de vida es otra estrategia para negar la excelencia femenina** puesto que sólo el entre-mujeres “ha creado en torno al nacimiento un núcleo de prácticas y de significados fundamentales porque en ese contexto se recrea una y otra vez la experiencia singular y compartida de la capacidad de ser dos que tiene, y solo tiene, el cuerpo de mujer”³³ y esa capacidad se sigue teniendo y es relevante para la criatura mucho más allá de los primeros meses de vida.

³¹ “Saber amar. La dependencia en la relación con lo otro de sí”. DUODA núm. 21-2001, pp. 45-53.

³² Anna Maria Piussi, “Exceso y libertad del cuerpo femenino”. DUODA n. 31-2006, p. 65.

³³ Editorial DUODA núm. 11-1996: “Culturas del nacimiento”.

1. Sentencia 5.02. 2007 (SAP Cantabria, sección 2ª). Ponente: Ignacio Mateos Espeso

Alega el padre: “la **mayor idoneidad del padre** para el ejercicio de la guarda y custodia de la menor. Afirma (...) que resulta discriminatoria la atribución a la madre **por el hecho de ser mujer**. Asimismo partiendo del estado civil de la madre; **separada y extranjera en situación administrativa irregular, afirma que ello imposibilitará su acceso al mundo laboral**, además de desarraigo y desamparo ante cualquier eventualidad.”

La Sala señala: “**No es la condición de mujer**, sin más, lo que el Juzgador ha valorado en su decisión, sino los posicionamientos jurisprudenciales mayoritarios apoyados en consideraciones y juicios de conveniencia, pertenecientes al campo de la Psicología infantil y de la pediatría, cuando como en este caso se trata de una menor, que sin ser lactante, apenas cuenta un año de edad. (...) la menor de once meses, presenta un estado sanitario y desarrollo correcto y que su madre cumple escrupulosamente con los deberes derivados de los protocolos sanitarios ó médico-pediátricos.

(...) La condición de ciudadana extranjera de la madre, con independencia de su situación administrativa, y de otras circunstancias pasadas o presentes, no pueden ser fundamento para privar a la madre de la guarda y custodia de su hija, cuando se ha revelado capaz e incluso escrupulosa, en el ejercicio de las funciones inherentes a tal función y, sin que ello suponga **afirmar la falta de idoneidad del otro progenitor.**”

3. Sentencia 2.03.2007 (SAP Alicante, sección 9ª). Ponente: Domingo Salvatierra Ossorio

“El artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989 (...) establece que: 3. Los Estados Partes respetarán el **derecho del niño** que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al **interés superior del niño**.

Por su parte el artículo 39 de la C.E. establece que 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, **y de las madres**, cualquiera que sea su estado civil.

Además, los artículos 1, 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero 1996 sobre protección jurídica del menor establecen (...) primará el **interés superior de los menores** sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Artículo 11. (...) Las Administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de **sus derechos**.

2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: (...) d) **La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.**

De la citada normativa se desprende la **imposibilidad de negar el derecho** de los progenitores a mantener relaciones con sus hijos de un modo regular, con la excepción de que sea contrario al interés del niño (...) sin que sea posible limitarse **a la corta edad del hijo como obstáculo** para que le hoy apelante pueda pernoctar con él, siendo necesario que se justifiquen las **razones precisas** por las que se considera que no es posible establecer un régimen de visitas normalizado y amplio que incluye dicha pernocta.

(...) las relaciones entre el padre y el hijo no han podido desarrollarse con normalidad por haberse producido la ruptura matrimonial cuando el hijo contaba con tan sólo 9 meses de edad, por lo que el régimen de visitas establecido supone la adecuada instauración de un programa que permitirá **el desenvolvimiento** de lazos de afectividad entre padre e hijo que **requieren** que desde una edad temprana el niño

pueda pasar con él varios días pues en caso contrario **se corre el peligro** de que el niño se sienta siempre ajeno a la vida cotidiana de su padre. Si las relaciones de convivencia, más allá de la mera visita de unas horas, se instauran desde los tres años y, con mayor intensidad, existirán mayores posibilidades de que **la presencia paterna adquiera la importancia que debe tener en la educación y formación integral de la personalidad del menor**, y todo ello atendiendo siempre a que **los niños de corta edad** precisan de un entorno estable, de una rutina, de unos cuidados que sólo la madre les puede proporcionar.

(...) Javier tiene ya 2 años y seis meses, y del detenido análisis del conjunto de la prueba no existe ni un solo elemento que nos permita inferir que pernoctar con su padre pueda ir en contra del interés del menor, a sensu contrario, hemos de decir que **un padre está tan capacitado como una madre para cuidar de su hijo**, en cualquier edad -con la excepción del **período de lactancia**- y el interés del menor debe pasar por el establecimiento de un amplio, fluido y flexible régimen de visitas que le permita disfrutar de ambos progenitores (...)."

8. Auto 20.10.2008 (SAP Toledo, sección 1ª). Ponente: Gema Adoración Ocáriz Azaustre

“Alega la apelante que el menor tiene 9 meses y necesita cuidados y alimentación especiales como lactante que desconfía que el padre puede darle adecuadamente, y que la separación de la madre durante tantas horas puede serle perjudicial, así como que el primer fin de semana de cumplimiento **el estado del menor a su devolución a la madre era tal que hubo de ser llevado al hospital**.

El recurso no puede prosperar. ... el menor de 9 meses, ahora cercano a un año, **no consta que realice su alimentación por lactancia materna** y precise con ello el contacto físico con su madre para alimentarse ...

Así las cosas esta Sala debe señalar que conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica el régimen de visitas es una continuación o reanudación de la relación paterno filial "evitando la ruptura por falta de convivencia de **los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos**" (STS. 9.10.92), debiendo ser conciliados distintos intereses protegibles, como son el relativo al mantenimiento de la relación materno o paterno-filial -que se acrecienta y desarrolla a través del mutuo contacto-, **el derecho del menor a su desarrollo integral** -que se enriquece con dicho contacto-, y el derecho de ese cónyuge no conviviente a que no se ponga en peligro esa relación. Todo ello supone que deben constar **razones relevantes que aconsejen una limitación de lo que no solo es un derecho del padre sino también y fundamentalmente un derecho de su hijo**, y que justifiquen que el régimen de visitas no sea todo lo amplio que las circunstancias de todo orden permitan y en este caso no consta motivo alguno por el que la comunicación directa y contacto personal del padre con su hijo haya de restringirse tan relevantemente como pretende la apelante, no constando el mas mínimo indicio, mas que **subjetivas suspicacias de la madre**, de una inaptitud o desinterés del padre por el cuidado de su hijo”.

9. Sentencia 27.10.2008 (AP Las Palmas, sección 3). Ponente: Ricardo Moyano García

“(...) en defecto de acuerdo, se reconoce a favor del padre el siguiente régimen de visitas, quien deberá recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno: los sábados y domingos de fines de semanas alternos de 11 a 17 horas y miércoles de todas las semanas de 17 a 19 horas, régimen de visitas que se llevará a cabo hasta que la menor cumpla los cinco años, a partir de que la menor cumpla los cinco años de

edad se reconoce a favor del padre el siguiente régimen de visitas, pudiendo el mismo pernoctar con su hija (...).

La juzgadora "a quo" estableció un régimen de los denominados progresivos, que en vez de dejar al albur de la dinámica de los hechos en la relación paternofamiliar la mutación del régimen de visitas inicial, fija ya unas pautas de adecuación al "rebus sic stantibus" de la natural evolución del desarrollo del hijo en el tramo inicial de su vida hasta los tres o cinco años; ese régimen supone que se fije ya una paulatina ampliación de las visitas, tomando como base **"lo que generalmente sucede"**, es decir, una buena relación del hijo con ambos progenitores que permite la ampliación sucesiva de los períodos de comunicación y visitas, hasta alcanzar la pernocta en el domicilio del cónyuge no custodio, **desaconsejada por los protocolos de la psicología infantil en los primeros años de la vida, cuando la relación entre madre e hijo es más estrecha y no es adecuado que el menor pernocte fuera del domicilio maternal**. En este sentido, en el momento actual de toma de decisión la hija cuenta con **un año y cuatro meses de edad**, como nacida en mayo de 2007, por lo que la fundamentación impugnatoria de la madre, que pretendía restringir las horas de la visita diurna del padre, **en atención a la lactancia de la hija, ha decaído, puesto que el período de lactancia ha terminado**, y ningún obstáculo hay en las visitas de fin de semana de 11 a 17 horas y de los miércoles de 17 a 19 horas. ... **es excesiva la posposición del segundo tramo del régimen al momento en que la hija cumpla cinco años**, considerándose adecuado que se inicie esa segunda fase cuando la hija cumpla los tres años de edad."

10. Sentencia 2.12.2008 (SAP Zaragoza, sección 2ª). Ponente: Julián Carlos Arqué Bescós

"El padre podrá llevarse a la hija y tenerla consigo, mientras dure la lactancia, los sábados y domingos alternos de 12 de 17 horas, de manera que haga su siesta con el padre, y una tarde de todas las semanas de 17 a 20 horas. **Cuando la hija abandone la lactancia, hasta los dos años** el régimen será de sábados y domingos alternos de 11 a 20 horas sin pernocta, siguiendo la tarde semanal. Desde los 2 años fines de semana alternos de 11 horas del sábado a 20 horas del domingo con pernocta ... La actora que considera ... la menor no debería pernoctar con el padre hasta que alcanzara los tres años de edad. (...)

En cuanto a la impugnación tampoco puede ser estimada, no existe obstáculo alguno para que la menor pueda pernoctar con el progenitor no custodio cuanto alcance los dos años, **no existe informe psicosocial alguno que lo desaconseje**, estando el padre **perfectamente capacitado** para atender a su hija."

12. Sentencia 29.01.2009 (AP León, sección 1). Ponente: Ricardo Rodríguez López

"considera la parte recurrente que el horario de visitas del padre con el menor, dada la escasa edad de éste, no debe de ser tan amplio como el fijado para los periodos vacacionales, sin que el menor pernocte con su padre cuando le corresponda tenerlo consigo en fines de semana."

La Sala señala que: "La edad del menor no justifica restricción alguna en la comunicación del padre con su hijo, salvo -quizá- **en supuestos de un menor recién nacido lactante o con algún factor de riesgo para su salud**. En los demás casos no hay razón alguna para que el menor no pueda pernoctar con cualquiera de sus padres si **ambos son aptos** para su cuidado. Y lo serán siempre que **no presenten alguna anomalía física o psíquica** o concurran en ellos alteraciones psicológicas o de comportamiento que revelen desatención para con el menor. Nos encontramos con un

niño que ya ha cumplido los dos años, por lo que no es un bebé todavía inmaduro y **la compañía de cualquiera de sus padres es para él más beneficiosa que cualquier incomodidad que le pueda suponer el traslado domiciliario. No existe una lógica correspondencia entre el hecho de que la madre lleve al menor a una guardería durante buena parte de las horas del día y que no pueda pernoctar un día con su padre noche cada dos semanas o en periodos vacacionales**”.

17. Sentencia 15.07.2009 (AP León, sección 1). Ponente: Ana del Ser López

“La madre formula recurso en cuanto a las visitas al entender que se trata de un lactante ... se coincide plenamente con la valoración probatoria realizada por el Juez de Primera Instancia que efectivamente tiene en cuenta la edad del menor y aplica un desarrollo progresivo en las relaciones con el progenitor no custodio, **considerando la madre que no es suficiente la cautela apreciada dada la condición de lactante del hijo.**

Lógicamente el **criterio preferente** en el momento de establecer un régimen de comunicación y de visitas entre un padre y un hijo no puede ser otro que el interés del menor, a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se ha de garantizar siempre. Este es el principio informador de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, que se consagra en el artículo 39.2 de la Constitución, a tenor del cual "los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos", y que tiene su reflejo en el artículo 92, párrafo segundo del Código Civil, que dispone que las medidas a adoptar en relación con los hijos del matrimonio lo habrán de ser desde la óptica de su beneficio, que no puede confundirse con el deber o interés de sus progenitores, **o de alguno de ellos (...).**

Ciertamente, **sobre este particular y la condición de lactante del menor, únicamente se aporta como prueba un documento**, el número tres de la contestación, en el que se dice que a los dos meses y medio de edad el niño se estaba alimentando con leche materna y biberón, **lo cual no implica que en el momento actual, más de un año después, el niño siga siendo lactante. En todo caso seguiría una alimentación mixta, por razones obvias**, lo cual ya no implica en modo alguno que necesite tener vinculación con la madre cada tres horas, como la misma argumenta en su escrito de recurso, ni que tampoco precise pernoctar en el domicilio materno.

Desde la experiencia que aporta haber conocido de numerosos casos como el que nos ocupa podemos afirmar que los hijos necesitan a sus dos progenitores. Entendemos que es claramente beneficioso para los niños querer a su padre y a su madre y a la vez poder sentirse queridos por sus dos padres e identificarse con ellos. Necesitan su amor, su interés y su estima. Es importante, por ello, que un hijo mantenga un contacto tan estrecho como sea posible con sus dos progenitores, aunque éstos no vivan juntos. Cuanto más alta es la frecuencia de contacto de los hijos con el progenitor no custodio **más positiva es la percepción que el menor tiene de éste y simultáneamente también tienen niveles inferiores de inadaptación. (...)**”.

