

# EL RÉGIMEN DE VISITAS: LA CORTA EDAD COMO IMPEDIMENTO PARA LA PERNOCTA

ROBERTO LLORENTE PINTOS

Abogado. Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia

## RESUMEN

La corta edad del menor es un criterio que está siendo esgrimido por un sector de las Audiencias Provinciales como suficiente por sí mismo para limitar el régimen de visitas del menor con el progenitor no custodio, no concediendo la pernocta. Frente a las Audiencias Provinciales que defienden este criterio se han posicionado otras que rechazan que la corta edad sea suficiente como para justificar la limitación del régimen de visitas. Aquellas que defienden este criterio limitador argumentan que existen estudios psicológicos que desaconsejan la pernocta de menores de corta edad con el progenitor no custodio. En el presente estudio vamos a presentar la opinión de ilustres psicólogos y psiquiatras forenses y docentes que desvirtúan rotundamente el criterio de la corta edad como suficiente para limitar las pernoctas. No existen estudios psicológicos que demuestren que la pernocta con el progenitor no custodio sea perjudicial al menor, antes bien, los expertos consultados apuntan los beneficios que para el menor conlleva la pernocta. Incluimos, además, un nutrido recopilatorio de Sentencias a favor y en contra del criterio de la corta edad.

## ABSTRACT

The minor short age is a criterion that is being used by a sector of the Provincial High Courts as sufficient by itself to limit the visits management of the minor with the non custodian progenitor, not conceding the spending of the night. Opposed to the Provincial High Courts that justify this criterion there are another ones that reject that the short age be enough as to justify the limitation of the visits management. Those that justify this restricted criterion argue for psychological studies that dissuade the spending of the night of minors of short age with the non custodian progenitor. In the present study we are going to show up the opinion of illustrious forensic and educational psychologists and psychiatrists that rotundly spoil the criterion of the short age as enough to limit the spending of the night. There aren't psychological studies that demonstrate that the spending of the night with the non

custodian progenitor be harmful to the minor, on the contrary, the consulted experts show the benefits that the spending of the night has for the minor. We include, also, an intense compilation of Sentences in favour and opposed to the criterion of the short age.

## Sumario

### I. INTRODUCCIÓN

### II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE VISITAS

### III. CONTENIDO

### IV. RÉGIMEN DE VISITAS NORMALIZADO VS. RÉGIMEN DE VISITAS LIMITADO

#### IV.1. Régimen ordinario o normalizado

#### IV.2. Régimen limitado o restringido

### V. RÉGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE CORTA EDAD VS. RÉGIMEN DE VISITAS NORMALIZADO

### VI. ESTUDIOS PSICOLÓGICOS EN RELACIÓN AL RÉGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE CORTA EDAD

### VII. OTROS ESTUDIOS DOCTRINALES

### VIII. SUPUESTOS DE NO CONCESIÓN DE LA PERNOCTA EN MENORES DE CORTA EDAD

#### VIII.1. Un largo período de tiempo sin contacto entre el progenitor no custodio y el menor.

#### VIII.2. Problemas de drogadicción, alcoholismo o enfermedad mental del progenitor no custodio

#### VIII.3. Falta de infraestructura necesaria para la pernocta

#### VIII.4. Por su condición de lactante

#### VIII.5. Por violencia doméstica o contra el menor

#### VIII.6. Por enfermedades o problemas del menor

#### VIII.7. Por razón de la corta edad

### IX. SENTENCIAS CONTRARIAS AL CRITERIO DE LA CORTA EDAD Y A FAVOR DE LA PERNOCTA DE LOS NIÑOS DE CORTA EDAD CON EL NO CUSTODIO

### X. CONCLUSIÓN

#### X.1. De la normativa y del principio general de pernocta

#### X.2. De los estudios psicológicos y opinión de los expertos

X.3. Sobre la refutación de los argumentos que se esgrimen para limitar el régimen de visitas por los juzgados y tribunales

X.4. Comentario y crítica de algunas sentencias significativas que sostienen el criterio de la corta edad

X.5. Sobre los efectos inherentes a la no pernocta

## XI. PLANTEAMIENTO PRÁCTICO DE POSIBLE RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL, ARTÍCULOS 477-2 3.º Y 477-3 LEC

### I. INTRODUCCIÓN

En la práctica forense en la que nos vemos inmersos todos los días, los abogados que nos dedicamos a asuntos de Derecho de Familia, estamos acostumbrados a afrontar cada caso como un nuevo reto, no sólo porque cada asunto que asumimos pertenece a una concreta y única realidad familiar, sino porque nos movemos en un ámbito en el que el Derecho Sustantivo nos presenta muchos principios inspiradores pero pocas normas concisas y precisas que sean de automática o, al menos, sencilla aplicación.

Así, el máximo principio rector que rige el Derecho de Familia es el *favor filii*, o interés del menor, principio que debe presidir la aplicación de todas las normas que regulan la materia en caso de existir hijos menores de edad y que, sin embargo, al ser un concepto jurídico indeterminado se presta a diversas interpretaciones según cada caso concreto y según qué Juzgado o Audiencia resuelva el asunto.

El interés del menor ha sido y sigue siendo el principio rector al que se están remitiendo los Juzgados y Tribunales para fijar el régimen de visitas de los hijos con el progenitor no custodio. Especial relevancia adquiere dicho principio en los casos en que existen hijos de corta edad o dentro de la primera infancia (menores de dos, tres o cuatro años, según el juzgado o tribunal). En este trabajo se ha decidido hablar de menores de tres años porque ésa ha sido la edad mayoritariamente utilizada por los juzgados y tribunales para distinguir la aplicación de un régimen normalizado de visitas con pernocta –a partir de los tres años–, de otro en el que el régimen de visitas se ve limitado tanto en la pernocta como en las horas en que se desarrolla –hasta los tres años–.

El presente trabajo pretende, a través del estudio de la jurisprudencia menor así como de los estudios psicológicos existentes, clarificar:

- Cuáles son los distintos criterios de las Audiencias a la hora de fijar un régimen de visitas de un menor de tres años con el progenitor no custodio.
- Si la corta edad del menor es por sí misma una causa que justifique la limitación del régimen de visitas.
- Qué estudios doctrinales o científicos se han publicado en relación al tema.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE VISITAS

En el establecimiento de un régimen de visitas por parte de los Tribunales se parte de los siguientes principios:

1. El régimen de visitas viene recogido en el ordenamiento como un complejo Derecho-Deber, reconocido a favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad o incapacitados según lo acordado en sentencia de separación, nulidad o divorcio o en los procesos que versen exclusivamente de la adopción de medidas sobre menores de edad. Este régimen se establece como reconocimiento de **un derecho del menor y del progenitor no custodio a relacionarse entre sí** con el objetivo de permitir la continuidad o reanudación de la relación materno o paterno-filial «evitando la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos» (STS de 9 de octubre de 1992). Reconocido como derecho del menor en la Convención sobre los derechos del niño en su artículo 9.3 «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.» También se reconoce como un derecho del progenitor en los artículos 94 «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores incapacitados **gozará del derecho de visitarlos**, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía» y 160 del Código Civil «Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial» si bien, dicho derecho se contempla como un derecho-deber, que podrá limitarse o suspenderse si el interés del menor así lo aconseja.

2. Así pues, su establecimiento debe estar presidido por el principio del beneficio o interés superior del menor sobre cualquier interés legítimo que pueda concurrir tal y como resulta de la legislación interna (artículo 39.2 de la Constitución Española, artículos 92.2 y 159 del Código Civil y artículos 1, 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor), como de la internacional (artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989 ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, BOE 313, de 31 de diciembre de 1990, así como la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya «en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial, y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de los mismos...») de ahí se desprende que el régimen de visitas no se configura como un propio y verdadero derecho del progenitor sino «como un complejo derecho-deber de contenido afectivo dirigido no tanto a satisfacer los deseos de los progenitores sino el interés y las necesidades afectivas y materiales de la prole, de modo que las visitas están condicionadas en todo momento a que su determinación resulte beneficiosa para el menor subordinando su interés a todo lo demás...» (SAP de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 28 de octubre de 2005).

De ahí que el artículo 94 del Código Civil establezca «**El Juez** determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que **podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen** o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.»

Por lo tanto, de una interpretación sistemática del ordenamiento se desprenden las siguientes consideraciones sobre el Régimen de Visitas:

1. La relación paterno-materno filial se configura como un derecho del menor, que redundará a priori en beneficio de éste. Es decir, la norma general es que el contacto directo y regular del menor con sus progenitores es intrínsecamente bueno para un óptimo desarrollo físico, emocional y moral del menor.
2. Excepcionalmente, si se dieran graves circunstancias que lo aconsejen, se podrá limitar e incluso suspender el contacto del menor con su progenitor no custodio.
3. El tiempo, modo y lugar de ejercicio del derecho de visitas será fijado por el juez teniendo presente las dos premisas anteriormente expuestas, fomentar el mayor contacto posible del hijo con el progenitor no custodio como norma general salvo graves circunstancias que aconsejen su limitación o suspensión, como norma especial.

### III. CONTENIDO

Como paso previo, y aunque sea someramente, debemos concretar en qué consiste el régimen de visitas. Así, constatamos que dentro del concepto de régimen de visitas se han aglutinado tradicionalmente<sup>1</sup> el derecho de comunicación, visitas y estancias del progenitor no custodio con los hijos.

– Comunicación, en el sentido de que el progenitor no custodio podrá comunicarse con los hijos bien a través del teléfono, fax, internet, correspondencia, etc.

– Visitas<sup>2</sup>. Consiste en que el progenitor no custodio podrá estar con los hijos sin derecho a que éstos pernocten con él, bien estando con ellos una serie de horas diurnas (ejemplo, una tarde entre semana, o sábados y domingos alternos sin pernocta), bien pudiendo ver a los hijos en el domicilio en que éstos viven con el progenitor custodio (ejemplo, en los casos de bebés lactantes en los que no se recomienda que el niño pueda salir de casa) o bien en otro sitio (ejemplo, en el punto de encuentro familiar sin derecho a sacarlos de allí).

– Estancias. Consiste en que el progenitor no custodio podrá tener a los hijos consigo más de un día con pernocta, de tal manera que los hijos van a vivir con él, desde dos días con pernocta a períodos más prolongados como puede ser la mitad de las vacaciones. Por lo tanto, dentro del concepto «estancia» se ven englobados los fines de semana con pernocta y los períodos vacacionales.

1. La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, pp. 24458-24461) modificó el primer párrafo y apartado a) del artículo 92 del Código Civil por el que se dice que el Convenio Regulador deberá reflejar el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor con quien no convivan habitualmente, suprimiendo el término visitas que aparecía en la redacción anterior.

2. No obstante la modificación señalada en la nota anterior el artículo 94 del Código Civil sigue manteniendo la redacción por la que se establece que «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.» Se mantiene, pues, el término visitas.

## IV. RÉGIMEN DE VISITAS NORMALIZADO VS. RÉGIMEN DE VISITAS LIMITADO

En la práctica forense cuando contemplamos las resoluciones judiciales en las que el régimen de visitas ha sido uno de los puntos de discordia entre las partes podemos observar frecuentemente la referencia que hacen los tribunales al llamado régimen ordinario de visitas, también llamado estándar o normalizado de visitas.

Naturalmente la existencia de este concepto de régimen ordinario, normalizado o estándar, conlleva necesariamente la existencia de un régimen limitado, restringido o progresivo de visitas.

Analicemos brevemente en qué consiste uno y otro y por qué esa diferencia terminológica.

### IV.1. Régimen ordinario o normalizado

A pesar de que así sea llamado por los jueces o tribunales, lo cierto es que no hay un régimen estándar que se aplique en todo el territorio nacional, ni siquiera en el mismo partido judicial. Cada juzgado y tribunal suele tener el que él denomina régimen ordinario que no deja de ser el ordinario del órgano que lo dicta.

No obstante, sí que podemos enumerar una serie de características que se configurarían como un mínimo común denominador de lo que llamamos el Régimen Ordinario de Visitas:

– En cuanto a la comunicación se establece la más amplia posibilidad de que el progenitor no custodio pueda comunicarse con sus hijos, incluso en algunos regímenes se establece un horario concreto para llamadas telefónicas.

– En cuanto a las visitas. Es común en la mayoría de las Audiencias establecer uno o dos días intersemanales en los que el progenitor no custodio puede estar con los hijos desde la salida del colegio o actividad extraescolar hasta una hora prudente de entrega que oscila entre las 19.30 a las 20.30.

– En cuanto a las estancias. Se establece prioritariamente un régimen de fines de semana alternos con pernocta desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 19.30/20.30 horas, con posibilidad de que los fines de semana se amplíen en situación de puente escolar. En cuanto a las vacaciones se establece que los niños estarán con el progenitor no custodio la mitad de las vacaciones de semana santa, verano y navidad. Incluso en aquellas Comunidades Autónomas en las que existe la semana blanca o la semana de carnavales se contempla la mitad de dichas semanas.

### IV.2. Régimen limitado o restringido

Obviamente este régimen de visitas se contrapone al ordinario en cuanto que se produce una limitación manifiesta en relación al régimen normal del juzgado o tribunal. Esta limi-

tación puede referirse a distintos aspectos, que sin ánimo de *numerus clausus* enumeramos a continuación:

– Limitación en cuanto a la frecuencia o número de días de derecho de visitas. Es el grado menos grave de limitación, y se trata de que no contemple visitas entre semana (por respeto a las obligaciones escolares de los menores), o bien que las vacaciones no se otorguen por mitad sino un número inferior de días (ejemplo, dos períodos de quince días separados, normalmente en hijos de corta edad y como sistema progresivo) o bien que los fines de semana sean desde el sábado a domingo, sin contemplar la noche del viernes.

– Limitación en cuanto a la pernocta. El régimen de visitas que se otorga es el mismo que en el ordinario salvo en lo referente a la pernocta ya que el niño o niños, deberán pernoctar todos los días en el domicilio del progenitor custodio. Esta limitación puede darse únicamente para los fines de semana autorizando unos períodos cortos de pernocta en los períodos vacacionales o alcanzar incluso a los períodos vacacionales en cuyo caso el progenitor no custodio podrá estar con sus hijos todos los días del período vacacional que corresponda pero deberá llevarlos a pernoctar al domicilio del custodio cada día.

– Limitación en cuanto a las personas o lugares en los que se desarrollen las visitas. Esta limitación viene dada por prohibir que en las visitas esté presente una o varias terceras personas (ejemplo, la actual pareja del progenitor no custodio o en menor medida personas pertenecientes a la familia extensa del no custodio) o bien la prohibición de que las visitas se desarrollen en determinados lugares (en el domicilio de los abuelos por parte del progenitor no custodio, en el bar, etc.)

– Limitación en cuanto a la forma de entrega de los menores o la persona encargada de recogerlos. Esta limitación es muy común en los casos de violencia doméstica en las que o bien se establece una tercera persona como la encargada de recoger a los menores en su domicilio, al tener el progenitor no custodio una medida cautelar o pena de alejamiento con el custodio o bien estableciendo que la recogida y entrega de los menores se realizará en el Punto de Encuentro Familiar (en casos de violencia doméstica estableciendo un lapso de tiempo determinado entre la llegada del progenitor custodio y la llegada del no custodio o bien en casos en los que se prevé o se ha constatado la existencia de complicaciones en el cumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio).

– Limitación en cuanto a que las visitas sean vigiladas. En este supuesto normalmente también se produce una limitación en cuanto al tiempo que duren las visitas, que suele reducirse a dos o tres horas cada día de fines de semana alternos y la vigilancia puede encomendarse bien al progenitor custodio o persona de su confianza o bien estableciendo que las visitas se desarrollarán en el Punto de Encuentro Familiar.

## V. RÉGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE CORTA EDAD VS. RÉGIMEN DE VISITAS NORMALIZADO

Entrando ya al tema que nos ocupa, vamos a analizar si la corta edad de los menores es en sí misma motivo suficiente para limitar el régimen de visitas estableciéndolo sin pernocta.

En la práctica forense los abogados de familia nos encontramos con que los juzgados y tribunales ofrecen dispares criterios al respecto de si la edad es un condicionante del régimen de visitas. Cuando debemos llevar la defensa del progenitor que no va a ser el custodio y se nos plantea el deseo de tener un amplio régimen de visitas con un bebé de meses, nos encontramos con la necesidad, en función del juzgado o Audiencia que conozca del asunto, de tener que concienciar al padre en que vaya pensando que no va a poder pernoctar con su hija/o hasta que tenga dos, tres o incluso más edad. En algunos casos hay motivos adicionales para la no concesión de la pernocta como puede ser que el menor se alimente aún por lactancia materna o escasa o nula relación paterno-filial anterior (ejemplo, supuestos de no convivencia anterior de los progenitores) o bien porque el progenitor no custodio carece de una infraestructura aceptable para el desarrollo de visitas con pernocta (ejemplo, cuando el no custodio se ha tenido que ir a vivir a un piso compartido u hostal) pero hay algunos casos en los que el argumento único para la no concesión de la pernocta es el de la corta edad.