(...) El niño que ahora cuenta con más de un año de edad puede perfectamente relacionarse con su padre los sábados y domingos alternos desde las 11 a las 20 horas, **sin pernocta, hasta que cumpla los dos años.**”

19. Sentencia 29.10.2009 (AP Barcelona, sección 12ª). Ponente: Pascual Martín Villa

“Principiando por el análisis del único motivo del recurso de la madre por entender excesivo el régimen de visitas establecido en la sentencia del primer grado, hemos de recordar en primer término que el derecho de visitas que regulan los artículos 76.1, a) y 135.1 del CF no aparece configurado rigurosamente en tal normativa como cualquier otro derecho sino como un común complejo derecho-deber, cuya finalidad no es

básicamente la de dar satisfacción a los deseos de aquel de los progenitores que no detenta la guarda de los hijos, sino, y necesariamente, **la de proteger los intereses de los hijos de tener unos contactos lo más amplios e intensos posibles con aquel de sus progenitores de cuya compañía cotidiana han sido privados, lo que contribuirá a favorecer su desarrollo evolutivo de una manera armónica y equilibrada.**

(...) A la hora de establecer un régimen de visitas adecuado en una situación de crisis convivencial, es muy importante tener en cuenta la edad de los menores a los que va dirigido este régimen, pues, cada etapa evolutiva del menor tiene unas necesidades específicas, lo que habrá de tenerse en cuenta a la hora de establecer la frecuencia y la duración de las visitas, así como la existencia o no de pernoctas, y cómo distribuir los períodos vacacionales.

La frecuencia es uno de los factores más importantes, sobre todo en menores de corta edad, de forma **que cuanto menor sea el niño, mayor debe ser la frecuencia**; obviamente, no nos estamos refiriendo al período de lactancia, o a cuando el menor no ha alcanzado todavía el **primer año de edad**. Y es que, cuando los niños se van haciendo mayores, la frecuencia puede ser más flexible, pues, ya en estos ciclos, **los diferentes contextos de socialización (colegio, amigos, etc.) adquieren gran importancia y el menor va ganando autonomía.**

Al hilo de lo anterior, conviene recordar que desde la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, imperativa en nuestro país, habrán de ser respetados los derechos del niño separado de uno o de ambos progenitores a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor (art. 9.3). De todos los textos nacionales y comunitarios (Carta Europea de Derechos del Niño, de 8 de Julio de 1992, artículo 8. 13) es posible colegir que no sólo es beneficioso la relación de los hijos con los dos progenitores, sino también que esta relación debe ser regular y continuada, excepto en aquellos supuestos especiales en que ésta no resultase beneficiosa para el menor, que es el miembro más desprotegido y débil de la familia, lo que justifica la mención especial y directa que del "interés de menor" se verifica en el apartado 1 del artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, antes mencionada. Por interés del menor como cláusula general o concepto jurídico indeterminado, **se ha de entender la necesidad de buscar en todo momento la solución más idónea para el menor, o cuanto menos la menos perjudicial para él, a cuyo efecto la autoridad judicial o administrativa habrá de tener en cuenta la totalidad de las circunstancias** que concurren en el grupo familiar y en los menores, valorando cual es el ambiente más idóneo para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor, **la atención que los progenitores pueden prestarle tanto en el orden material como en el afectivo**, así como la existencia de circunstancias perjudiciales para su formación o desarrollo, así como valorar el rechazo que puedan sentir hacia algún progenitor, sus causas y manifestaciones; en definitiva, el Juez deberá averiguar, dentro de lo humanamente posible, **qué es lo mejor para el niño**, por ser el interés supremo que se debe de proteger.”

Breve comentario:

Se observa que el niño es un objeto neutral y la madre un peón más, sin que se haga nunca mención alguna a la diferencia que le da un plus en este juego. El juez puede construir el puzle de las relaciones familiares convenientes para una criatura, sin criterios legales que digan la verdad originaria de la relación madre y criatura.

24. Sentencia 22.02.2010 (AP Albacete, sección 1ª). Ponente: Manuel Mateos Rodríguez

“La discrepancia se centra en la decisión de permitir la pernocta de la niña con su padre desde los dos años, entendiendo la apelante que es más adecuado fijar ese régimen para cuando la niña cumpla los tres años. La recurrente cita sentencias de este Tribunal que fijan en 3 años de edad el momento en que el niño puede pernoctar con el padre, y ante tal argumento debe decirse que **no se ha fijado tal criterio de modo rígido, sino que se viene resolviendo caso por caso**, tomando en consideración particularmente la relación existente entre padre e hijo y las capacidades del primero para ocuparse del segundo. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 23 de abril de 2007 (Aranzadi JUR 2007/281311) se confirmó un régimen de visitas con pernocta respecto de un niño de 17 meses.

Menciona también como argumento **su proyecto de mantener la lactancia materna** (como complemento alimenticio) más allá de los dos años de edad de la niña, **pero tampoco este argumento resulta convincente**, pues **aunque sin duda esa decisión sería beneficiosa para la niña, no lo sería tanto como el mantenimiento de la lactancia en los primeros meses, y tampoco superaría los beneficios que, en el desarrollo de su personalidad, tiene para un menor la relación con ambos progenitores.**

Los trastornos que el cambio de entorno puede producir en la niña son mínimos, y limitados en el tiempo, pues **sin duda la menor se acostumbrará pronto** a las visitas periódicas al domicilio de su padre.”

25. Sentencia 10.03.2010 (AP Málaga). Ponente: Inmaculada Suárez Bárcena Florencio

“(…) el derecho de visita que el artículo 94 del Código Civil reconoce a favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad o incapacitados como consecuencia de lo acordado en la Sentencia de separación, nulidad o divorcio, tiene como contenido tanto la visita propiamente dicha, como la comunicación y convivencia con aquellos y se fundamenta en la relación jurídica familiar preexistente entre aquél y el hijo, constituyendo un aspecto concreto, en caso de crisis del matrimonio, del derecho más general de comunicación entre parientes recogido en el artículo 160 del Código Civil. Se trata de un **derecho de contenido afectivo**, encuadrable entre los de la personalidad, de naturaleza extramatrimonial, innegociable e imprescriptible, y no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino como complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento **tiene como finalidad especial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su integral desarrollo**, estando condicionado a que resulte beneficioso para el menor, a fin de salvaguardar sus intereses. Así pues, el interés de los hijos constituye el eje fundamental de tal derecho de visita y al que queda subordinado como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 92.2 del Código Civil, en concordancia, así mismo, con el principio constitucional de protección integral de los hijos del artículo 39.2 de la Constitución Española y Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Nueva York, por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de octubre de 1989 y ratificada por España por medio de instrumento de fecha 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990). Al constituirse el régimen de visitas como una función que implica no sólo derechos, sino también deberes, es posible restringirlo o limitarlo, conforme resulta del artículo 94 del Código Civil, en aquellos supuestos en los que se acredite que tales comunicaciones entre los hijos menores y el progenitor no custodio puedan constituir, o constituyen, fuente de riesgo para los menores, para el desarrollo integral de los mismos, en razón a circunstancias tales como la falta de contactos previos de forma prolongada en el tiempo padre-hijos cuando éstos cuenten con escasa edad, comportamientos

determinados del progenitor no custodio, situación emocional de los propios menores, u otra serie de circunstancias que puedan concurrir y aconsejen y fundamenten una resolución restrictiva del régimen de visitas, que incluso puede venir aconsejada por circunstancias ajenas a la voluntad del progenitor no custodio (...) dada la falta de contactos padre-hijo, durante un periodo de tiempo era necesario, a fin de establecer y reforzar vínculos afectivos padre-hijo, deseables sin duda en beneficio del menor, contemplar un periodo de adaptación del menor para con su padre, el que, sin duda, **por las razones que sea, que no vienen al caso, y por la corta edad del menor, resultaba al menor una figura extraña y alejada de la vida cotidiana del que en aquel entonces no era sino un bebé lactante** (...) el padre no resulta ya una figura extraña y alejada de su vida, por lo que no hay razón alguna para (...) limitar el régimen de visitas del menor, durante las vacaciones escolares, hasta que el menor cumpla los cinco años de edad, pues con tres años de edad, un niño que ya ha establecido vínculos con su **padre que está perfectamente capacitado para el cuidado y atención del menor** (...)."

Comentario breve:

Observamos que cuando se explica teóricamente los derechos parece que cabe la diferencia de ser madre en todo el andamio, pero cuando se aplica la teoría no se atiende nunca a las razones de la madre, puesto que éstas responden simplemente a que es la madre y no quiere separarse de su criatura. Ella apela a su deseo porque siente que debe ser además derecho pues sale de dentro, de su verdad biológica.

47. Sentencia 9.02.2012 (AP Málaga, sección 6ª). Ponente: José Javier Díez Núñez

El padre alega: "1) Que el régimen de visitas establecido a favor del padre en la sentencia de instancia no era el adecuado al principio de "favor filii" que debe presidir su adopción, lo que significa que el derecho-deber del progenitor que no tiene la guarda y custodia del hijo menor, **debe gozar de un amplio derecho para visitar y estar con él con la finalidad de contribuir a su formación integral de la personalidad**, no llegando a comprender la razón que lleva a la juzgadora de instancia a limitar el derecho del menor Sebastián a pernoctar con su padre, cuando sus cualidades como padre son óptimas y **el menor no depende de la madre ni por lactancia, ni por ninguna otra razón**, sin que la sentencia consigne los motivos por los que se llega a tal decisión, **únicamente haciendo constar la edad del menor, el que tiene dos años**, por lo que estado **ambos progenitores en disposición para cuidar al menor y siendo la relación del padre la natural con el hijo** (...)."

Señala el Tribunal: "no es el propio interés del progenitor apelante, sino el de su hijo menor, derecho fundamental éste que es recogido en el artículo 9.3 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, entendiéndose por la doctrina a la vista del contenido del artículo 39.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), en relación con el 154 , 158 y 160 del Código Civil (LEG 1889, 27) , que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos, señalando al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 1991 que **las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural**, del que es evidentemente consecuencia ineludible **la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores**, de ahí que si bien pueda sentarse como regla general la del contacto directo y regular que los hijos de progenitores que vivan separados deben mantener con los mismos a tenor del principio referido y a que alude el artículo 94 del Código Civil, dicho principio no

puede concebirse como absoluto e incondicional, pues en todo caso queda subordinado al interés de los menores - T.S. 1ª S. de 21 de julio de 1993 -, según contempla expresamente la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor (...)"

50. Sentencia 8.06.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

"Al venir referido el primer motivo de recurso del demandado a la guarda y custodia del hijo menor de edad de los litigantes, conviene con carácter previo precisar que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en "tener a los hijos en su compañía" (art. 154 CC (LEG 1889, 27)), se desdobra en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro progenitor. Por tanto los términos "guarda y custodia" y "régimen de visitas y estancias" no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.

De ello se desprende, según reciente jurisprudencia, que: a) la convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%, b) En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, después de la separación o divorcio las funciones de velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes siguen siendo compartidas entre ambos, c) El reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una separación o castigo para uno de los padres, las causas que provocaron la ruptura no pueden determinar el reparto de tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema de separación remedio.

Igualmente hay que tener en consideración que el derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el artículo 161 del Código Civil , no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la crisis matrimonial.

Se trata de propiciar que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y compañía con los hijos menores y que la relación sea lo más enriquecedora posible.

Nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del "favor filii" contenido en los artículos 92 , 93 y 94 CC, que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello **los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro que le permita ver constantemente a su padre y a su madre**, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial.

(...) nuestra sentencia de 6 de febrero de 2.002, parte del indiscutible hecho de que los hijos son las auténticas víctimas de los conflictos de sus progenitores. Así el interés de aquéllos ha de ser especialmente protegido con el fin de evitar que los mismos sufran otros daños que los **ya graves, por si solos, de la falta de la presencia en su vida cotidiana de ambos ascendientes**, debiendo, en consecuencia, procurarse unos

contactos lo más extensos y profundos posibles con aquel progenitor que no ostente su custodia.

Esta problemática relativa a la custodia debe resolverse en atención al artículo 92 del Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación".

Por ello se hace preciso decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, **buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.**

En materia de visitas y comunicaciones paternofiliales debe atenderse principalmente al interés del menor, principio esencial básicamente en aplicación del artículo 39.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836). Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3).

Debe recordarse en relación con el régimen de visitas, por un lado, que el principio dispositivo resulta muy relativizado en esta materia por expresa disposición del art. 751 LECV, y, por otro, que entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los arts. 39.3 de la Constitución Española, 94 y 160 esencialmente del Código Civil (LEG 1889, 27), que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, **que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos.** Al respecto, la S.T.S. de 30-4-1991, se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 160 del Código Civil. (...)

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

regulación de los períodos de desarrollo de esta, frecuencia de la segunda así como lugar, modo y tiempo, expresado en fechas y horas, de práctica de la primera.

La doctrina es igualmente consciente de que el ejercicio de derecho de visitas, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor. Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo (STS 21-7-1993) pues, como señala el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 , en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996, 145) de Protección Jurídica del Menor, como principio general que debe informar su aplicación (...) "el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala los arts. 10 de la C.E . así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las **apetencias personales de sus padres**, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor.

Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; **atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor**: Esa resolución sería siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales (así STS de 22-5-1993 , que a su vez cita la de la propia Sala de 9-3-1989) a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, **sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores**, evitando al menor (ex art. 158.3 del Código Civil) los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón. Es decir, el régimen de vistas debe de compaginar el adecuado sistema de relación del menor con ambos progenitores y el propio beneficio del menor.