Como veremos más adelante, las Audiencias que limitan el régimen de visitas sin pernocta sólo por la corta edad de los menores se amparan normalmente en supuestos estudios psicológicos que desaconsejan la pernocta a tan tierna edad, bien por un apego a la madre, bien por la necesidad de mantenimiento de la rutina espacio-temporal en el bebé, en definitiva basados en argumentos de psicología.

Por tanto, ¿es el criterio de la corta edad un criterio suficiente para la limitación del régimen de visitas? ¿De verdad existen estudios psicológicos que desaconsejen la pernocta en menores de corta edad?

## VI. ESTUDIOS PSICOLÓGICOS EN RELACIÓN AL RÉGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE CORTA EDAD

Es de resaltar que tras una exhaustiva búsqueda e investigación sobre estudios o artículos científicos publicados en relación al asunto que nos ocupa, tras haber contactado con prestigiosos psicólogos forenses, clínicos y docentes nos hemos encontrado con que apenas existen estudios referidos a la pernocta de menores de corta edad y que según lo manifestado por los expertos, no parece haber ni un solo estudio clínico que demuestre que la pernocta del menor con el no custodio sea perjudicial, sino que, aquellos que han defendido la no pernocta hasta los tres años, lo han hecho en base a la extrapolación de teorías generales al asunto de la pernocta o del régimen de visitas.

Dentro de estas teorías generales tiene una gran relevancia la llamada «teoría del apego» introducida por BOWLBY en 1944 sobre la importancia que la figura del cuidador tenía para el menor, figura que tradicionalmente se atribuía a la madre como cuidadora principal y de cómo podría afectar al menor la separación de su cuidador o figura de apego primordial, pero esta teoría fue evolucionando hasta el punto que el propio autor BOWLBY en *Una base segura* (1998)<sup>3</sup> establecía que el niño puede tener relaciones de apego diferentes con la madre

3. BOWLBY, J. (1988): *A secure base: Clinical applications of attachment theory*, Routledge, London.

y el padre. Para esta afirmación se basó en un trabajo publicado por MAIN y WESTON (1981)<sup>4</sup> quienes observaron a 60 infantes con sus madres y seis meses más tarde con su padre. Este estudio daría como resultado la existencia de apego paterno y de apego materno y la importancia del papel de la participación del padre en la crianza del infante y no quedar reducido éste a la función de padre simbólico que se encarga de separar al menor de la madre.

Por lo tanto, la teoría del apego ha sido esgrimida por ciertos autores o profesionales para desaconsejar la separación del menor o infante de su figura de apego o cuidador, —madre— para evitar así los posibles traumas que la experiencia de una situación extraña podría ocasionar en el menor.

Ciertos autores y muchos psicólogos adscritos a los juzgados de familia manifiestan la opinión de que lo importante en el contacto del menor con el progenitor no custodio no es la cantidad sino la calidad de las mismas.

Sin embargo autores como FARIÑAS, SEIJO, ARCE y Novo<sup>5</sup> apuntan que la recomendación de GOLDSTEIN, FREUD y SOLNIT (1979)<sup>6</sup> era que la mitad del contacto global fuera para el padre custodio y por tanto que el no custodio disfrutara de la otra parte del tiempo. Recientemente los resultados de PAGANI-KURTZ y DEREVENSKY (1997)<sup>7</sup> parecen demostrar que visitas más largas desarrollan mayor autoestima en los hijos. Igualmente LEVENTHAL y otros (1999)<sup>8</sup> establecen que visitas infrecuentes o cortas empeoran la relación entre el hijo y el padre custodio, porque las visitas cortas fomentan que los padres no desempeñen el rol que les corresponde, asumiendo las visitas como si fuesen vacaciones, intentado conseguir todo lo deseable, en el menor tiempo posible.

En este mismo libro, abordan un epígrafe en su Capítulo 4<sup>9</sup> sobre el establecimiento del régimen de visitas en el que ofrecen unas directrices apropiadas para diseñar un plan de visitas partiendo de recomendaciones compartidas y recogidas por autores como SKAFTE (1985)<sup>10</sup>, HODGES y cols. (1991)<sup>11</sup>, STAHL (1994)<sup>12</sup>, ACKERMAN (1995)<sup>13</sup>, GRANADOS (1998)<sup>14</sup> o SEIJO, FARIÑA

4. MAIN M., WESTON, D.R. (Sep., 1981) «The Quality of the Toddler's Relationship to Mother and to Father: Related to Conflict Behavior and the Readiness to Establish New Relationships», *Child Development*, Vol. 52, núm. 3, pp. 932-940.

5. *Psicología Jurídica de la Familia: Intervención de casos de Separación y Divorcio* (Francisca FARIÑA, Dolores SEIJO, Ramón ARCE y Mercedes Novo, Edit. Cedecs, Barcelona, 2002).

6. GOLDSTEIN, J., FREUD, A., y SOLNIT, A.J. (1979): *Beyond the best interests of the child*, Free Press, New York.

7. PAGANI-KURTZ y DEREVENSKY (1997): «Access by Noncustodial Parents Effects Upon Children's Postdivorce Coping Resources», *Journal of Divorce and Remarriage*, 27, pp. 43-55.

8. LEVENTHAL, B., KELMAN, J., GALAZTER, LEVY, R. y KRAUS L., (1999): «Divorce, custody and visitation in mid-childhood», en R.M. GALAZTER LEVY y L. KRAUS (Eds.), *The scientific basis of child custody decisions*, John Wiley and Sons, New York, p. 222.

9. *Psicología Jurídica de la Familia: Intervención de casos de Separación y Divorcio* (Francisca FARIÑA, Dolores SEIJO, Ramón ARCE y Mercedes Novo, Edit. Cedecs, Barcelona, 2002). Las conclusiones de este capítulo han sido ampliadas y actualizadas por los autores según comentario que se inserta en los párrafos siguientes.

10. SKAFTE, D. (1985): *Child custody evaluation. A practical guide*, Beberly Hills: Sage.

11. HODGES, W.F., LANDIS, T., DAY, E. y ODERBERG, N. (1991): «Infant and toddlers and postdivorce parental access: An initial exploration», *Journal of Divorce and Remarriage*, 16 (3/4), pp. 239-252.

12. STAHL, P.M. (1994): *Conducting Child custody evaluations. A comprehensive guide*, Beberly Hills: Sage.

13. ACKERMAN, M.J. (1995): *Clinician's guide to child custody evaluations*, John Wiley and Sons, New York.

14. GRANADOS, F. (1998): Material IV Edición del Máster en Psicología Jurídica. Santiago de Compostela. UNED y Fundación Universidad-Empresa. Material no publicado.

y FREIRE (2000)<sup>5</sup> y que básicamente estructuran en diferentes grupos de edad, de cero a 6 meses, de 6 a 18 meses, de 18 meses a tres años, etc. Sin embargo, los propios autores en las reflexiones enviadas para este trabajo se muestran partidarios de que el menor pernocte con el progenitor no custodio con independencia de su corta edad, siempre que no existan causas externas (falta de medios materiales, nulo contacto previo, etc.) que lo desaconsejen.

Dado que al fin y al cabo la jurisprudencia que se muestra partidaria de limitar la pernocta de los menores de corta edad se justifica en la existencia de estudios psicológicos que desaconsejan dicha pernocta, hemos recabado la *opinión actualizada de profesionales en psicología y psiquiatría de reconocido prestigio* opiniones que incluimos literalmente tal y como nos han sido remitidas por los autores para esta publicación:

**I. Francisca FARIÑA, Ramón ARCE, Mercedes NOVO, Dolores SEJO.**

Los profesores de psicología evolutiva y de la educación de las universidades de Santiago de Compostela (FARIÑAS y ARCE) y Granada (NOVO y SEJO) han remitido el siguiente comentario, que sin duda viene a ampliar y actualizar lo que se establece en el Capítulo 4 de su libro:

«En este tema, partiremos de tres principios. El primero, que toda decisión que se tome respecto a cualquier situación en la que se encuentre inmiscuido un menor, siguiendo la Convención de los Derechos del Niño, debe estar supeditada por el Interés Superior del niño. El segundo, que no se pueden establecer normas genéricas para aplicar directamente a todas las casuísticas, porque cada menor es él y sus circunstancias. Lo cual exige una evaluación previa y un análisis pormenorizado antes de determinar qué es lo más adecuado para él. En este caso, qué necesidades tiene el menor y cómo sus progenitores pueden satisfacerlas mejor. El tercero, que la mejor opción de custodia para el niño es la custodia compartida llevada a cabo con plena coparentalidad. Principio especialmente relevante cuando la vinculación afectiva del menor es alta, tanto con el padre como con la madre, y ambos progenitores se han ocupado del hijo. Circunstancias que cada vez, en mayor medida, aparecen en los procedimientos de divorcio.

Antes de pronunciarnos sobre la conveniencia de que los niños de corta edad pernocten en casa del progenitor no custodio, nos gustaría reflexionar sobre la siguiente realidad. Son muchos los padres, especialmente cuando ostentan la responsabilidad de la crianza en solitario (por supuesto, con independencia del género), que necesitan, por diferentes motivos (laborales, sociales), que otras personas (familia extensa, cuidadores) se ocupen, en algún momento, de sus hijos, desde edades muy tempranas. En ciertos casos, se requiere que los menores pernocten en otras casas, principalmente en la de la familia extensa. Y sin embargo, este hecho llevado a cabo como algo normal, no despierta ningún tipo de controversia, ni tampoco dudas sobre posibles consecuencias nocivas en el niño. Como tampoco cabe polémica sobre si es perjudicial para el niño ir los fines de semana a otra casa (la de la familia extensa, la de vacaciones de los progenitores, amigos, hoteles, etc.), alegando desubicación,

15. SEJÓ, D., FARIÑA, F. y FREIRE, M.<sup>ª</sup>J. (2000): «Establecimiento del régimen de visitas en las situaciones de separación y divorcio», en A. OVEJERO, M.<sup>ª</sup> de la V. MORAL y P. VIVAS (Eds.): *Aplicaciones en Psicología Social. Actas del VII Congreso Nacional de Psicología Social* (pp. 152-159), Biblioteca Nueva, Madrid.

cuando ambos progenitores viven juntos. Por lo tanto, estamos más ante un problema fruto del conflicto judicial que de la búsqueda del mejor interés del menor.

Bajo estas consideraciones, creemos que, si existe un nivel de vinculación afectiva adecuada entre progenitor e hijo y se garantiza que el menor va a tener satisfechas sus necesidades, y no existe causa extraordinaria que desaconseje la pernocta, el menor puede dormir en casa del progenitor no custodio. Ello no sólo permitiría afianzar, asegurar e incluso mejorar la relación padre no custodio/menor, lo cual contribuiría a una mejor socialización y adaptación personal (familiar y social) del niño, sino que de esta forma se respetan los Derechos del Niño y se potencia una sociedad paritaria entre hombres y mujeres.»

## 2. José CANTÓN DUARTE, María del Rosario CORTÉS ARBOLEDA y María Dolores JUSTICIA DÍAZ.

Dr. José CANTÓN DUARTE es profesor titular de psicología evolutiva de la Universidad de Granada, ha tenido la amabilidad de enviarnos lo que va a ser el texto relativo a la Conveniencia de las pernoctas con niños pequeños, que se ha incluido en el libro *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos* (José CANTÓN DUARTE, M.<sup>a</sup> del Rosario CORTÉS ARBOLEDA y M.<sup>a</sup> Dolores JUSTICIA DÍAZ, Ediciones Pirámide, 2006).

Dra. María del Rosario CORTÉS ARBOLEDA es profesora titular de psicología de la Universidad de Granada.

Dra. María Dolores JUSTICIA DÍAZ es psicóloga forense de los Juzgados de Familia de Granada y profesora titular de psicología de la Universidad de Granada.

### «4.3.3. La conveniencia de las pernoctas con niños pequeños.

Con la excusa de preservar el apego madre-niño, se ha venido desaconsejando permitir las pernoctas durante la infancia temprana, considerándose perjudiciales hasta los tres años de edad (por ejemplo, HODGES, 1991). Sin embargo, los períodos de pernocta revisten especial importancia psicológica al brindar la oportunidad de interacciones sociales y de actividades emocionales (bañar al niño, acostarlo, contarle historias, reconfortarlo en mitad de la noche, levantarlo, vestirlo, ...), que visitas de una o dos horas no pueden proporcionar. Este tipo de actividades cotidianas promueven y mantienen la confianza en los padres, mientras profundizan y fortalecen los apegos padres-niño (KELLY y LAMB, 2000<sup>16</sup>; LAMB y KELLY, 2001<sup>17</sup>).

No hay pruebas de que los períodos con pernocta perjudiquen la adaptación psicológica de los niños o las relaciones con sus padres, sino más bien de lo contrario. La separación breve de la madre para estar con el padre también durante la noche fortalece su apego a éste y no hace más probable el apego inseguro a la madre (por ejemplo, LAMB, 1998). Aunque

16. KELLY, J. y LAMB, M. (2000): «Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children», *Family & Conciliation Courts Review*, 38, (3), pp. 297-311.

17. LAMB, M.E., y KELLY, J.B. (2001): «Using the empirical literature to guide the development of parenting plans for young children: A rejoinder to Solomon», *Family Court Review*, this issue.

SOLOMON y sus colaboradores (SOLOMON y GEORGE, 1999a, 1999b)<sup>18</sup> han informado de altas tasas de apego inseguro después de la ruptura de los padres, no existían diferencias entre los niños que realizaban visitas con y sin pernocta. Además, muchos de los hijos de divorciados nunca habían vivido con sus dos padres, no había pruebas de que se hubieran apegado al padre antes de comenzar las visitas con pernocta y un número elevado presentaba un apego desorganizado a la madre.

Frente a la opinión de que las pernoctas sólo satisfacen las necesidades de los padres (SOLOMON y BIRINGEN, 2001)<sup>19</sup>, los defensores de aplicarlas con regularidad desde edades tempranas (KELLY y LAMB, 2000; LAMB y KELLY, 2001) enfatizan sus efectos beneficiosos. Pueden ayudar a mantener y profundizar los apegos; proporcionan experiencias social, emocional y cognitivamente estimulantes; hacen que los padres se sientan realmente involucrados, estimulándolos a seguir desempeñando sus funciones; combinan momentos de placer y “reales”; y, finalmente, las visitas de unas horas sólo sirven para que el niño recuerde que el visitante existe, pero no permiten actividades que “fijen” las relaciones en la mente del niño.»

### 3. Miguel CLEMENTE DÍAZ.

Dr. Miguel CLEMENTE DÍAZ es profesor titular del departamento de psicología social de la Universidad de A Coruña. Director del Departamento de Psicología Social.

– Sobre las teorías psicológicas aplicables al superior bien del menor de mantener contacto con el progenitor no custodio.

Respecto a esta cuestión es preciso comentar que nadie sabe cuál debe ser el *superior bien del menor*. No es algo *objetivable* ni *medible* y, por lo tanto, es algo que se presta a interpretaciones subjetivas que, cuando nos encontramos en un proceso litigioso, implicará diversas concepciones de dicho entendimiento. Y consecuentemente, al no existir un estándar objetivo, tanto el fiscal de menores como el Juez o Magistrado también adoptarán un criterio subjetivo. Si del análisis de dicho proceso subjetivo se desprende que existen coincidencias en las sentencias emitidas, eso no es indicativo de objetividad, sino de la manifestación de creencias compartidas y de estereotipos. Urge, por lo tanto, una definición adecuada, objetiva y cuantificable de lo que es el *superior bien del menor*. Y la Psicología, ciencia idónea para la explicación del funcionamiento de la mente humana y para buscar el incremento de la calidad de vida de las personas, no puede responder a una cuestión que por naturaleza es política y polémica, debatible y opinable, pero no científica.

– Sobre las condiciones en las que se debe basar la relación entre el menor y el progenitor no custodio.

Se asume de manera estereotípica que la relación entre el menor y el progenitor no custodio debe ser la máxima posible, y a continuación se determina que dicho progenitor es *no*

18. SOLOMON, J., y GEORGE, C. (1999): «The effects on attachment of overnight visitation in divorced and separated families», en J. SOLOMON & C. GEORGE (Eds.), *Attachment disorganization*, (pp. 243–264), Guilford, New York.

19. SOLOMON, J. y BIRINGEN, Z. (2001): «Another look at the developmental research: commentary on Kelly and Lamb’s ‘Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children’», *Family Court Review*, vol. 39, pp. 355–364.

*custodio*, es decir, se le *separa* físicamente del menor, y se le restringe el contacto, entrando así en una contradicción evidente. Esta situación encontraba su explicación hasta hace poco en el argumento de que las madres eran las que *cuidaban* a los hijos pequeños, tanto desde el punto de vista material y físico como emocional. Rota esta perspectiva en nuestra sociedad, sólo queda el argumento de la lactancia, del que se abusa a pesar de que en ocasiones ni el menor recibe lactancia materna, ni la recibe de manera exclusiva, ni durante unos períodos de tiempo tan excesivos como se hace constar de manera judicial. De esta manera, el argumento biológico de la alimentación sirve de barrera insoslayable para que se produzca un régimen de visitas para el progenitor no custodio que evite las pernoctas fuera del hogar del progenitor custodio, cercenando la relación con el progenitor custodio. La pregunta en este caso sería: A) ¿qué es más adecuado para el menor, la lactancia materna o el contacto psicológico y físico con ambos progenitores?; la respuesta psicológica, evidentemente, es que lo segundo. Si unimos a este dato la posibilidad que se va generando de utilización de bancos de leche materna, o la más simple de poder alimentar al menor con la propia leche materna simplemente conservada en ambiente adecuado hasta dentro del hogar, entiendo que debe primar el argumento psicológico, de forma que nunca debería el argumento de la corta edad y de la necesidad de la lactancia materna justificar la imposición de un régimen de visitas y de pernoctas restrictivo.