Atendidas estas premisas, del examen detallado de los autos, y en atención a las particulares circunstancias concurrentes en el caso, consideramos más adecuado en el presente introducir las pernoctas en las visitas de fines de semana alternos en que a Dº Silvio le corresponda la permanencia con el niño, como idóneo para él, que el desarrollo más limitado que establece la disentida, **en un momento en que Rodrigo ha alcanzado ya la suficiente independencia física respecto de su madre, superado por su parte el periodo de lactancia materna y alcanzada la edad de 2 años y medio (...)**

... En efecto, es a todas luces más beneficioso para Rodrigo, en situación de absoluta normalidad de todos los afectados, tanto padre, **en quien no se ha informado ni alegado siquiera patología ni indicador negativo alguno**, como niño, un régimen de visitas amplio y equitativo, en semejantes repartos de tiempo con cada uno de sus progenitores, para permitirle se adapte a la situación actual, sin que constituya ningún inconveniente la edad, cuando se trata de un niño sano, otra cosa ni se indica ni aflora a la causa.

Desde lo general, la pernocta que introducimos a la visita de fin de semana, responde a la finalidad antes apuntada de **garantizar el mantenimiento del afecto y apego del niño a la figura paterna**, de la que ahora se ve privado en lo cotidiano por razón de la ruptura de relación por parte de sus progenitores, **figura de cuya referencia precisa para alcanzar la plena estabilidad en todo orden**.

... Para concluir, D^a Berta, **progenitora femenina custodio**, habrá igualmente de contribuir a los alimentos de su hijo no solo de manera material y directa, con atenciones personales, sino incluso económicamente, debiendo ella misma colmar cuantas carencias deje al descubierto el aporte paterno, si es que se detectare alguna, **llegado el caso hasta trabajando, dando al tiempo cumplimiento al derecho deber que a todo español impone nuestra Constitución en su artículo 35**, pues para ello goza de plenas condiciones y capacidad, tanto por edad como por estado de salud, al no padecer enfermedad invalidante, ni venirle reconocida discapacidad ni minusvalía, poseyendo titulación y habiéndose dedicado en efecto al libre ejercicio de la abogacía, en un momento en el que ya dispone de tiempo para la reinserción profesional, al recurrirse para Rodrigo a los servicios de guardería, de modo que puede dar perfecto cumplimiento a la obligación proporcional de contribuir que le incumbe (...) ahora el único hijo común habido acude a guardería, lo que permite a esta progenitora disponer de tiempo libre para el ejercicio de su profesión, **de la que tan solo se ha apartado desde el nacimiento de Rodrigo, por decisión unilateral, que no de consuno con el ex marido, ni menos aún por imposición de este**, sin que nada que no sea la propia voluntad le impida volver a ejercer la abogacía en semejantes condiciones a como antes lo hacía.

... consideramos a la ex esposa en este caso autosuficiente y capaz de atender con dignidad su propio sustento, sin nada precisar del ex marido, a quien por cierto no le une ya vínculo alguno, de modo que no es factible reconocer pensión compensatoria a favor de D^a Berta al no detectarse desequilibrio derivado del divorcio.

El establecimiento de pensión compensatoria en este caso no obedece a las previsiones que se contemplan en el artículo 97 del Código Civil, en cuanto su destino o finalidad no es otro que colocar al consorte desfavorecido con la quiebra del matrimonio, en igual situación frente al empleo o medios de obtención de recursos, en que se encontraba antes de contraerlo, recordando que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, la pensión compensatoria no es de automática concesión a toda separación o divorcio, ni un mecanismo igualatorio de economías dispares, en la medida relativa que se infiere de las medidas cuantificadoras que tal precepto contempla, que la separación o la disolución por divorcio, del matrimonio, origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto, en méritos a la concurrencia de dos índices condicionantes comparativos, uno temporal en su naturaleza, pues el que postula tal derecho ha de estar en posición de inferioridad económica respecto de la que disfrutaba antes en el matrimonio, y de carácter personal la otra, cuando además es imprescindible que la posición económica del beneficiario en potencia, sea de inferior nivel a la del otro consorte, debiendo influir ambos condicionamientos, y sin que pueda bastar uno solo para el nacimiento del derecho regulado en el respectivo precepto (...) hay que tener en cuenta que la mayor parte de las separaciones y divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos

cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de uno y otro con la tenida en periodo de convivencia, por ello, la mayoría de la doctrina al hilo de lo que antecede afirma que el reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de los dos, **sino hallarse cada uno de ellos de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos.**

Procede en consecuencia la estimación del concreto motivo de recurso, para suprimir la pensión compensatoria con cargo al ex marido”.

51. Sentencia 19.06.2012 (AP Alicante, sección 6ª)

Dice el Tribunal: “El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a su hijo, especialmente, en el ámbito educativo, sanitario, religioso, social y deportivo. Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo (público, concertado o privado) o actividades extraescolares a realizar (deportivas, formativas o lúdicas y en general todas aquellas que constituyen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos cónyuges); en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica incluidas las estéticas (salvo casos de urgente necesidad), tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, tratamiento de quimioterapia, etc. tanto si entrañan algún gasto como si están cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento del menor; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión (comunión) así como en la decisión sobre la realización o no de un acto social relevante y el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontrara el menor en el momento de ser realizado; en la fijación y posteriores traslados de domicilio, siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas vigente y/ o apartarlos de su entorno habitual; y en la autorización para la salida del territorio nacional. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial correspondiente.

La guarda y custodia exclusiva **ostentada por la madre custodia comporta** estar en compañía y al cuidado del menor en la atención diaria e incluye la potestad de tomar decisiones habituales y rutinarias tales como revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias, actividades en el tiempo de ocio del menor (asistencia a fiestas de cumpleaños, dormir una noche en casa de un amigo, ir al cine etc.) siempre y cuando no impliquen una actividad de riesgo (como por ejemplo un deporte de riesgo como el alpinismo) y mientras no perturben el régimen de comunicación y visitas con el progenitor no custodio, resolver las cuestiones relativas a la ropa que han de utilizar para vestirse, almuerzo que se prepara para el colegio, comidas en el propio domicilio, asistencia a excursiones previstas durante la jornada escolar etc. El progenitor que se encuentre en compañía de su hijo podrá adoptar decisiones respecto al mismo, sin previa consulta al otro progenitor, en los casos en que exista una situación de urgencia o se trate de cuestiones poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse.

Ambos progenitores tienen el deber de informarse, mutuamente, de todas las cuestiones relevantes que afecten a su hijo, siempre que el conocimiento de aquéllas no lo pueda obtener por sí mismo el progenitor que no esté en compañía del menor en el momento en que las mismas se produzcan (por ejemplo, enfermedad), lo que no sucede en el caso de cuestiones escolares, extraescolares o médicas ordinarias, entre otras, en las que los profesionales que se ocupan del menor tienen la obligación de

suministrar, tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre su hijo, por ser ambos titulares de la patria potestad. Los progenitores tienen derecho a solicitar y obtener de terceros, personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en su poder de estos últimos sobre la evolución escolar y académica de su hijo y su estado de salud físico y psíquico. De esta forma, el centro escolar ha de informar de la misma manera a ambos progenitores de posibles reuniones con tutores, participación e fiestas o festivales escolares, boletines de notas o calificaciones, sanciones o absentismo escolar. Asimismo, el centro de salud o médico de cabecera del menor ha de informar de la misma manera a ambos progenitores de la historia clínica del menor, diagnóstico de enfermedades, ingresos hospitalarios, tratamientos prescritos y cualesquiera otras circunstancias relativas a la salud del menor.

Para el adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones derivados del ejercicio conjunto de la patria potestad, el menor deberá ser entregado por un progenitor al otro acompañado de su documentación personal (D.N.I./N.I.E. o pasaporte, en el caso de salida al extranjero) y sanitaria (tarjeta sanitaria), así como de la medicación que tuviese que serle suministrada e instrucciones necesarias para ello.

Por último es conveniente aclarar que la custodia, ya sea compartida o encomendada a uno de los progenitores, no autoriza en modo alguno a modificar la residencia de los hijos sin tener en cuenta sus intereses, sin contar con el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor o sin obtener, en su caso, la autorización judicial correspondiente pues si los padres pueden cambiar libremente de residencia, ello no supone el derecho a modificar sin más la de los hijos cuando puede ser conservada mediante el cambio de custodia.

(...) En caso de enfermedad del menor o síntomas que de ello se adviertan, los mismos deberán ser puestos en conocimiento del otro progenitor con la inmediatez que el caso permita y el progenitor que no se encuentre en su compañía podrá visitarlo en el domicilio del otro, avisando con la debida antelación y preservando la intimidad de este progenitor e igualmente en caso de ingreso hospitalario podrá visitar al menor donde se encuentre sin ninguna limitación de tiempo y con las únicas restricciones que determinen su estado o lugar de permanencia. Cada uno de los progenitores, podrá contactar telefónicamente todos los días con el menor, informando cada progenitor al otro del número de teléfono en que lo pueda localizar durante los periodos vacacionales y procurando en caso contrario el contacto telefónico con el otro progenitor mediante la oportuna llamada.

(...) Cada uno de los progenitores habrá de hacerse cargo del 50% de los gastos extraordinarios devengados por la educación y crianza del menor. A los efectos de evitar futuras discrepancias entre los progenitores, ha de indicarse que: La pensión alimenticia cubre exclusivamente las necesidades básicas ordinarias y normales de los hijos señaladas en el art. 142 C.C., en relación con el art. 154 C.C., es decir, todo aquello que es preciso para el sustento, habitación, vestido o ropa, asistencia médica, educación e instrucción (libros y material escolar) y, en definitiva, formación integral, todo ello entendido conforme al status familiar, teléfono e internet, actividades educativas consistentes en una simple excursión escolar o actividad análoga de unas horas de duración y coste proporcionado a ella. Así, a título de ejemplo, son gastos ordinarios los uniformes, libros y material escolar, matrícula, cuota de apa, comedor escolar, transporte escolar, recibos emitidos por el centro escolar, excursiones escolares de una jornada de duración, teléfono móvil y acceso a internet de los menores, gastos médicos y farmacéuticos habituales por enfermedades comunes y cubiertos por la seguridad social, etc.

Los gastos extraordinarios integran también la obligación alimenticia, pero nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, son eventuales, difícilmente

previsibles y de un montante económico considerable, razón por la cual no pueden incluirse en la pensión ordinaria a la vez que no pueden ser costeados por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones. Ello no significa que haya de ser siempre imprescindibles y necesarios (silla de ruedas, elementos ortopédicos, vacunas, asistencia de terceras personas en caso de enfermedad, etc.), cabe también que sean accesorios (operaciones quirúrgicas en centros privados aunque estén cubiertas por la Seguridad Social, etc.), o simplemente complementarios (viajes de estudios en España o al extranjero, campamentos de verano, clases de refuerzo recomendadas por el centro escolar, clases particulares ya sean deportivas, culturales, formativas o de otra naturaleza, etc.). No obstante la obligación de ambos progenitores de contribuir por mitad al pago de los gastos extraordinarios, será presupuesto previo para la reclamación por un progenitor al otro, que, previamente a su realización, salvo supuestos de urgencia, haya recabado su consentimiento, en cualquier forma que permita acreditarlo documentalmente, con información al mismo del coste que implica y acompañando la documentación precisa. La falta de oposición expresa, en el plazo de diez días naturales, o la obstaculización acreditada a la recepción de la comunicación será equivalente a un consentimiento tácito. Expresamente se debe contar con consentimiento previo o autorización judicial proporcionada a la capacidad económica de la familia para que deban ser sufragados por mitad los cursos en el extranjero o en otra localidad distinta al domicilio del hijo o el coste de universidades privadas.

(...) La ruptura convivencial de los progenitores de un menor no supone, en modo alguno, que el no custodio quede privado de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, en los términos sancionados por el artículo 154 del Código Civil (LEG 1889, 27). Entre los mismos figura el de tener consigo al hijo lo que, en hipótesis como la presente y a tenor de lo prevenido en los artículos 94 y 160 del citado texto legal, se traduce en el derecho recíproco de procreador e hijo a relacionarse entre sí en periodos más o menos amplios, constituyendo tales contactos un factor de decisiva importancia para un desarrollo y formación equilibrados, en sus distintos aspectos, de quien, sin culpa suya, se ha visto privado, en su vida cotidiana, de la presencia conjunta y armónica de quiénes asumieron la responsabilidad de traerle al mundo.

Cierto es que tal medida, al igual que las demás afectantes a un menor, han de estar inspiradas por el principio del *bonum filii* consagrado en los artículos 39 de la Constitución , 2 y 11-2 de la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996, 145) y 92 del Código Civil (...). Cuando se trata de hijos en los primeros años de vida, cual es el caso sometido a nuestra consideración (**hasta los dos-tres años de edad, como media**) es imprescindible la proximidad y estabilidad afectuosa de uno de los progenitores (**de ordinario la madre**), **pero el padre aparece como imprescindible para fomentar, entre otras cosas, la autonomía infantil**, por lo que las visitas deben de ser también constantes y de algo más de duración pero procurando no romper la unidad del espacio hogareño del menor, lo que se consigue con la fijación de un tiempo no excesivamente amplio de estancia pero suficiente para que se produzca la identificación de la figura del padre (que es normalmente el que no tiene la custodia) y del círculo espacial donde éste desarrolla su propia vida independiente de la del otro progenitor.

Desde la experiencia que a esta juzgadora le proporciona haber conocido de numerosos casos como el que nos ocupa, siempre muy delicados, se está en condiciones de afirmar que los hijos necesitan a sus dos progenitores. **Necesitan querer a su padre y a su madre, poder estar orgullosos de ellos e identificarse con ellos**. También necesitan su amor, su interés, su alegría y su estima. Es importante, por ello, que un hijo mantenga un contacto tan estrecho como sea posible con sus dos progenitores, aunque éstos no vivan juntos. Por ello, cuanto más alta es la frecuencia de contacto de los hijos con el progenitor no custodio **más positiva es la percepción**

que el menor tiene de éste y simultáneamente también tienen niveles inferiores de inadaptación. (...)