– Sobre las condiciones en las que se debe basar la relación entre el menor y el progenitor custodio.

Una cuestión que a nadie parece preocupar es la de cómo debe ser la relación entre el menor y el progenitor custodio. Se supone que el progenitor custodio está capacitado por el mero hecho de serlo para proveer al menor de todo tipo de *sustentos*, ya sean éstos materiales, afectivos o cognitivos.

Sin embargo, esto no es sino un mero estereotipo. Desgraciadamente, el mero hecho de que el menor conozca que está bajo la custodia de uno solo de sus progenitores, y el que se le otorgue dicho título al progenitor correspondiente, lleva inevitablemente a fenómenos tan perniciosos como el denominado SAP (Síndrome de Alienación Parental), es decir, el abuso por parte de uno de los progenitores (el custodio) de dicha posición para desacreditar y atacar al progenitor no custodio, con lo que ello implica para el menor involucrado, que se socializa en un ambiente de desprecio hacia uno de sus progenitores. El SAP no sólo existe debido a que determinadas variables de personalidad de uno de los progenitores lo fomentan, sino también, y más grave, porque hay variables estructurales que lo crean, como es la división entre progenitor custodio y no custodio.

– Sobre el sentido del progenitor custodio y del no custodio.

La reflexión anterior nos lleva al centro del problema, la distinción entre progenitor custodio y no custodio. Y es que en rigor, si lo que se pretende es que el menor disfrute de un ambiente familiar lo más parecido a una *familia normalizada* (que nadie sabe muy bien tampoco lo que es), eso debe querer decir que el menor debe vivir en un ambiente en el que ambos le custodien, y en el que sea consciente de que todas las decisiones que le afectan dependen por igual de sus dos progenitores; es decir, la custodia compartida debe ser la norma y no la excepción, independiente de la edad del menor, lo que quiere decir desde que éste nace. Y dicha premisa se debería aplicar independientemente de los trabajos y obligaciones

desarrollados por los progenitores, es decir, si de verdad ambos quieren desarrollar su papel de progenitores, deben desarrollar las mismas actividades durante unos tiempos idénticos en su duración. La única variable diferente debe ser el que el menor no disfrutará de la presencia de ambos progenitores a la vez, lo cual de por sí ya es perjudicial para el menor (respecto a esta cuestión, la sociedad parte de la idea de que es más adecuado que el menor no conviva con los dos progenitores a la vez en un ambiente negativo, quedando la duda de si esto en ocasiones no es sino un pretexto que salvaguarda la libertad de cada progenitor por encima del bien del menor, poniendo una vez más de manifiesto la subjetividad y manipulación del término del *superior bien del menor*).

– Sobre el sentido del superior bien del menor.

Una sociedad en la que la variable sexo se separa del sentido de género, e incluso en la que el sexo es algo *mutable*, que admite uniones entre personas independiente de su sexo, que proclama la no discriminación en función del sexo, no puede seguir uniendo la idea de la custodia de los menores a uno de los progenitores, ya que esto *buele* excesivamente a primar al sexo *femenino*, encasillando a éste en el cuidado de los hijos, y al *masculino* en las funciones laborales y sociales. Es por esta cuestión por lo que, salvo en circunstancias especiales en las que corra peligro la estancia del menor con uno de sus progenitores (malos tratos, problemas físicos o mentales de uno de los progenitores, problemas de no disponer de un hábitat adecuado, etc.) nunca se debería establecer la existencia de un progenitor custodio y otro no custodio.

En cualquier caso, no se puede pedir a la Psicología que responda a preguntas que no tienen respuesta científica, y que sólo los que se basan en teorías psicológicas difusas y no científicas, como la del apego comenzada por las ideas de BOWLBY, de claro carácter psicodinámico e imposible de demostrar científicamente, pueden decir saber cómo actuar. Desde una Psicología Jurídica científica, el llamado apego se produce debido al trato del menor con las personas que le rodean, y no de manera ni principal ni exclusiva con uno de sus progenitores.

**4. Miguel Ángel CARBONERO MARTÍN, Tomasa LUENGO RODRÍGUEZ y Carmen RODRÍGUEZ SUMAZA.**

Dr. Miguel Ángel CARBONERO MARTÍN.

Profesor Titular de Universidad. Departamento de Psicología. Valladolid.

Vicedecano de la Facultad de Educación y Trabajo Social de la Universidad de Valladolid.

Dra. Tomasa LUENGO RODRÍGUEZ.

Profesora Asociada. Departamento de Psicología. Valladolid.

Dra. Carmen RODRÍGUEZ SUMAZA.

Profesora Titular de Universidad. Departamento de Sociología y Trabajo Social. Valladolid.

– «El Régimen de visitas del progenitor no custodio para con los hijos menores de tres años de edad. La corta edad como condicionante de dicho régimen».

El análisis del régimen de visitas del progenitor no custodio y la idoneidad o no idoneidad de la pernocta de menores con éstos, requiere de la consideración de las relaciones familiares, de la interacción entre sus miembros, como espacio vital de aprendizaje de la convivencia y la reproducción social más allá de los límites precisos del hogar familiar.

En esta línea, la investigación de RODRÍGUEZ, C. y LUENGO, T., (2000) (dirs.) sobre las familias monoparentales en Castilla y León muestra que, además de los lazos cotidianos de convivencia con el progenitor que mantiene la guarda y custodia, el mapa de socialización se extiende a través de las relaciones que los menores y el propio ex cónyuge mantienen con el otro progenitor.

Retomando las aportaciones de MAHLER, 1978; Lefaucheur, 1988, e IGLESIAS DE USSEL, 1998, las autoras muestran cómo las relaciones familiares superan el ámbito del hogar monoparental, así como el importante papel que el padre o la madre que no tiene la guarda ni la custodia de los hijos juega o puede jugar en el proceso de socialización de éstos. Dado que «la noción de familia excede con mucho lo doméstico», las relaciones del progenitor no custodio con los menores pueden resultar funcional y emocionalmente válidas y «similares en sus contenidos a lo que habitualmente suponemos propio de las estructuras familiares nucleares» (RODRÍGUEZ, C. y LUENGO, T., 2003:75). Desde esta tesis se defiende la importancia de los procesos de interacción en el desarrollo psicológico del individuo y la idea de que el proceso no está sólo determinado por factores biológicos y por la peripecia de la diada psicológica madre-hijo, sino por el conjunto de interacciones que tienen por teatro un sistema de referencia significativo más amplio, como es la familia. Hoy sabemos que la desorganización de un núcleo familiar no siempre supone la desorganización del sistema familiar, ni el cambio del mismo. Los aspectos simbólicos y relacionales pueden quedar intactos y, aún más, en algunas situaciones pueden salir fortalecidos. También se sabe que «factores como el tipo y la calidad de las relaciones familiares (...) son variables más significativas que la propia ruptura familiar o la propia estructura familiar» a la hora de explicar el bienestar de los niños (RODRÍGUEZ SUMAZA, 2001:219). Es, por tanto, uno de los objetivos a alcanzar, mantener los niveles de cooperación en el sistema familiar, aún cuando pueda adoptar formas plurales en su estructura.

Las autoras ponen en evidencia que esos niveles de cooperación, el modo en que las relaciones entre progenitores e hijos evolucionan en el seno de la unidad familiar, tienen mucho que ver con el marco cultural en el que se hallan inmersos, existiendo varios contenidos de este trasfondo ideológico cuya proyección sobre el desarrollo de las familias parece particularmente relevante.