Para niños muy pequeños esa misma experiencia nos dicta que es especialmente importante que puedan ver al progenitor con el que no viven según el principio "poco y a menudo". Así, el niño podrá conservar el recuerdo de él mientras no estén juntos, y las separaciones del progenitor con el que vive resultarán menos difíciles al ser cortas. La cuestión, nada fácil, es de límites, ¿hasta cuando se puede considerar a un niño muy pequeño? y ¿Qué se ha de entender por "poco" y por "a menudo"?

La edad de **18 meses se considera una edad suficiente** para que los cuidados que precisa el niño puedan ser aplicados tanto por la madre como por el padre; adviértase que, si bien **cuando se trata de bebés o, en general, de niños en período de lactancia, la presencia cuasi permanente de la madre constituye un elemento necesario para su desarrollo, una vez transcurrida esa fase de dependencia vital, las atenciones que requiere el niño pueden y deben ser prestadas por ambos progenitores**, sin que se alcance a observar la presencia en uno u otro de factores de riesgo que hagan sospechar una actuación inadecuada. No podemos considerar que un régimen de visitas para el padre con el menor que incluya la pernocta, sea excesivo o perjudicial para el niño, pues las pequeñas alteraciones que en la rutina del niño ello pueda producir **quedan sobradamente compensadas con una relación más intensa y extensa con dicho progenitor, en cuanto factor de decisiva relevancia para la correcta evolución y desarrollo de aquél."**

54. Sentencia 2.10.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

“Se hace preciso así decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, **buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, cariño, alimentación, educación, desahogo material, sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.** Conforme a lo anterior, **no es necesario entrar en criterios relativos a la descalificación personal de los progenitores**, cuando ello no es preciso, pues debe darse respuesta a dicha cuestión atendiendo al superior interés a proteger.

... la hija común Sara, **quien ya cuenta con el suficiente grado de independencia física respecto de su madre, dada su edad de 5 años a esta fecha**, como nacida a NUM000 de 2.006, y **por ende rebasado con creces el período de lactancia**, según viene acreditado en las actuaciones, **no muestra preferencia por uno u otro progenitor y presenta con ambos un vínculo afectivo adecuado**, sin que se observe en ninguno de ellos problemática clínica que dificulte **el adecuado desempeño del rol parental, en equidad de actitudes y estilo educativo en orden a cumplimentar las necesidades básicas de la niña**, así como a facilitar su desarrollo emocional o social, o potenciar el crecimiento intelectual de Sara, sin negligencias en los cuidados y atenciones a prodigar a la niña.

El mero hecho de que la madre inicialmente fuera cuidadora principal por no desempeñar actividad retribuida (...) no permite sin más prescindir de la opción compartida por la que se decanta la Juez "a quo" en las concretas circunstancias concurrentes en esta familia, y cuando se advierten los presupuestos determinantes de esta alternativa de custodia, máxime al prestar ahora la progenitora femenina servicios retribuidos por cuenta ajena. **Se evidencia aquí positiva una mayor presencia de la figura paterna, que equilibre la participación de ambos progenitores en la vida de Sara, a través del establecimiento de una guarda y custodia compartida”.**

56. Sentencia 22.01.2013 (AP Zaragoza, sección 2ª). Ponente: Julián Carlos Arqué Bescós

“La guarda y custodia **a edades cortas**, como la de autos, (menor de 2 años a la fecha de la vista en 1ª. Instancia y meses al acto de la vista de las medidas provisionales), requiere de una especial consideración teniendo en cuenta lo proclamado por la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª. Sesión Plenaria de la ONU de 20 de Noviembre de 1959, la que indica que **salvo casos excepcionales no se debe separar a un niño/a de corta edad de su madre** y porque en ocasiones puede estar condicionada a la propia **alimentación** del bebé (periodo de lactancia materna).”

57. Sentencia 28.02.2013 (AP Valladolid, sección 1ª). Ponente: José Antonio San Millán Martín

“Efectivamente, al tiempo de dictarse la Sentencia de Instancia (aún antes, al tiempo de promoverse la demanda, cuando la menor contaba sólo con 8 meses de edad) la corta edad de la menor Jimena, nacida en fecha de NUM000 -11, **que se encontraba en situación o régimen alimenticio de lactancia materna, sin perjuicio del complemento con otros alimentos**, condicionó la regulación del régimen de visitas, eliminando, en particular y respecto de los fines de semana, la pernocta en el domicilio paterno, en evitación de la ruptura en el proceso de lactancia. (...) en la actualidad, cuenta con más de 18 meses, **tiempo suficientemente maduro para que pueda acudirse a un régimen de visitas ordinario, sin necesidad de esperar al cumplimiento de los tres años**, que incluya la pernocta de la menor en compañía de su padre, y ello, en atención primordial, no solo al interés o derecho del padre para tener en su compañía a su hija, sino **el interés de la propia menor, en orden al más conveniente desarrollo de los lazos de afectividad con su padre**. De las actuaciones se desprende, que ya al tiempo de dictarse la sentencia, la menor seguía un régimen alimenticio basado en leche artificial, purés de verduras y pescados, papillas de frutas, vitaminas y **ocasionalmente y a demanda, leche materna**. Por consiguiente, y al momento presente, **no parece exista ya el grave inconveniente de la lactancia materna para que pueda llevarse a efecto un régimen de visitas paterno filial ordinario**, cual el propuesto por el propio padre”.

5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD UTILIZADO PARA NEGAR LA LIBERTAD DE LA DIFERENCIA

Clara Jourdan³⁴ dice que “la idea de igualdad tiene mucha fuerza porque significa la conciencia de que todos y todas somos iguales en nuestras necesidades básicas de vida y en nuestras fragilidades”. Desde esta verdad, “la fuerza de la igualdad podemos aprovecharla para mejorar nuestras vidas y nuestro mundo común si nos tomamos la libertad de la diferencia. La libertad de la diferencia sexual en el sentido de nuestra propia diferencia personal (no como un nuevo estereotipo identitario). La diferencia sexual es la diferencia femenina y la diferencia masculina; o sea que la igualdad se puede despegar de los realizado por los hombres y volver a la experiencia básica de las criaturas pequeñas que hemos sido todas y todos. Aprovechamos el impulso de la igualdad, sin creer que la diferencia se contrapone a la igualdad”.

La misma idea se entiende con nitidez en las palabras de Lia Cigarini: “*equality is a juridical principle.... Difference is an existential principle which concerns the modes of being human, the peculiarity of one’s own experiences, goals, possibilities, and one’s own sense of existence in a given situation and in the situations one wants to create for oneself.*”

³⁴ (La fuerza de la igualdad y la libertad de la diferencia. DUODA, núm. 38-2010, p. 59-65)

*The difference between woman and man is the basic difference of humankind ... Equality is what is offered as legal rights to colonized people. And what is imposed on them as culture".*³⁵

En las resoluciones transcritas **veo que no se atiende a la esencia del principio de igualdad y se produce su aplicación negativa, negando la libertad de la diferencia y buscando la unidad**, tal como describe Rivera Garretas³⁶: "En opinión de la república, la cosa pública, para una mujer "tu propio bien" es el triunfo del principio de igualdad de los sexos, un triunfo cuyo principal obstáculo son los tiempos del cuerpo femenino, en especial del materno: un tiempo lunar y también lunático, porque el femenino es un cuerpo que sufre cuando es sometido al doble tirón de vivir simultáneamente en dos tiempos". Por esto, el final del patriarcado ha acabado³⁷ con la carrera ascendente del principio de igualdad o unidad de los sexos del siglo XX, al dejar al descubierto la libertad femenina.

Por esto, estas resoluciones en busca de la igualdad chirrían en mi mente; puesto que, como he dicho antes, un acto de libertad femenina, incluso desmesurado, es la lactancia materna a demanda y no interrumpida.

En conclusión, podríamos decir que: "El principio de igualdad es irrenunciable pero hoy pide ser interpretado desde la conciencia compartida de la excelencia femenina (que ha contribuido, hasta ahora, a custodiar la vida en la tierra y de la tierra)"³⁸.

1. Sentencia 5.02. 2007 (SAP Cantabria, sección 2ª). Ponente: Ignacio Mateos Espeso

Alega el padre: "la **mayor idoneidad del padre** para el ejercicio de la guarda y custodia de la menor. Afirma (...) que resulta discriminatoria la atribución a la madre **por el hecho de ser mujer**. Asimismo partiendo del estado civil de la madre; **separada y extranjera en situación administrativa irregular, afirma que ello imposibilitará su acceso al mundo laboral**, además de desarraigo y desamparo ante cualquier eventualidad."

La Sala señala: "**No es la condición de mujer**, sin más, lo que el Juzgador ha valorado en su decisión, sino los posicionamientos jurisprudenciales mayoritarios apoyados en consideraciones y juicios de conveniencia, pertenecientes al campo de la Psicología infantil y de la pediatría, cuando como en este caso se trata de una menor, que sin ser lactante, apenas cuenta un año de edad. (...) la menor de once meses, presenta un estado sanitario y desarrollo correcto y que su madre cumple escrupulosamente con los deberes derivados de los protocolos sanitarios ó médico-pediátricos.

(...) La condición de ciudadana extranjera de la madre, con independencia de su situación administrativa, y de otras circunstancias pasadas o presentes, no pueden ser fundamento para privar a la madre de la guarda y custodia de su hija, cuando se ha revelado capaz e incluso escrupulosa, en el ejercicio de las funciones inherentes a tal función y, sin que ello suponga **afirmar la falta de idoneidad del otro progenitor**."

8. Auto 20.10.2008 (SAP Toledo, sección 1ª). Ponente: Gema Adoración Ocáriz Azaustre

³⁵ C. Lonzi, "Let's spit on Hegel" in P. Bono and S. Kemp (eds.) *Italian Feminist Thought: A Reader*, p. 41. For the original Italian publication, see C. Lonzi, *Sputiamo su Hegel* (Scritti di Rivolta Femminile) Milan, 1974.

³⁶ María-Milagros Rivera Garretas, "Ella es demasiado libre. La revolución del tiempo y del amor". DUODA 41-2001, p. 56.

³⁷ María-Milagros Rivera Garretas, "Ella es demasiado libre. La revolución del tiempo y del amor". DUODA 41-2001, p. 56.

³⁸ Luisa Muraro, "La igualdad entre los sexos, un espejismo o, mejor, una farsa". DUODA, núm. 39-2010, pp. 93-97.

“Alega la apelante que el menor tiene 9 meses y necesita cuidados y alimentación especiales como lactante que desconfía que el padre puede darle adecuadamente, y que la separación de la madre durante tantas horas puede serle perjudicial, así como que el primer fin de semana de cumplimiento **el estado del menor a su devolución a la madre era tal que hubo de ser llevado al hospital.**

El recurso no puede prosperar. ... el menor de 9 meses, ahora cercano a un año, **no consta que realice su alimentación por lactancia materna** y precise con ello el contacto físico con su madre para alimentarse ...

Así las cosas esta Sala debe señalar que conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica el régimen de visitas es una continuación o reanudación de la relación paterno filial "evitando la ruptura por falta de convivencia de **los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos**" (STS. 9.10.92), debiendo ser conciliados distintos intereses protegibles, como son el relativo al mantenimiento de la relación materno o paterno-filial -que se acrecienta y desarrolla a través del mutuo contacto-, **el derecho del menor a su desarrollo integral** -que se enriquece con dicho contacto-, y el derecho de ese cónyuge no conviviente a que no se ponga en peligro esa relación. Todo ello supone que deben constar **razones relevantes que aconsejen una limitación de lo que no solo es un derecho del padre sino también y fundamentalmente un derecho de su hijo**, y que justifiquen que el régimen de visitas no sea todo lo amplio que las circunstancias de todo orden permitan y en este caso no consta motivo alguno por el que la comunicación directa y contacto personal del padre con su hijo haya de restringirse tan relevantemente como pretende la apelante, no constando el mas mínimo indicio, mas que **subjetivas suspicacias de la madre**, de una inaptitud o desinterés del padre por el cuidado de su hijo”.

10. Sentencia 2.12.2008 (SAP Zaragoza, sección 2ª). Ponente: Julián Carlos Arqué Bescós

"El padre podrá llevarse a la hija y tenerla consigo, mientras dure la lactancia, los sábados y domingos alternos de 12 de 17 horas, de manera que haga su siesta con el padre, y una tarde de todas las semanas de 17 a 20 horas. **Cuando la hija abandone la lactancia, hasta los dos años** el régimen será de sábados y domingos alternos de 11 a 20 horas sin pernocta, siguiendo la tarde semanal. Desde los 2 años fines de semana alternos de 11 horas del sábado a 20 horas del domingo con pernocta ... La actora que considera ... la menor no debería pernoctar con el padre hasta que alcanzara los tres años de edad. (...)

En cuanto a la impugnación tampoco puede ser estimada, no existe obstáculo alguno para que la menor pueda pernoctar con el progenitor no custodio cuanto alcance los dos años, **no existe informe psicosocial alguno que lo desaconseje**, estando **el padre perfectamente capacitado** para atender a su hija."