A pesar de que en nuestra sociedad hemos asistido a importantes avances en la aceptación de la diversidad familiar, sigue existiendo un conjunto de preconcepciones negativas que, de alguna manera, condicionan la vida de las familias monoparentales. El estudio de FRY y ADDINGTON (1984) citado en RODRÍGUEZ SUMAZA, C. y LUENGO RODRÍGUEZ, T (2000, pp. 138-139) aporta evidencia empírica de la existencia de esos estereotipos negativos sobre los hijos criados en familias monoparentales. La investigación se realizó con 300 profesionales (profesores y trabajadores sociales) y 300 personas profanas. Cada uno de ellos observó una película idéntica donde cuatro niños de diez años jugaban con otros en casa y en la escuela. Después de ver la película se pidió a los adultos que juzgaran la personalidad de cada uno de

los menores y que pronosticaran cómo se comportarían en algunas situaciones cotidianas. No todos los adultos que participaron en la investigación habían recibido la misma información previa sobre los niños. De hecho, se habían formado tres grupos que habían recibido tres tipos de información. Al grupo 1 se le dijo que los padres de estos chicos se habían divorciado y ellos habían quedado al cuidado de su padre. Al grupo 2 se les indicó que los padres de estos chicos se habían divorciado y la custodia la tenía la madre. Al grupo 3 se le contó que los niños eran hijos de familias intactas. Los adultos juzgaron a los niños presuntamente procedentes de familias intactas como los mejor adaptados, felices y capaces de asumir responsabilidades y liderazgo, mientras que los chicos de familias monoparentales al cuidado del padre fueron juzgados como los menos adaptados en estos aspectos.

«La experiencia pone en evidencia que la representación de la familia que comparte una sociedad, la idea del divorcio y de sus consecuencias para el desarrollo infantil, el cuerpo legal que una sociedad posee, la representación social de la responsabilidad del cuidado de la infancia, además de las actitudes ante la maternidad fuera del matrimonio, son contenidos a tener en cuenta a la hora de estudiar cualquier manifestación de la monoparentalidad, así como a la hora de diseñar y poner en práctica estrategias de intervención sobre el fenómeno.» (RODRÍGUEZ y LUENGO, 2000: 139.)

Este paradigma de la diversidad familiar y de los cambios en la paternidad es mostrado en el trabajo de LUENGO, T. y ROMÁN, J.M. (2005). Los autores evidencian en un estudio sobre 753 padres y madres que el padre patriarcal y patrimonial está siendo sustituido por nuevos modelos en los que los ideales de paternidad fomentan la relación padre-hijo e introducen nuevos contenidos de padre cuidador en esa relación.

En un trabajo reciente los mismos autores señalan como gran reto de las sociedades actuales la educación, el acompañamiento del padre patriarcal en la transición hacia el padre presente, igualitario, participativo, que comparte la vida familiar. Ayudarles a ceder sus «derechos tradicionales», a renunciar a ser el importante de la familia, a conquistar ser un adulto más (LUENGO, T. y ROMÁN, J.M. 2006).

En síntesis, podríamos decir que el menor necesita para su desarrollo de las interacciones afectivas e instrumentales que definen la representación social de familia. En ese contexto, las figuras parentales asumen un papel predominante cuyo ejercicio contribuye a la construcción de identidades individuales y grupales. No creemos que la «posición» del padre o de la madre, respecto al tipo de estructura familiar, deba ser un condicionante del ejercicio de su «función» parental.

Ante la situación que atraviesa la familia, cada vez son más las situaciones en las que las parejas se separan en circunstancias diversas, entre ellas el período de relación, la edad de los hijos, ...

Esta circunstancia, hijos menores de tres años, requiere de respuestas novedosas y fundamentadas para no caer en conductas estereotipadas que amparadas en formas de convivencia pasadas, no sepan responder a las demandas actuales con respuestas imaginativas.

Sería adecuado indicar de entrada cuáles deben ser los límites que deben orientar las respuestas a la pernocta de hijos pequeños menores de tres años.

Por un lado, parece razonable que mientras el hijo está en el período de lactancia materna esto sea por sí un impedimento para dicha pernocta con el padre no lactante. Cuando el padre no custodio no puede asegurar al hijo una respuesta adecuada a sus necesidades, por razones de trabajo o de vivienda, etc., lo invalida para tener la pernocta en estos primeros años. En la gran mayoría de las circunstancias los padres no custodios están en condiciones de facilitar al hijo respuestas adecuadas de crianza que favorecen el desarrollo psicológico del hijo.

Hoy no parece justificado el apelar a que la madre es la única que es capaz de llevar a cabo la crianza de los hijos pequeños, puesto que el desarrollo social de ambos cónyuges nos indica que la mujer se ha incorporado en proporciones cada vez más significativas al mundo laboral fuera del hogar y que el hombre se ha incorporado en proporciones significativas a las tareas del hogar. Esto incluye aquellas conductas tradicionalmente destinadas a la mujer, como el cuidado de los hijos, y que cada vez el hombre realiza con mayor profusión. Por tanto si estamos reconociendo que los estilos de crianza son compartidos, cada vez más, por ambos cónyuges, debemos reconocer que ambos están en condiciones de que los hijos menores puedan pernoctar con ellos.

La evolución de los hijos desde edades muy tempranas está comprobado que necesita las dos figuras de apego, tanto el padre como la madre, por lo tanto si lo que persigue a ambos es el buen desarrollo psicológico de su hijo, éstos facilitarán que el hijo reciba la influencia de las dos figuras de apego con la mayor normalidad posible. De lo contrario estaremos utilizando argumentos psicológicos no para facilitar el desarrollo normal del hijo sino para razones particulares que nada tienen que ver con el desarrollo del hijo. La convivencia con ambos padres en situaciones de pernocta, enriquecerá al hijo que puede beneficiarse de la forma de ser de ambos padres, siempre que a éstos les inspire el bien del hijo y su madurez. Por estas razones entre otras, podemos argumentar que los procesos de separación y las sentencias, en lo que tienen que ver con la custodia, la pernocta y el cuidado en general de los hijos, debería estar en sintonía con el devenir de los tiempos, puesto que apelar a razones de tipo psicológico para justificar la asignación o negación de la custodia, la pernocta y el cuidado de los hijos incluso cuando éstos son menores de tres años no es correcto.

Si queremos progresar en el camino de la igualdad en las relaciones personales y sociales, deberemos entender los procesos de separación y divorcio como algo que debe desarrollarse en el campo de la normalidad, entendiendo que es una situación de conflicto que debemos saber gestionar para cambiar la dinámica del conflicto en dinámica de diálogo, de esto los principales beneficiarios serán los hijos cuando los haya y es importante que la relación con ambos padres sea correcta en todos los ámbitos de la vida.

Bibliografía:

- IGLESIAS DE USSEL, Julio (1998): *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid.
- LUENGO RODRÍGUEZ, Tomasa y ROMÁN SÁNCHEZ, José María (2006): «Estructura familiar y satisfacción parental: propuestas para la intervención» en *Acciones e Investigaciones Sociales*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza.
- (2005) «La Familia Postmoderna: procesos constitutivos y parentalidad», en ROMAY MARTÍNEZ, J. y GARCÍA MIRA, R. *Psicología social y problemas sociales, Psicología Ambiental, Comunitaria y de la Educación*, Biblioteca Nueva, Madrid, 581-588.
- LEFAUCHEUR, Nadine (1988): «¿Existen las familias monoparentales?» en J. IGLESIAS DE USELL (ed.) *Las familias monoparentales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie Debate, núm. 5, 195-202.
- MAHLER, M.S. et al. (1978): *La nascita psicológica del bambino*, Boringhieri, Turín.
- RODRÍGUEZ SUMAZA, Carmen (2001): «La estrategia británica de apoyo a las familias monoparentales», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 30, 209-239.
- RODRÍGUEZ SUMAZA, Carmen y LUENGO RODRÍGUEZ, Tomasa (Dtras.) (2000) *Las familias monoparentales en Castilla y León*, Junta de Castilla y León, Consejería de Sanidad y Bienestar Social.
- (2003) «Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales», *Papers, Revista de Sociología*, núm. 69, 59-82.

## 5. Jesús PALACIOS GONZÁLEZ.

Jesús PALACIOS GONZÁLEZ es Catedrático de Psicología de la Universidad de Sevilla. Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación.

«En relación con su consulta, debo empezar por decirle que no he hecho una revisión de la investigación empírica específica que exista sobre el tema de régimen de visitas. Estoy seguro de que otros compañeros más especializados en el área concreta le aportarán esa visión más de detalle.

Por mi parte, puedo hacerle algunos comentarios basados en mi conocimiento del desarrollo psicológico y de las situaciones de riesgo. No creo que sea adecuado establecer un patrón tipo que diga que es desaconsejable la pernocta de menores de corta edad con el progenitor que no tenga su custodia de forma habitual. Me parece que la clave está menos en la edad del menor y más en la historia previa de vinculación niño-padre (en el supuesto de que éste sea el no custodio), así como en las relaciones actuales entre los progenitores. Allí donde haya habido una relación sólida previa entre el menor y su padre no veo el motivo por el que la pernocta deba ser desaconsejada. Creo que en estas circunstancias la clave

está en mantener el contacto y el vínculo positivo previamente existente. Lo contrario me parece que sitúa al padre en una posición de cierta sospecha de no ser capaz de atender adecuadamente las necesidades del menor (físicas y psicológicas, particularmente las emocionales). Por otra parte, como siempre que hay un menor implicado, las buenas relaciones entre los progenitores son un elemento esencial de protección. Naturalmente, si el vínculo previo era pobre no parece en interés del menor un contacto por así decirlo intensificado, pues es menos probable que en las actuales circunstancias de separación y menor contacto el vínculo que era pobre se vaya a transformar de manera significativa. Sólo en caso de que se pueda hacer un pronóstico favorable en este sentido me parece que tendría sentido el contacto intensificado que la pernocta supone.