12. Sentencia 29.01.2009 (AP León, sección 1). Ponente: Ricardo Rodríguez López

“considera la parte recurrente que el horario de visitas del padre con el menor, dada la escasa edad de éste, no debe de ser tan amplio como el fijado para los periodos vacacionales, sin que el menor pernocte con su padre cuando le corresponda tenerlo consigo en fines de semana."

La Sala señala que: "La edad del menor no justifica restricción alguna en la comunicación del padre con su hijo, salvo -quizá- **en supuestos de un menor recién nacido lactante o con algún factor de riesgo para su salud**. En los demás casos no hay razón alguna para que el menor no pueda pernoctar con cualquiera de sus padres si **ambos son aptos** para su cuidado. Y lo serán siempre que **no presenten alguna**

anomalía física o psíquica o concurran en ellos alteraciones psicológicas o de comportamiento que revelen desatención para con el menor. Nos encontramos con un niño que ya ha cumplido los dos años, por lo que no es un bebé todavía inmaduro **y la compañía de cualquiera de sus padres es para él más beneficiosa que cualquier incomodidad que le pueda suponer el traslado domiciliario. No existe una lógica correspondencia entre el hecho de que la madre lleve al menor a una guardería durante buena parte de las horas del día y que no pueda pernoctar un día con su padre** noche cada dos semanas o en periodos vacacionales”.

17. Sentencia 15.07.2009 (AP León, sección 1). Ponente: Ana del Ser López

“La madre formula recurso en cuanto a las visitas al entender que se trata de un lactante ... se coincide plenamente con la valoración probatoria realizada por el Juez de Primera Instancia que efectivamente tiene en cuenta la edad del menor y aplica un desarrollo progresivo en las relaciones con el progenitor no custodio, **considerando la madre que no es suficiente la cautela apreciada dada la condición de lactante del hijo.**

Lógicamente el **criterio preferente** en el momento de establecer un régimen de comunicación y de visitas entre un padre y un hijo no puede ser otro que el interés del menor, a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se ha de garantizar siempre. Este es el principio informador de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, que se consagra en el artículo 39.2 de la Constitución, a tenor del cual "los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos", y que tiene su reflejo en el artículo 92, párrafo segundo del Código Civil, que dispone que las medidas a adoptar en relación con los hijos del matrimonio lo habrán de ser desde la óptica de su beneficio, que no puede confundirse con el deber o interés de sus progenitores, **o de alguno de ellos (...).**

Ciertamente, **sobre este particular y la condición de lactante del menor, únicamente se aporta como prueba un documento,** el número tres de la contestación, en el que se dice que a los dos meses y medio de edad el niño se estaba alimentando con leche materna y biberón, **lo cual no implica que en el momento actual, más de un año después, el niño siga siendo lactante. En todo caso seguiría una alimentación mixta, por razones obvias,** lo cual ya no implica en modo alguno que necesite tener vinculación con la madre cada tres horas, como la misma argumenta en su escrito de recurso, ni que tampoco precise pernoctar en el domicilio materno.

Desde la experiencia que aporta haber conocido de numerosos casos como el que nos ocupa podemos afirmar que los hijos necesitan a sus dos progenitores.

Entendemos que es claramente beneficioso para los niños querer a su padre y a su madre y a la vez poder sentirse queridos por sus dos padres e identificarse con ellos. Necesitan su amor, su interés y su estima. Es importante, por ello, que un hijo mantenga un contacto tan estrecho como sea posible con sus dos progenitores, aunque éstos no vivan juntos. Cuanto más alta es la frecuencia de contacto de los hijos con el progenitor no custodio **más positiva es la percepción que el menor tiene de éste y simultáneamente también tienen niveles inferiores de inadaptación. (...)**”.

(...) El niño que ahora cuenta con más de un año de edad puede perfectamente relacionarse con su padre los sábados y domingos alternos desde las 11 a las 20 horas, **sin pernocta, hasta que cumpla los dos años.**”

21. Sentencia 20.01.2010 (AP Málaga, sección 6ª). Ponente: José Javier Díez Núñez

“... el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, **de contenido**

puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos, señalando al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 1991 que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, siendo cierto que si bien puede sentarse como regla general la del contacto directo y regular que los hijos de progenitores que vivan separados deben mantener con los mismos a tenor del principio referido y a que alude el artículo 94 del Código Civil, dicho principio no puede concebirse como absoluto e incondicional, pues en todo caso queda subordinado al interés de los menores -T.S. 1ª S. de 21 de julio de 1993-, según contempla expresamente la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, al afirmar que en cuantas medidas hayan de tomar los tribunales con respecto a los menores "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", aún cuando concorra otro interés legítimo de protección, (...) pues **tratándose de una menor que salió hace tiempo del período de lactancia, pese a las aseveraciones practicadas por la progenitora materna acerca de poder afectar la pernocta al interés de la menor**, dicha afirmación carece del mínimo refrendo probatorio, orfandad total y absoluta de prueba que debe constituir óbice a que las relaciones padre-hija se desarrollen de la forma más fluida posible, incluyendo por ello el régimen de pernocta en los fines de semana alternos y restantes períodos vacacionales que corresponda al demandado tener en su compañía a la menor, (...) debiendo conseguirse que en esa nueva situación en la que, al parecer, el demandado ha rehecho su vida con tercera persona, la menor desarrolle su personalidad emocional, psíquica e intelectual de la forma que sea más cotidiana y normal, siendo la pernocta adecuada y favorable a fin de garantizar establecimiento y continuidad en la relación paterno-filial, **sin ningún tipo de cortapisa impuesta por uno de los progenitores**, debiendo asumirse por ambos el nuevo status creado tras la ruptura de la convivencia, llegando a **una situación de plena y absoluta normalidad en la que se afiance el vínculo afectivo padre-hija**".

Breve comentario:

El uso de la fórmula del interés del menor ha llegado al uso abusivo puesto que, al ignorar la ley la diferencia sexual y construir un sistema de paternidad paritaria; para intentar parar, constantemente, los intentos del padre de privar de custodia a la madre, los tribunales no pueden acudir a la verdad originaria de esta situación porque piensan que la ley no habla de la preferencia de la madre, pero los jueces siguen teniéndolo en la mente o en el corazón. Por esto, para parar las peticiones de los padres alegando la igualdad o el sentirse discriminados por no ser mujer, los jueces, sabiendo que dicha desigualdad no es discriminatoria, sino que tiene un fondo de verdad y derecho natural; en vez de usar dicha verdad, porque piensan que la misma no está en el ordenamiento; abusan, interpretan y reinterpretan la fórmula "interés del menor", que nunca fue concebida para luchar padre-madre, sino contra la intervención de la Administración.

23. Sentencia 19.02.2010 (AP Madrid, sección 24ª). Ponente: María José de la Vega Llanes

“se impugna el régimen de visitas paterno-filial establecido en la sentencia apelada, solicitando su reducción y sin pernoctas dado que entiendo que **el hijo es un menor en periodo de lactancia**. Los **alegatos expuestos por la parte recurrente carecen de trascendencia para limitar el régimen de comunicaciones** que determina el juzgado (...) **el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo** que autoriza a su titular a expresar o manifestar hacia otra persona, **exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin**, derecho que puede

encuadrarse en los de personalidad y que se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación familiar entre visitante y visitado.

Por otra parte, se trata de un derecho claramente subordinado al interés del menor, y así está recogido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia: Declaraciones de los Derechos del Niño, aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas de 1959. Resolución de 29-5- 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; y Convención del Consejo de Europa de 1980 (RCL 1984/2167; Ap NDL 11401) sobre Reconocimiento y Ejecución de decisiones en materia de Guarda de Niños, por ser el más valioso y necesitado de protección y deber ser concedido al margen y por encima de los motivos que dieron lugar a la separación entre el visitador y el titular de la guarda del menor. Y es que el "ius visitando" cumple una evidente función familiar pues quiere la Ley que aunque la familia atraviesa una crisis o ruptura, incluso definitiva, se cumplan en la medida de lo posible, **los fines asignados al núcleo familiar**, entre ellos, el del pleno desarrollo de la personalidad de los mismos.

La fijación de un régimen de estancia, visitas y comunicaciones a favor del cónyuge con el que no conviva la **progenitora**, tiene como función y finalidad el fomentar un vínculo de confianza y amistad entre dicho progenitor y los hijos. **La presencia del padre y la madre es fundamental para el crecimiento del hijo al ser soporte de las respectivas identidades**, ello no implica que se olvide que el plan o régimen de visitas debe proteger los derechos del niño y del padre no custodio (configurándose como un derecho-deber) y tender a fomentar los vínculos afectivos con él para procurar así la formación integral que es espíritu y guía del ejercicio de la patria potestad.

Cuando se trata de hijos en los primeros años de vida, cual es el caso sometido a nuestra deliberación es lógico aplicar un sistema progresivo de comunicaciones que en todo caso debe acomodarse a las necesidades e interés del menor conforme se vayan manifestando, y en este caso contando ya **el menor con dos años de edad** se viene entendiendo que procede fijar la formación del régimen de visitas inclusive la pernocta en aras a la conveniencia y el beneficio del menor que aconsejan amplitud, generosidad y facilidad en la comunicación con el progenitor que no convive con el menor.”

25. Sentencia 10.03.2010 (AP Málaga). Ponente: Inmaculada Suárez Bárcena Florencio

“(…) el derecho de visita que el artículo 94 del Código Civil reconoce a favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad o incapacitados como consecuencia de lo acordado en la Sentencia de separación, nulidad o divorcio, tiene como contenido tanto la visita propiamente dicha, como la comunicación y convivencia con aquellos y se fundamenta en la relación jurídica familiar preexistente entre aquél y el hijo, constituyendo un aspecto concreto, en caso de crisis del matrimonio, del derecho más general de comunicación entre parientes recogido en el artículo 160 del Código Civil. Se trata de un **derecho de contenido afectivo**, encuadrable entre los de la personalidad, de naturaleza extramatrimonial, innegociable e imprescriptible, y no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino como complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento **tiene como finalidad especial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su integral desarrollo**, estando condicionado a que resulte beneficioso para el menor, a fin de salvaguardar sus intereses. Así pues, el interés de los hijos constituye el eje fundamental de tal derecho de visita y al que queda subordinado como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 92.2 del Código Civil, en concordancia, así mismo, con el principio constitucional de protección integral de los hijos del

artículo 39.2 de la Constitución Española y Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Nueva York, por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de octubre de 1989 y ratificada por España por medio de instrumento de fecha 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990). Al constituirse el régimen de visitas como una función que implica no sólo derechos, sino también deberes, es posible restringirlo o limitarlo, conforme resulta del artículo 94 del Código Civil, en aquellos supuestos en los que se acredite que tales comunicaciones entre los hijos menores y el progenitor no custodio puedan constituir, o constituyen, fuente de riesgo para los menores, para el desarrollo integral de los mismos, en razón a circunstancias tales como la falta de contactos previos de forma prolongada en el tiempo padre-hijos cuando éstos cuenten con escasa edad, comportamientos determinados del progenitor no custodio, situación emocional de los propios menores, u otra serie de circunstancias que puedan concurrir y aconsejen y fundamenten una resolución restrictiva del régimen de visitas, que incluso puede venir aconsejada por circunstancias ajenas a la voluntad del progenitor no custodio (...) dada la falta de contactos padre-hijo, durante un periodo de tiempo era necesario, a fin de establecer y reforzar vínculos afectivos padre-hijo, deseables sin duda en beneficio del menor, contemplar un periodo de adaptación del menor para con su padre, el que, sin duda, **por las razones que sea, que no vienen al caso, y por la corta edad del menor, resultaba al menor una figura extraña y alejada de la vida cotidiana del que en aquel entonces no era sino un bebé lactante (...)** el padre no resulta ya una figura extraña y alejada de su vida, por lo que no hay razón alguna para (...) limitar el régimen de visitas del menor, durante las vacaciones escolares, hasta que el menor cumpla los cinco años de edad, pues con tres años de edad, un niño que ya ha establecido vínculos con su **padre que está perfectamente capacitado para el cuidado y atención del menor (...)**".

Comentario breve:

Observamos que cuando se explica teóricamente los derechos parece que cabe la diferencia de ser madre en todo el andamio, pero cuando se aplica la teoría no se atiende nunca a las razones de la madre, puesto que éstas responden simplemente a que es la madre y no quiere separarse de su criatura. Ella apela a su deseo porque siente que debe ser además derecho pues sale de dentro, de su verdad biológica.

27. Sentencia 23.07.2010 (AP Zaragoza, sección 2). Ponente: Francisco Acín Garos

“En lo que respecta a pernoctas y día de visita intersemanal, dice la recurrente que las primeras deben ser pospuestas a los cuatro años del menor, **dada la dependencia emocional que éste muestra respecto de ella, además de que cortarían la lactancia e impedirían los efectos beneficiosos que la misma supone para la salud infantil (...)**.

... bien entendido que en el derecho a comunicarse de los progenitores con los hijos no sólo se trata de un derecho de los primeros, **sino de un efecto beneficioso para el desarrollo psico-emocional de los segundos**, que mantienen de esta forma un vínculo natural con sus padres (...) **la prueba practicada no acredita la existencia de circunstancias que aconsejen la prohibición de que la menor pernocte con su padre una vez que cumpla tres años de edad. La madre no ha probado que el hijo tome de manera exclusiva lecha materna, ni puede estimarse verosímil que lo vaya a hacer una vez cumplidos tres años. Ni se acredita tampoco que el menor necesite unos especiales cuidados alimenticios que no puedan ser prestados por el padre.**”

30. Sentencia 15.10.2010 (AP Madrid, sección 22). Ponente: Eduardo Hijas Fernández

“(…) si bien no puede dejar de ponderarse, a los fines debatidos, la importancia que, en el desarrollo psico-físico el menor, reviste la lactancia materna, prolongada (...) dada la edad que contaba el menor al tiempo de resolverse la contienda en la instancia, **los pequeños inconvenientes de la interrupción de dicho sistema complementario de alimentación** durante los fines de semana alternos, en que el menor había de permanecer en el entorno paterno, **quedan ampliamente compensados por las ventajas que esta última relación conlleva**, por la necesidad de una vinculación temprana del hijo **con cada uno de sus procreadores**, en orden a propiciar su desarrollo armónico y equilibrado en todos sus aspectos”.

31. Sentencia 2.11.2010 (AP Illes Balears, sección 4). Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández

“(…) **ni ha de ser mérito tan preferente para tal fin la mayor proximidad materna durante la lactancia**, especialmente cuando no se acredita que el padre dejara de cumplir sus responsabilidades (...) entendiéndose dicha psicóloga recomendable que siga la custodia compartida (...) **para evitar desigualdad entre los progenitores y no ceder a intereses personales** (...). Sin existir además respaldo legal alguno a las tesis manejadas en la apelación, en lo relativo a que haya de tener preferencia la guarda y custodia materna frente a la compartida por el mero hecho de que la edad del menor alcance solo el año y medio, o por la circunstancia natural de que durante la lactancia haya tenido más protagonismo la figura materna que la paterna.”

37. Sentencia 6.05.2011 (AP Asturias). Ponente: José María Álvarez Seijo

La madre alega: "que no debería disponerse la pernocta del menor hasta los dos años, y que en otro caso debería reducirse el período de verano. Se basa fundamentalmente en la **necesidad de atender al mantenimiento de la lactancia materna**, por lo que la resolución judicial abocaría a un destete forzoso a los 15 meses, con infracción de los derechos de dicho menor, señalando que **no puede compartirse el razonamiento de la sentencia cuando afirma que al alcanzar el niño los 15 meses la lactancia materna se vería notablemente reducida al haberse instaurado como fuente principal de alimentación la complementaria.**"

El Tribunal concluye: "Ciertamente es insoslayable el derecho de todo progenitor a relacionarse con sus descendientes, con su participación en su desarrollo, formación integral y educacional, y en este sentido Don Edmundo se ha de presumir, y nada hay en contrario, **que se encuentra plenamente capacitado y dispuesto a asumir el papel de padre**, por lo que **no se ve que haya de ponerse obstáculo a la pernocta como no fuese por la razón aducida por la apelante**. (...) en relación con el período de lactancia, **la literatura médica resulta variada**, y así contempla **en ocasiones duraciones de incluso de un años o año y medio de edad, realmente excepcionales** pero siempre anudada dicha lactancia a una alimentación complementaria progresiva. (...). **Tiene, pues, su razón de ser lo aseverado en la sentencia al presuponer que a los 15 meses la lactancia habría de considerarse notablemente reducida, incluso podría afirmarse que prácticamente sustituida ya por la alimentación normal en un niño de dicha edad.** Ahora bien, con el fin de obviar cualquier mínima objeción, y por cuanto que en la recurrida se alude a una notable disminución de la lactancia, la Sala estima prolongar el período a partir del cuál el menor **puede pernoctar hasta que cumple los 18 meses**".

40. Sentencia 22.11.2011 (AP Illes Balears, sección 4ª). Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández

La madre alega: “La Juez ad quo fundamenta solamente el amplio y exagerado régimen de visitas establecido en la resolución judicial en un supuesto “interés del padre en el cuidado y atención del hijo”, y **no en interés del hijo, en el beneficio de éste**, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal atendiendo al resultado de la prueba practicada, principalmente a:

a) La edad del menor. La juzgadora en el Auto de fecha 11 de octubre de 2010 en el que se disponen las medidas provisionales, en su fundamento jurídico tercero expresa que “(...) Carlos Antonio, quien todavía no ha cumplido los cinco meses de edad, todavía en estado de lactancia según manifestaciones de la propia Sra. Rosana, requiere de la presencia de su madre para tener cubiertas sus necesidades más vitales, máxime cuando el padre del menor ha reconocido en el acto de la vista que en los primeros meses de vida de su hijo menor, durante sus ausencias, era la madre del menor quien lo cuidaba”.

Alega el padre: “(...) los fundamentos de la madre para impugnar el régimen de visitas estipulado, **son abstractos, se basan en el interesado criterio que lo más beneficioso para el menor es estar con la madre, por el mero hecho de serlo**, evitando reconocer -por mera conveniencia- la importancia **e igual relevancia de la figura paterna** de la que - desde luego- el hijo “disfruta como un enano”.

Decide el Tribunal: "... el régimen de visitas no es únicamente un derecho del progenitor no custodio, sino un deber del mismo en orden a favorecer el interés del menor, por lo que debe establecerse el régimen de visitas más favorable a sus intereses, siempre según lo que aconsejen las circunstancias del caso y en orden a mitigar, en la medida de lo posible, **el daño que para la formación del menor supone la ausencia del progenitor no custodio**. Así las cosas, y como quiera que el menor, Carlos Antonio, que cuenta **en la actualidad con un año y medio, ya no es lactante** (así se establece en la sentencia atribuyendo tal reconocimiento a la propia Sra. Rosana en el acto de la vista, sin que se impugne propiamente tal aserto probatorio), se hace preciso fijar un régimen de visitas lo más amplio posible (...) Siendo precisamente ahora, en esta corta edad del menor, y tal y como recuerda la sentencia, “(...)cuando las relaciones paterno-filiales se están forjando en ambos sentidos, esto es, de forma bidireccional padre e hijo”, por lo que es obvio que se ha de intentar reforzarlas y encauzarlas de cara al futuro (...) Por lo tanto, la Sala concuerda la afirmación contenida en la sentencia de instancia relativa a que “el régimen de visitas que conviene fijar en el presente pleito debe ser lo más amplio posible “. Aserto cuya efectiva acomodación al caso de autos no viene menoscabado por ninguno de los plurales argumentos apelatorios, **por cuanto que la edad del menor ya no es obstáculo para relacionarse ampliamente con el padre**, salvo que se hubiera acreditado en autos -que no es el caso- algún tipo de dificultad o indisposición justificativa de un recorte (...) ni se atisba por qué haya de quedar afectado el estado de felicidad y de bienestar del menor en dicho aspecto (...) Negar, como hace la actora, **el derecho de pernocta con el padre a un niño que ya no precisa de lactancia**, fundamentándolo, según palabras de la propia Sra. Rosana, **en el hecho de que con ella duerme más tranquilo, no se considera razón de peso suficiente, máxime cuando se basa en meras apreciaciones subjetivas de una parte quien, pese a reconocer que el niño cuando ha estado con el padre no ha tenido ningún problema, pretende que el niño no pernocte con el padre siquiera una vez cumplidos los tres años (...)**

Debe tenerse presente, en este sentido, que tal interpretación flexible de los principios procesales citados presenta en estos autos coherente acomodo con **el principio favor filii**, elevado a rango constitucional en virtud de la redacción del artículo 39 del Texto

Fundamental, informador del marco que nos ocupa, **en el que los intereses del menor confieren carta de naturaleza a las decisiones del Tribunal, justificando el desplazamiento a un plano secundario de otros intereses en litigio.**”

47. Sentencia 9.02.2012 (AP Málaga, sección 6ª). Ponente: José Javier Díez Núñez

El padre alega: “1) Que el régimen de visitas establecido a favor del padre en la sentencia de instancia no era el adecuado al principio de "favor filii" que debe presidir su adopción, lo que significa que el derecho-deber del progenitor que no tiene la guarda y custodia del hijo menor, **debe gozar de un amplio derecho para visitar y estar con él con la finalidad de contribuir a su formación integral de la personalidad**, no llegando a comprender la razón que lleva a la juzgadora de instancia a limitar el derecho del menor Sebastián a pernoctar con su padre, cuando sus cualidades como padre son óptimas y **el menor no depende de la madre ni por lactancia, ni por ninguna otra razón**, sin que la sentencia consigne los motivos por los que se llega a tal decisión, **únicamente haciendo constar la edad del menor, el que tiene dos años**, por lo que estado **ambos progenitores en disposición para cuidar al menor y siendo la relación del padre la natural con el hijo (...)**”.

Señala el Tribunal: "no es el propio interés del progenitor apelante, sino el de su hijo menor, derecho fundamental éste que es recogido en el artículo 9.3 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, entendiéndose por la doctrina a la vista del contenido del artículo 39.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), en relación con el 154 , 158 y 160 del Código Civil (LEG 1889, 27) , que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos, señalando al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 1991 que **las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural**, del que es evidentemente consecuencia ineludible **la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores**, de ahí que si bien pueda sentarse como regla general la del contacto directo y regular que los hijos de progenitores que vivan separados deben mantener con los mismos a tenor del principio referido y a que alude el artículo 94 del Código Civil, dicho principio no puede concebirse como absoluto e incondicional, pues en todo caso queda subordinado al interés de los menores - T.S. 1ª S. de 21 de julio de 1993 -, según contempla expresamente la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor (...)”.

48. Sentencia 26.04.2012 (AP Barcelona, sección 18ª). Ponente: Ana Mª García Esquiús

“En principio nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, **en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar**, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores. La colaboración de ambos en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares **evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se vé obligado a asumir la practica totalidad del**

aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia.

Pero en aquellos supuestos en que no es posible actuar consensuadamente, una de los progenitores habrá de asumir la custodia y con ello la responsabilidad de la guarda cotidiana y la atención personal habitual partiendo siempre del principio de que cuando se trata de decidir sobre el cuidado de los hijos, **la ley dice que lo único que ha de tenerse en cuenta es el interés de los hijos, sin que en ningún caso deba primar la valoración de uno u otro progenitor por razón de su sexo**, sino **en la medida en que se compruebe cual de ellos se encuentra en mejores condiciones de asistir a los hijos (...)**.

Por lo tanto la marcha de la Sra. Eloísa a su ciudad de origen no parece una decisión irrazonable o inconsistente de la misma manera que todos los antecedentes de los que hay constancia en autos indican que la cuidadora principal de la menor desde su nacimiento ha sido y es la madre. No sólo por el extenso período de lactancia materna, dada la actual evolución de la forma de repartir las tomas, sino por que así lo indica el informe emitido por el pediatra de zona que visitaba regularmente a la menor (...) pero además la hija tiene derecho a disfrutar de la compañía del padre **a quien corresponde velar por ella y ayudarle a crecer intelectual y emocionalmente**".

49. Sentencia 10.05.2012 (AP Asturias, sección 4)

Dice el Tribunal: "Este estado de cosas ha de conjugarse con los principios generalmente aceptados de estimar beneficioso para los menores una amplia comunicación con el progenitor no custodio, así como el de evitarles, al menos en edades tan tempranas, continuos cambios en el régimen establecido [y yo añado: por el Derecho, pues las criaturas no a esas edades no entienden de régimen alguno mas de no encontrar a su madre cuando la llaman], que puedan dificultar su adaptación [su sumisión, en realidad, negadora de su deseo] a él".

Con respecto al deseo de lactancia dice: "**Insiste especialmente la recurrente en la circunstancia de continuar la lactancia materna (...)** no es presumible que continúe en el momento presente conforme a **criterios habituales en niños de esa edad**, al menos como modo de alimentación exclusiva, tal y como se desprende de los informes pediátricos obrantes en autos, que ya desde hace tiempo apuntan a **su carácter sólo complementario**".

50. Sentencia 8.06.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

"Al venir referido el primer motivo de recurso del demandado a la guarda y custodia del hijo menor de edad de los litigantes, conviene con carácter previo precisar que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en "tener a los hijos en su compañía" (art. 154 CC (LEG 1889, 27)), se desdobra en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro progenitor. Por tanto los términos "guarda y custodia" y "régimen de visitas y estancias" no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.

De ello se desprende, según reciente jurisprudencia, que: a) la convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%, b) En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, después de la separación o divorcio las funciones de velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes siguen siendo compartidas entre ambos, c) El

reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una separación o castigo para uno de los padres, las causas que provocaron la ruptura no pueden determinar el reparto de tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema de separación remedio.

Igualmente hay que tener en consideración que el derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el artículo 161 del Código Civil, no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la crisis matrimonial.

Se trata de propiciar que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y compañía con los hijos menores y que la relación sea lo más enriquecedora posible.

Nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del "favor filii" contenido en los artículos 92, 93 y 94 CC, que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello **los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro que le permita ver constantemente a su padre y a su madre**, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial.

(...) nuestra sentencia de 6 de febrero de 2.002, parte del indiscutible hecho de que los hijos son las auténticas víctimas de los conflictos de sus progenitores. Así el interés de aquéllos ha de ser especialmente protegido con el fin de evitar que los mismos sufran otros daños que los **ya graves, por si solos, de la falta de la presencia en su vida cotidiana de ambos ascendientes**, debiendo, en consecuencia, procurarse unos contactos lo más extensos y profundos posibles con aquel progenitor que no ostente su custodia.

Esta problemática relativa a la custodia debe resolverse en atención al artículo 92 del Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación".

Por ello se hace preciso decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, **buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.**

En materia de visitas y comunicaciones paternofiliales debe atenderse principalmente al interés del menor, principio esencial básicamente en aplicación del artículo 39.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836). Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las

instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3).