Un poco más problemática puede ser la situación en que la relación previa niño-padre era muy positiva (y, por tanto, la idea es mantenerla, no apagarla), pero las relaciones actuales entre los progenitores son muy conflictivas. Creo que esos casos deben ser valorados con más detalle, pero sin adoptar de entrada la hipótesis de que por la edad del niño se debe tomar una decisión estándar del tipo no pernocta.

Por tanto, y en resumen, en mi opinión la clave no está en la edad del menor, sino en las relaciones previas y actuales entre el menor y sus dos progenitores. Como siempre que hay menores implicados, es muy importante prestar atención a los detalles y las características singulares de cada caso y no dejarse llevar por respuestas tipo que pueden ser tan perfectamente adecuadas en unos casos como perfectamente inadecuadas en otros.»

#### **6. Joaquín DÍAZ ATIENZA, psiquiatra infantil, presidente de la Asociación Andaluza de Psiquiatría y Psicología Infanto-juvenil.**

«Creo que la polémica sobre la conveniencia, o no, de que el lactante pueda pernoctar con el padre no custodio, obedece más a la doctrina residual sobre el apego que a la evidencia científica en nuestros días sobre el mismo. Efectivamente, la posición inicial de BOWLBY, que defendía la monotropía (una sola figura de apego), fue abandonada por él mismo ante la constatación empírica de otros investigadores que defendían lo contrario. Especialmente ante la constatación de la existencia de los apegos múltiples y sus diferentes jerarquías.

Hoy sabemos que el apego, tal como se describió en sus comienzos, no es universal, estando mediatizado por el tipo de familia. De hecho, el cómo se desarrolla éste variará en función de la organización, patrilínea, matrilínea o cognática de la misma.

Los que defienden la línea conservadora de la prevalencia del apego de la figura materna sobre la paterna se sustentan en uno de los trabajos de Mary MAIN (1985) en el que puso de manifiesto la existencia del apego hacia la madre en el 30% de los niños estudiados frente a 2% cuyo apego era hacia el padre. Sin embargo, este estudio presenta el sesgo de que fue realizado cuando los niños de la muestra tenían seis años cumplidos. De aquí que en respuesta a estos resultados, Michael LAMB (1996) constató que esta preponderancia no existía en niños de seis meses de vida cuando se trata de interacciones naturales. Para este investigador, la posibilidad de establecer dos figuras de apego seguro (padre y madre) proporciona más ventajas para el desarrollo socio-emocional del niño que una sola relación.

En esta misma línea se manifiesta el psicólogo suizo PIERRHUMBERT (2002) que, a partir de los resultados de una investigación de su equipo, no sólo mantiene esta posición sobre el apego, sino que también pone en evidencia que si el niño estableciera una relación de apego ansiosa con alguna de las figuras parentales, éste no originaría efectos negativos sobre el desarrollo del niño si existe la posibilidad de compensarlo con la existencia de un apego seguro, indistintamente de que sea el padre o la madre. Para estos investigadores el apego se verá influido, no tanto por el modo en el que se establecen las relaciones, como por el cómo cada uno de los padres expresa la afectividad en la relación al apego, por su disponibilidad, respeto a la autonomía del niño, seguridad del medio, estimulación y facilitación del aprendizaje.

En conclusión, no conozco ningún estudio empírico que sostenga la inconveniencia de que el lactante pernocte con el padre no custodio. Por el contrario, los resultados de las actuales investigaciones, recomiendan el establecimiento de apegos seguros múltiples como factor que favorece el desarrollo socio-emocional del niño. Por tanto, la contraindicación de tal medida estará más en relación con aspectos individuales de cada uno de los padres, situación previa a la separación o divorcio, relación previa del padre no custodio con el niño, etc., que a las posibles consecuencias negativas sobre el desarrollo del niño en relación a apego.»

#### Bibliografía:

- MAIN, M., KAPLAN, N., CASSIDY, J.: «Security in infancy, childhood and adulthood: A move to the level of representation» in BRETHERTON, I. y WATER, E. (Edit): «Growing points of attachment theory and research», *Monographs of the Society for Research in Child Development*, 50, 1-2, 1985, 66-104.
- LAMB, M.: *The role of the father in child development*, 3.<sup>a</sup> Edit., Wiley, New York, 1996.
- PIERREHUMBERT, B., RAMSTEIN, T., KARMALNIOLA, A., MILJKOVITCH, R., HALFON, O.: «Quality of child care in the preschool years: A comparison of the influence of home care and day-care characteristics on child outcome», *Int. J Behavioural Development*, 2002, 26, 385-396.

#### 7. Marta RAMÍREZ, psicóloga del Juzgado de Familia núm. 8o de Madrid.

«En primer lugar reseñar que los criterios de decisión sobre el marco de visitas aún están menos establecidos o se han objetivado menos que los criterios para determinar la fórmula de custodia. De hecho hemos tenido ocasión de comprobar empíricamente que el acuerdo interjueces de una muestra de psicólogos peritos sobre una muestra de casos, era inferior en materia de visitas que de custodia; téngase también en cuenta que el abanico de alternativas es mayor a la hora de planificar el marco de relaciones con el no custodio.

En segundo lugar creo no excederme afirmando que ningún criterio por sí solo determina ni la fórmula de custodia ni el marco de visitas. Los psicólogos forenses, por ello, manejamos siempre modelos multivariados de evaluación y decisión. Además a nadie se le

escapa que para determinar el RV en base únicamente a la edad del menor, no se precisa el concurso de expertos, como tampoco para aplicar «por defecto» el llamado RV ordinario.

En consecuencia, la aportación que entiendo podemos hacer desde nuestra práctica como psicólogos forenses, no consiste tanto en ofrecer más directrices o planes de visitas según la edad del menor (las de HODGES son un referente que, honestamente, no me considero en condiciones de mejorar), como en hacer ciertas precisiones obviamente relacionadas con los dos conceptos que mayoritariamente se manejan al abordar el tópico de la pernocta: el apego o vínculo afectivo primario o principal, y la estabilidad o necesidad evolutiva de hábitos. Sin pretensión de exhaustividad, me permito señalar las siguientes:

– El apego es un factor más determinante para la custodia o en todo caso para la planificación de períodos vacacionales prolongados que para fijar la pernocta, y en sociedades en que tienden a disminuir las diferencias entre roles parentales, se hacen más frecuentes los casos en que resulta difícil discriminar entre figuras de apego.

– La extensión de las visitas que conlleva la inclusión de las pernoctas, requiere cierta implicación previa, habilidad presente e infraestructura del no custodio para el cuidado del menor, pero *per se* no garantiza beneficios para éste y la calidad del vínculo con el progenitor no custodio, porque existen otros factores que “modulan” la relación entre aquella y estas variables, el principal la calidad de las relaciones interparentales. Por desgracia, cuando los niveles de conflicto entre los padres son crónicamente elevados, los menores no se benefician de una relación frecuente y amplia con el no custodio, y el vínculo con éste (a veces también con el custodio) se resiente.

– Los menores en las sociedades desarrolladas cada vez se socializan más tempranamente y fuera del hogar, en consonancia los niños se habitúan cada vez antes a separaciones temporales de sus figuras de apego. Realidad que ha ido favoreciendo el rebaje de la edad aconsejable para el establecimiento de pernoctas y estancias de vacaciones, en buena medida ligada a la edad común de escolarización (antes eran los 6 años y ahora los 3, al menos en el medio urbano).

– Rutinas familiares prerruptura como estancias de fin de semana en segundas residencias o pernoctas del menor en casa de parientes o cuidadores cuando la pareja tenía vida social propia, son precedentes a tener en cuenta para recomendar pernoctas en niños de corta edad.

– La pernocta con el no custodio puede no conllevar más inestabilidad para el menor que dormir con el custodio, por varias razones: tampoco siempre el custodio mantiene el contexto doméstico prerruptura al que el niño estaba habituado, además el no custodio puede minimizar los cambios en la medida que reproduzca estímulos y rutinas del contexto habitual de pernocta (piloto de luz, almohada o muñeco “fetiche”, cuento o beso de buenas noches, tipo de cama-cuna, etc.) y por último a veces la distancia entre domicilios o el acople del RV de hermanos de diferentes edades hacen que comporte más trasiego y desajustes en las rutinas diarias las sucesivas recogidas y entregas para visitas cortas que la pernocta acumulando esas horas. Por tanto todas esas circunstancias deberían tenerse en cuenta a la hora de valorar la pertinencia de la pernocta en un caso concreto.