Debe recordarse en relación con el régimen de visitas, por un lado, que el principio dispositivo resulta muy relativizado en esta materia por expresa disposición del art. 751 LECV, y, por otro, que entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los arts. 39.3 de la Constitución Española, 94 y 160 esencialmente del Código Civil (LEG 1889, 27), que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, **que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos**. Al respecto, la S.T.S. de 30-4-1991, se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 160 del Código Civil. (...)

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

La doctrina es igualmente consciente de que el ejercicio de derecho de visitas, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor. Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo (STS 21-7-1993) pues, como señala el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996, 145) de Protección Jurídica del Menor, como principio general que debe informar su aplicación (...) "el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala los arts. 10 de la C.E. así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las **apetencias personales de sus padres**, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a

no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor.

Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; **atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor**: Esa resolución sería siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales (así STS de 22-5-1993, que a su vez cita la de la propia Sala de 9-3-1989) a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, **sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores**, evitando al menor (ex art. 158.3 del Código Civil) los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón. Es decir, el régimen de vistas debe de compaginar el adecuado sistema de relación del menor con ambos progenitores y el propio beneficio del menor.

Atendidas estas premisas, del examen detallado de los autos, y en atención a las particulares circunstancias concurrentes en el caso, consideramos más adecuado en el presente introducir las pernoctas en las visitas de fines de semana alternos en que a D^o Silvio le corresponda la permanencia con el niño, como idóneo para él, que el desarrollo más limitado que establece la disentida, **en un momento en que Rodrigo ha alcanzado ya la suficiente independencia física respecto de su madre, superado por su parte el periodo de lactancia materna y alcanzada la edad de 2 años y medio (...)**

... En efecto, es a todas luces más beneficioso para Rodrigo, en situación de absoluta normalidad de todos los afectados, tanto padre, **en quien no se ha informado ni alegado siquiera patología ni indicador negativo alguno**, como niño, un régimen de visitas amplio y equitativo, en semejantes repartos de tiempo con cada uno de sus progenitores, para permitirle se adapte a la situación actual, sin que constituya ningún inconveniente la edad, cuando se trata de un niño sano, otra cosa ni se indica ni aflora a la causa.

Desde lo general, la pernocta que introducimos a la visita de fin de semana, responde a la finalidad antes apuntada de **garantizar el mantenimiento del afecto y apego del niño a la figura paterna**, de la que ahora se ve privado en lo cotidiano por razón de la ruptura de relación por parte de sus progenitores, **figura de cuya referencia precisa para alcanzar la plena estabilidad en todo orden**.

... Para concluir, D^a Berta, **progenitora femenina custodio**, habrá igualmente de contribuir a los alimentos de su hijo no solo de manera material y directa, con atenciones personales, sino incluso económicamente, debiendo ella misma colmar cuantas carencias deje al descubierto el aporte paterno, si es que se detectare alguna, **llegado el caso hasta trabajando, dando al tiempo cumplimiento al derecho deber que a todo español impone nuestra Constitución en su artículo 35**, pues para ello goza de plenas condiciones y capacidad, tanto por edad como por estado de salud, al no padecer enfermedad invalidante, ni venirle reconocida discapacidad ni minusvalía, poseyendo titulación y habiéndose dedicado en efecto al libre ejercicio de la abogacía, en un momento en el que ya dispone de tiempo para la reinserción profesional, al recurrirse para Rodrigo a los servicios de guardería, de modo que puede dar perfecto

cumplimiento a la obligación proporcional de contribuir que le incumbe (...) ahora el único hijo común habido acude a guardería, lo que permite a esta progenitora disponer de tiempo libre para el ejercicio de su profesión, **de la que tan solo se ha apartado desde el nacimiento de Rodrigo, por decisión unilateral, que no de consuno con el ex marido, ni menos aún por imposición de este**, sin que nada que no sea la propia voluntad le impida volver a ejercer la abogacía en semejantes condiciones a como antes lo hacía.

... consideramos a la ex esposa en este caso autosuficiente y capaz de atender con dignidad su propio sustento, sin nada precisar del ex marido, a quien por cierto no le une ya vínculo alguno, de modo que no es factible reconocer pensión compensatoria a favor de D^a Berta al no detectarse desequilibrio derivado del divorcio.

El establecimiento de pensión compensatoria en este caso no obedece a las previsiones que se contemplan en el artículo 97 del Código Civil, en cuanto su destino o finalidad no es otro que colocar al consorte desfavorecido con la quiebra del matrimonio, en igual situación frente al empleo o medios de obtención de recursos, en que se encontraba antes de contraerlo, recordando que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, la pensión compensatoria no es de automática concesión a toda separación o divorcio, ni un mecanismo igualatorio de economías dispares, en la medida relativa que se infiere de las medidas cuantificadoras que tal precepto contempla, que la separación o la disolución por divorcio, del matrimonio, origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto, en méritos a la concurrencia de dos índices condicionantes comparativos, uno temporal en su naturaleza, pues el que postula tal derecho ha de estar en posición de inferioridad económica respecto de la que disfrutaba antes en el matrimonio, y de carácter personal la otra, cuando además es imprescindible que la posición económica del beneficiario en potencia, sea de inferior nivel a la del otro consorte, debiendo influir ambos condicionamientos, y sin que pueda bastar uno solo para el nacimiento del derecho regulado en el respectivo precepto (...) hay que tener en cuenta que la mayor parte de las separaciones y divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de uno y otro con la tenida en periodo de convivencia, por ello, la mayoría de la doctrina al hilo de lo que antecede afirma que el reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de los dos, **sino hallarse cada uno de ellos de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos.**

Procede en consecuencia la estimación del concreto motivo de recurso, para suprimir la pensión compensatoria con cargo al ex marido”.

51. Sentencia 19.06.2012 (AP Alicante, sección 6^a)

Dice el Tribunal: “El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a su hijo, especialmente, en el ámbito educativo, sanitario, religioso, social y deportivo. Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo (público, concertado o privado) o actividades extraescolares a realizar (deportivas, formativas o lúdicas y en general todas aquellas que constituyen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos cónyuges); en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica incluidas las estéticas (salvo casos de urgente necesidad), tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, tratamiento de quimioterapia, etc. tanto si entrañan algún gasto como si están cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento del menor; las relativas a la

orientación educativa, religiosa o laica y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión (comunidad) así como en la decisión sobre la realización o no de un acto social relevante y el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontrara el menor en el momento de ser realizado; en la fijación y posteriores traslados de domicilio, siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas vigente y/ o apartarlos de su entorno habitual; y en la autorización para la salida del territorio nacional. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial correspondiente.

La guarda y custodia exclusiva ostentada por la madre custodia comporta estar en compañía y al cuidado del menor en la atención diaria e incluye la potestad de tomar decisiones habituales y rutinarias tales como revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias, actividades en el tiempo de ocio del menor (asistencia a fiestas de cumpleaños, dormir una noche en casa de un amigo, ir al cine etc.) siempre y cuando no impliquen una actividad de riesgo (como por ejemplo un deporte de riesgo como el alpinismo) y mientras no perturben el régimen de comunicación y visitas con el progenitor no custodio, resolver las cuestiones relativas a la ropa que han de utilizar para vestirse, almuerzo que se prepara para el colegio, comidas en el propio domicilio, asistencia a excursiones previstas durante la jornada escolar etc. El progenitor que se encuentre en compañía de su hijo podrá adoptar decisiones respecto al mismo, sin previa consulta al otro progenitor, en los casos en que exista una situación de urgencia o se trate de cuestiones poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse.

Ambos progenitores tienen el deber de informarse, mutuamente, de todas las cuestiones relevantes que afecten a su hijo, siempre que el conocimiento de aquéllas no lo pueda obtener por sí mismo el progenitor que no esté en compañía del menor en el momento en que las mismas se produzcan (por ejemplo, enfermedad), lo que no sucede en el caso de cuestiones escolares, extraescolares o médicas ordinarias, entre otras, en las que los profesionales que se ocupan del menor tienen la obligación de suministrar, tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre su hijo, por ser ambos titulares de la patria potestad. Los progenitores tienen derecho a solicitar y obtener de terceros, personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en su poder de estos últimos sobre la evolución escolar y académica de su hijo y su estado de salud físico y psíquico. De esta forma, el centro escolar ha de informar de la misma manera a ambos progenitores de posibles reuniones con tutores, participación e fiestas o festivales escolares, boletines de notas o calificaciones, sanciones o absentismo escolar. Asimismo, el centro de salud o médico de cabecera del menor ha de informar de la misma manera a ambos progenitores de la historia clínica del menor, diagnóstico de enfermedades, ingresos hospitalarios, tratamientos prescritos y cualesquiera otras circunstancias relativas a la salud del menor.

Para el adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones derivados del ejercicio conjunto de la patria potestad, el menor deberá ser entregado por un progenitor al otro acompañado de su documentación personal (D.N.I./N.I.E. o pasaporte, en el caso de salida al extranjero) y sanitaria (tarjeta sanitaria), así como de la medicación que tuviese que serle suministrada e instrucciones necesarias para ello.

Por último es conveniente aclarar que la custodia, ya sea compartida o encomendada a uno de los progenitores, no autoriza en modo alguno a modificar la residencia de los hijos sin tener en cuenta sus intereses, sin contar con el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor o sin obtener, en su caso, la autorización judicial correspondiente pues si los padres pueden cambiar libremente de residencia, ello no

supone el derecho a modificar sin más la de los hijos cuando puede ser conservada mediante el cambio de custodia.

(...) En caso de enfermedad del menor o síntomas que de ello se adviertan, los mismos deberán ser puestos en conocimiento del otro progenitor con la inmediatez que el caso permita y el progenitor que no se encuentre en su compañía podrá visitarlo en el domicilio del otro, avisando con la debida antelación y preservando la intimidad de este progenitor e igualmente en caso de ingreso hospitalario podrá visitar al menor donde se encuentre sin ninguna limitación de tiempo y con las únicas restricciones que determinen su estado o lugar de permanencia. Cada uno de los progenitores, podrá contactar telefónicamente todos los días con el menor, informando cada progenitor al otro del número de teléfono en que lo pueda localizar durante los periodos vacacionales y procurando en caso contrario el contacto telefónico con el otro progenitor mediante la oportuna llamada.

(...) Cada uno de los progenitores habrá de hacerse cargo del 50% de los gastos extraordinarios devengados por la educación y crianza del menor. A los efectos de evitar futuras discrepancias entre los progenitores, ha de indicarse que: La pensión alimenticia cubre exclusivamente las necesidades básicas ordinarias y normales de los hijos señaladas en el art. 142 C.C., en relación con el art. 154 C.C., es decir, todo aquello que es preciso para el sustento, habitación, vestido o ropa, asistencia médica, educación e instrucción (libros y material escolar) y, en definitiva, formación integral, todo ello entendido conforme al status familiar, teléfono e internet, actividades educativas consistentes en una simple excursión escolar o actividad análoga de unas horas de duración y coste proporcionado a ella. Así, a título de ejemplo, son gastos ordinarios los uniformes, libros y material escolar, matrícula, cuota de apa, comedor escolar, transporte escolar, recibos emitidos por el centro escolar, excursiones escolares de una jornada de duración, teléfono móvil y acceso a internet de los menores, gastos médicos y farmacéuticos habituales por enfermedades comunes y cubiertos por la seguridad social, etc.

Los gastos extraordinarios integran también la obligación alimenticia, pero nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, son eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable, razón por la cual no pueden incluirse en la pensión ordinaria a la vez que no pueden ser costeados por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones. Ello no significa que haya de ser siempre imprescindibles y necesarios (silla de ruedas, elementos ortopédicos, vacunas, asistencia de terceras personas en caso de enfermedad, etc.), cabe también que sean accesorios (operaciones quirúrgicas en centros privados aunque estén cubiertas por la Seguridad Social, etc.), o simplemente complementarios (viajes de estudios en España o al extranjero, campamentos de verano, clases de refuerzo recomendadas por el centro escolar, clases particulares ya sean deportivas, culturales, formativas o de otra naturaleza, etc.). No obstante la obligación de ambos progenitores de contribuir por mitad al pago de los gastos extraordinarios, será presupuesto previo para la reclamación por un progenitor al otro, que, previamente a su realización, salvo supuestos de urgencia, haya recabado su consentimiento, en cualquier forma que permita acreditarlo documentalmente, con información al mismo del coste que implica y acompañando la documentación precisa. La falta de oposición expresa, en el plazo de diez días naturales, o la obstaculización acreditada a la recepción de la comunicación será equivalente a un consentimiento tácito. Expresamente se debe contar con consentimiento previo o autorización judicial proporcionada a la capacidad económica de la familia para que deban ser sufragados por mitad los cursos en el extranjero o en otra localidad distinta al domicilio del hijo o el coste de universidades privadas.

(...) La ruptura convivencial de los progenitores de un menor no supone, en modo alguno, que el no custodio quede privado de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, en los términos sancionados por el artículo 154 del Código Civil (LEG 1889, 27). Entre los mismos figura el de tener consigo al hijo lo que, en hipótesis como la presente y a tenor de lo prevenido en los artículos 94 y 160 del citado texto legal, se traduce en el derecho recíproco de procreador e hijo a relacionarse entre sí en periodos más o menos amplios, constituyendo tales contactos un factor de decisiva importancia para un desarrollo y formación equilibrados, en sus distintos aspectos, de quien, sin culpa suya, se ha visto privado, en su vida cotidiana, de la presencia conjunta y armónica de quienes asumieron la responsabilidad de traerle al mundo.

Cierto es que tal medida, al igual que las demás afectantes a un menor, han de estar inspiradas por el principio del bonum filii consagrado en los artículos 39 de la Constitución , 2 y 11-2 de la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996, 145) y 92 del Código Civil (...). Cuando se trata de hijos en los primeros años de vida, cual es el caso sometido a nuestra consideración (**hasta los dos-tres años de edad, como media**) es imprescindible la proximidad y estabilidad afectuosa de uno de los progenitores (de ordinario la madre), **pero el padre aparece como imprescindible para fomentar, entre otras cosas, la autonomía infantil**, por lo que las visitas deben de ser también constantes y de algo más de duración pero procurando no romper la unidad del espacio hogareño del menor, lo que se consigue con la fijación de un tiempo no excesivamente amplio de estancia pero suficiente para que se produzca la identificación de la figura del padre (que es normalmente el que no tiene la custodia) y del círculo espacial donde éste desarrolla su propia vida independiente de la del otro progenitor.

Desde la experiencia que a esta juzgadora le proporciona haber conocido de numerosos casos como el que nos ocupa, siempre muy delicados, se está en condiciones de afirmar que los hijos necesitan a sus dos progenitores. **Necesitan querer a su padre y a su madre, poder estar orgullosos de ellos e identificarse con ellos.** También necesitan su amor, su interés, su alegría y su estima. Es importante, por ello, que un hijo mantenga un contacto tan estrecho como sea posible con sus dos progenitores, aunque éstos no vivan juntos. Por ello, cuanto más alta es la frecuencia de contacto de los hijos con el progenitor no custodio **más positiva es la percepción que el menor tiene de éste y simultáneamente también tienen niveles inferiores de inadaptación.** (...)

Para niños muy pequeños esa misma experiencia nos dicta que es especialmente importante que puedan ver al progenitor con el que no viven según el principio "poco y a menudo". Así, el niño podrá conservar el recuerdo de él mientras no estén juntos, y las separaciones del progenitor con el que vive resultarán menos difíciles al ser cortas. La cuestión, nada fácil, es de límites, ¿hasta cuando se puede considerar a un niño muy pequeño? y ¿Qué se ha de entender por "poco" y por "a menudo"?

La edad de 18 meses se considera una edad suficiente para que los cuidados que precisa el niño puedan ser aplicados tanto por la madre como por el padre; adviértase que, si bien **cuando se trata de bebés o, en general, de niños en período de lactancia, la presencia cuasi permanente de la madre constituye un elemento necesario para su desarrollo, una vez transcurrida esa fase de dependencia vital, las atenciones que requiere el niño pueden y deben ser prestadas por ambos progenitores**, sin que se alcance a observar la presencia en uno u otro de factores de riesgo que hagan sospechar una actuación inadecuada. No podemos considerar que un régimen de visitas para el padre con el menor que incluya la pernocta, sea excesivo o perjudicial para el niño, pues las pequeñas alteraciones que en la rutina del niño ello pueda producir **quedan sobradamente compensadas con una relación más intensa y extensa con dicho progenitor, en cuanto factor de decisiva relevancia para la correcta evolución y desarrollo de aquél.**"

Breve comentario:

En esta sentencia, también se explica muy detalladamente cómo se judicializa la vida de una criatura. Parece que el exceso de transcripción de teoría lo requiere el Tribunal para convencerse a sí mismo de algo; pero luego no relaciona, en general, en ninguna sentencia, como la aplicación práctica de dicha teoría lleva a la conclusión que adopta el Tribunal.

52. Sentencia 26.06.2012 (AP Zaragoza, sección 2ª). Ponente: Francisco Acín Garós

“... alega la recurrente que el niño toma cada tres horas -como complemento en cada caso de la ingesta de alimentos sólidos-, por lo que, caso de mantenerse lo resuelto, quedaría privado al menos de dos tomas, **en contra de lo que dice que recomiendan los especialistas en todos los casos en que sea posible**, siendo, pues, **la cuestión a dilucidar si el pecho que la madre da a su hijo como complemento después de cada ingesta de alimentos justifica que, tal y como solicita la misma en su demanda, para continuar con la alimentación del menor con leche materna en el segundo y tercer año de vida, deban las visitas quedar reducidas a las únicas que la recurrente admite**: desde el 18-3-12 a 18-3-13 sábados y domingos alternos, sin pernocta, con una duración de cada visita de 16 a 19,30 horas, y desde el 18-3-13 al 18-3-14 mismo régimen, pero de una duración de 4 horas, de 16 a 20 horas.

(...) si en todo este tipo de procesos juego como principio fundamental el de protección del interés del menor, **no parece que el que la madre pretende, en el que incluso habiendo cumplido su hijo dos años las visitas del padre quedan reducidas hasta los tres a 4 horas sábados y domingos, atienda verdaderamente a ese interés**. Hasta los dos años de edad, **según la generalidad de los autores, es cuando el menor más necesita el contacto con la madre; sin embargo, la lactancia del menor, que en el caso se admite tiene único carácter complementario, no es argumento suficiente para impedir que el padre, cuya inidoneidad para atender correctamente al hijo en ningún momento se ha invocado, pueda acceder a un contacto físico y afectivo mas normalizado que el que la madre trata de imponer**. Ella insiste en la incidencia que una interrupción de la lactancia en periodo anterior a los tres años del menor puede tener, pero **quiere ignorar que las visitas, cuya función radica en fomentar un normal desarrollo de la relación entre el menor y progenitor no custodio, permiten el desenvolvimiento de los debidos lazos de afectividad entre ambos**, siendo en ese sentido otro factor, **de no menor importancia**, a conjugar con el interés que con olvido el anterior esgrime la madre.

(...) la Sala concluye que es adecuado cuando, **siendo el pecho únicamente complemento de una alimentación solida, el menor ha cumplido ya los 15 meses**, estimándose que si media, como es deseable y debe mediar, la debida colaboración y flexibilidad entre ambos progenitores, el régimen que la sentencia establece para "A partir de un año y hasta que cumpla dos años de edad" **no se desarrollará con perjuicio para el menor, sino con el beneficio que un mayor contacto con el progenitor no custodio ha de suponer"**.

53. Sentencia 10.07.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

“La **progenitora femenina custodio** viene igualmente obligada a contribuir de forma proporcional a los alimentos de su hija, no solo de manera material, personal y directa, sino efectiva, también económicamente, para completar carencias, si las hubiere, que queden al descubierto con la aportación paterna.

(...) siendo lo adecuado **diseñar, desde lo general en sede de proceso, el optimo régimen de visitas que compense o contrarreste tal ausencia y permita contar con**

la adecuada presencia paterna, en función de las concretas circunstancias concurrentes, para garantizar el mantenimiento del vínculo afectivo entre el progenitor no custodio y el hijo, o a restaurarlo, fomentando el apego.

... en cuanto Flor hoy por hoy, cumplidos ya los 2 años, **habrá superado ampliamente el periodo de lactancia, o, de no haberlo hecho, recibirá además otro tipo de alimentación, por lo que tal circunstancia no afecta en modo alguno a una mayor amplitud de contacto**, en un momento en el que la hija ha alcanzado **suficiente grado de independencia física respecto de su madre**.

En este estado de cosas, por más que sea difícil la relación interprogenitores, **o incluso de que haya mediado violencia entre ellos, no puede trascender tal extremo a la menor**, respecto de quien no existe orden de alejamiento, de manera que coincide la Sala con el sentir del Ministerio Fiscal, y considera positivo a la relación paternofamiliar una mayor amplitud de los contactos a 6 horas diarias, una vez se haya restablecido la relación, de cursar esta con normalidad, pues para ello no se ve inconveniente alguno, así como se desarrolle también en los días domingo de fines de semana alternos, como interesan ambos progenitores en sus respectivos escritos de recurso.

La **progenitora femenina** no ha hecho referencia en el proceso a problemática grave atribuible al recurrente que le incapacite para atender a la menor, por lo que considera la Sala que no concurre en el momento actual circunstancia alguna que recomiende mayores restricciones en este caso, en el que ya son los contactos más limitados respecto de la generalidad de los supuestos, máxime cuando el progenitor no custodio alega y acredita que se ha sometido a tratamiento voluntariamente en evitación de conductas desajustadas por su parte, como la que dio lugar a que se dictara orden de alejamiento respecto de la madre.

Con la ampliación que llevamos a cabo se garantiza para Flor **la referencia paterna que le es precisa para la consecución de la plena estabilidad en cualquier ámbito, familiar, social, escolar, emocional y de toda índole**, a la que da total cobertura desde lo general, en previsiones de mínimos, y sin perjuicio de los pactos que en orden a visitas alcancen extrajudicialmente los litigantes en interés y beneficio de su propia hija, toda vez que desde lo judicial, los sistemas de comunicación se diseñan siempre para la coyuntura de desacuerdo y atendiendo en exclusiva a **los intereses superiores de la menor a los que se da prevalencia, con carácter prioritario a los deseos, conveniencias, intereses particulares o comodidad de los padres.**”

54. Sentencia 2.10.2012 (AP Madrid, sección 22ª). Ponente: Rosario Hernández Hernández

“Se hace preciso así decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, **buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, cariño, alimentación, educación, desahogo material, sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.** Conforme a lo anterior, **no es necesario entrar en criterios relativos a la descalificación personal de los progenitores**, cuando ello no es preciso, pues debe darse respuesta a dicha cuestión atendiendo al superior interés a proteger.

... la hija común Sara, **quien ya cuenta con el suficiente grado de independencia física respecto de su madre, dada su edad de 5 años a esta fecha**, como nacida a NUM000 de 2.006, y **por ende rebasado con creces el periodo de lactancia**, según viene acreditado en las actuaciones, **no muestra preferencia por uno u otro progenitor y presenta con ambos un vínculo afectivo adecuado**, sin que se observe en ninguno de ellos problemática clínica que dificulte **el adecuado desempeño del rol**

parental, en equidad de actitudes y estilo educativo en orden a cumplimentar las necesidades básicas de la niña, así como a facilitar su desarrollo emocional o social, o potenciar el crecimiento intelectual de Sara, sin negligencias en los cuidados y atenciones a prodigar a la niña.

El mero hecho de que la madre inicialmente fuera cuidadora principal por no desempeñar actividad retribuida (...) no permite sin más prescindir de la opción compartida por la que se decanta la Juez "a quo" en las concretas circunstancias concurrentes en esta familia, y cuando se advierten los presupuestos determinantes de esta alternativa de custodia, máxime al prestar ahora la progenitora femenina servicios retribuidos por cuenta ajena. Se evidencia aquí positiva una mayor presencia de la figura paterna, que equilibre la participación de ambos progenitores en la vida de Sara, a través del establecimiento de una guarda y custodia compartida”.

IV. APUNTE FINAL

Mi conclusión, que es de impotencia, es además [compartiendo³⁹ que las mujeres queremos participar en ese decir, mediante el derecho, como queremos nosotras que sea el mundo (tal como ha hecho hasta ahora el orden simbólico patriarcal) y de ahí el interés y el atractivo que el derecho suscita entre algunas feministas (mujeres)] de preguntarme: ¿Cómo, ante esta realidad judicial, podemos decir, mediante el derecho, cómo queremos nosotras que sea el mundo?

Se me ocurre pensar que la solución es la que ofrece Cigarini⁴⁰ al proponer que no hay que hacer, sino que hay que vaciar, por ejemplo, a nivel legislativo, retirando el derecho de la maternidad y de las relaciones afectivas, con el fin de que el derecho femenino pueda nacer y consolidarse.

Dice Lia Cigarini que: "Las mujeres, que como madres dan la vida, deberían, en tanto que posición simbólica, configurarse "por encima de la ley", en vez de recurrir a la ley para reclamar, reivindicar y pedir" puesto que "hay una competencia materna, en una esfera que afecta al cuerpo, la sexualidad, la genealogía, las relaciones con los hijos; esto podría ser un inicio de derecho femenino"⁴¹.

Y me sigo preguntado: ¿cómo hacer ese tránsito? ¿cómo dar presencia a esa competencia materna? ¿cuánto tiempo necesitamos desear para que la fuerza de los deseos produzca derecho originario? ¿y si son pocas mujeres las que desean?

Partiendo de que fluya ese derecho femenino en ese vacío legal, el mismo se basará en la medida femenina, que es la consecuencia de la práctica de la relación⁴², en la medida que la relación da y que permite un intercambio siempre en consideración al otro o a la otra. Así, Cigarini dice que: "en la relación te tienes que medir necesariamente, tienes que tener en cuenta a la otra, sus deseos, la mediación que estableces"⁴³.

Pero: ¿y si no hay relación? ¿y si los deseos son irreconciliables?

¿Sería, o no, la solución lo que nos dice Clara Jourdan⁴⁴: "El punto problemático de la cuestión sigue siempre la referencia al hombre, tanto en la igualdad cuanto en la diferencia. Entonces hace falta dar un corte, partir de la diferencia femenina (y sus aportes culturales)"?

Entonces: ¿la medida sería partir de la excelencia femenina, del origen?

Y, si es así: ¿cómo dar presencia de que la excelencia femenina no es superioridad en el paradigma actual donde la medida es la igualdad?

³⁹ Editorial DUODA: "El derecho y la libertad femenina", núm. 8-1995.

⁴⁰ Lia Cigarini, "Libertad femenina y norma". Duoda núm. 8, p. 85-96.

⁴¹ Lia Cigarini, "Libertad femenina y norma". Duoda núm. 8, pp. 91-92.

⁴² Lia Cigarini, "Libertad femenina y norma". Duoda núm. 8, p. 95.

⁴³ Lia Cigarini, "Libertad femenina y norma". Duoda núm. 8, p. 96.

⁴⁴ "La fuerza de la igualdad y la libertad de la diferencia". DUODA, núm. 38-2010, p. 59-65.