Concluyendo, no creo que pueda establecerse con precisión una edad crítica para introducir la pernocta, éste, como todos los criterios evolutivos, está sujeto a la especificidad de cada individuo y grupo familiar y debe considerarse en combinación con otros factores. En este tema, como en el de la custodia compartida, conviene no obstante que el discurso de la igualdad de los géneros ante la ley y de la ductilidad de los menores, no nos lleve tampoco a priorizar medidas “arriesgadas” pero emocionalmente compensatorias para los padres.»

### **8. José Manuel AGUILAR CUENCA, psicólogo judicial.**

José Manuel AGUILAR es psicólogo, especialista en psicología jurídica y autor de «SAP, Síndrome de Alienación Parental» y «Con mamá y con papá».

El trabajo del psicólogo que trabaja diariamente en los Juzgados y Tribunales tiene que compaginar el conocimiento técnico, con los automatismos de los juristas, enraizadas en creencias, sentido común y tabúes desdeñados por la psicología científica hace más de treinta años. De este modo, resulta curioso cómo muchas de las sentencias hablan de la necesidad del menor de ir acostumbrándose a su padre, estableciendo un régimen de visitas progresivo, que se prolongará por meses. Uno se plantea que si eso mismo se aplicara a la primera vez que el niño acudiera a la guardería; pasaría la primera mañana a solas a la altura de Navidad. Semejante visión de las relaciones paterno-filiales es sumamente extraño, en tanto establece implícitamente que el progenitor, por el mero hecho de estar en estos momentos divorciado, ha mutado de sus capacidades y forma anterior, de algún modo incomprensible, siendo necesarias las medidas que limitan el contacto con su hijos, reducido a fines de semana. Y digo es curioso en tanto que no se considera el origen de la falta de contacto que el menor tiene con el progenitor no custodio, habitualmente provocado por las limitaciones que el custodio ha ido generando, una variable que nos dará indicadores para considerar cuál será el comportamiento futuro del interfiriente. Esto lo conocemos como Síndrome de Alienación Parental, sin ninguna duda el mayor problema que nos encontramos en estos momentos en los Juzgados del país. Otra circunstancia curiosa es el continuo recurso a lo que «dice la psicología», sin que nunca citen sus fuentes, para justificar la no pernocta del menor con el padre. Es lógico si entendemos que es falso que la psicología diga eso, como en este artículo queda bien reflejado. También es curioso que se cite falta de habilidades en el progenitor –que únicamente las logrará cuando, como la madre, las lleve a cabo, ya que no vienen inscritas en ningún código genético– o algún tipo de personalidad específica. Digo que es curioso cuando nos tenemos que encontrar con sentencias que otorgan la custodia a la madre alcohólica para que el menor le sirva de terapia, a la bipolar y la esquizofrénica sin que su serio trastorno sea obstáculo o, como ha ocurrido recientemente en el Juzgado número 24 de Valencia, a la maltratadora de su hija, ya que la menor se encuentra «adaptada al entorno familiar materno». Curioso en tanto que dichos trastornos sí limitarían, administrativa y legalmente, el comportamiento y la libertad de acción de dichos sujetos, en otras situaciones en las que no van a tener la responsabilidad de otro ser humano a su cargo.

No existe ninguna variable psicológica que, en ausencia de otras limitaciones justificadas, venga a restringir la pernocta de los menores de cualquier edad con su progenitor no conviviente. Los cuidados que ha de recibir se encuadran dentro de aprendizajes que

cualquier sujeto, independientemente de su sexo, puede llevar a cabo; más si es uno de sus progenitores, cuya obligación para con el menor nace cuando es concebido, teniendo que atender en lo que pueda a la madre gestante. «Cuando a finales de los años 70 los Tribunales de los EEUU consideraron sexista el principio de dar la custodia a la madre cuando los menores son pequeños, cambiándolo por adoptar la posición que primaba el superior interés de los hijos, la visión de un progenitor custodio y otro *visitante* se consideró discriminatoria, provocando la necesidad de que se alcanzaran los acuerdos de custodia (AGUILAR, 2004)». Su pervivencia en la psique de nuestro sistema judicial no es sino la constatación de una discriminación que casa mal con nuestro marco jurídico y la realidad social de corresponsabilidad imperante en las parejas que actualmente tienen hijos.

Apoyándose en las investigaciones de la psicología de los años sesenta, que enfatizaba la importancia del vínculo entre el hijo y la madre, particularmente cuando era pequeño; el «mejor interés del hijo» era equivalente a significar que la custodia debería ser concedida al progenitor psicológico, la madre (EMERY, 1994; NEUGUBAUER, 1989). Desde una perspectiva legal, el término progenitor psicológico fue definido como aquel progenitor con el que el niño había establecido sus vínculos emocionales, como consecuencia de ser su cuidador principal (GOLDSTEIN *et al.*, 1973). Este concepto no debe confundirse con el de apego –relación especial que el niño establece con otro sujeto a través de las acciones y actividades que comparten, cuyo origen está en la psicología– y se encuentra muy criticado hoy en día, (ROHMAN *et al.*, 1987). Sin embargo, esa identificación sigue vigente en la práctica diaria de los juzgados de nuestro país, a la hora de la toma de decisión sobre la custodia.

Una variante del argumento que defendía la diferencia biológica se encuentra en aquellos que defienden una especial relación que la lactancia genera entre la madre y su hijo. Dentro de la lógica de un vínculo fundado únicamente en la oralidad, el padre no tenía ninguna posibilidad de ser reconocido como persona esencial en la vida del niño: por mucho que intentara darle el pecho, jamás lo conseguiría (POUSSIN & LAMY, 2004). Desde finales de los años sesenta y primeros setenta, la psicología ha venido insistiendo que los vínculos que el bebé establece con sus cuidadores principales se basan en el contacto, los juegos, las palabras y todas aquellas otras interacciones que llevan a cabo juntos, no sobre la lactancia ni cualquier otra diferencia biológica. Indudablemente la lactancia es una interacción y debe ser considerada en su correcto lugar, pero no determina de ningún modo un límite para la custodia compartida.

Como conclusión, podemos decir que «las investigaciones han demostrado el fundamental papel que individualmente aporta cada progenitor; concretamente está aceptado que la presencia sistemática del padre desde los primeros meses de la vida del bebé estimula la relación del niño con sus padres y su propia habilidad para hacer amigos (WATERS E. *et al.*, 1979). Toda elección que potencie esta posibilidad irá en interés del menor» (AGUILAR, 2006).

#### Bibliografía:

- AGUILAR, J.M. (2004) *SAP: Síndrome de Alienación Parental*, Almuzara, Córdoba.
- (2006): *Con mamá y con papá*, Almuzara, Córdoba.

- EMERY, R.E. (1994): *Renegotiating family relationships: Divorce, child custody and mediation*, Guilford, New York.
- NEUGUBAUER, R. (1989): «Divorce, custody and visitation: The child's point of view», *Journal of Divorce*, 12, 153-168.
- ROHMAN, L.W., SALES, B.D. y LAW, M. (1987): «The best interests of the child in custody disputes», en L.A. WEITHORN (ed.), *Psychology and child custody determinations*, Lincoln, University of Nebraska Press, 59-105.
- PUOSSIN, G. y LAMY, A. (2004): *Custodia compartida*, Espasa, Madrid.
- WATERS, E., WIPPMAN, J. y SROUFE, L.A. (1979): «Attachment, Positive Affect and Competence in the peer group: two studies in Construct Validation», *Child Development*, 1979, 50, 821-829.

## VII. OTROS ESTUDIOS DOCTRINALES

En EEUU el Doctor S. FRANCO WILLIAMS. M.D del niño y del adolescente. Psiquiatra y psicoanalista de niños, adolescentes y adultos. Director del Departamento de Psiquiatría de la familia y del niño en el Centro Médico de Cedro-Sinaí en Los Ángeles. El Dr. Williams también dirige el programa de Cedro-Sinaí para los niños y las familias en los casos de divorcio. Según él:

«Métodos usados en el Síndrome de Alienación Parental<sup>20</sup>.

Un progenitor alienador generalmente busca la ayuda de abogados, parientes, amigos, y profesionales de salud mentales, en la búsqueda de la supresión total (alienación) del otro progenitor.

Ellos tienen varios métodos a su disposición. Primero intentan conseguir que el progenitor que va a ser su víctima potencial –por lo general el padre– acuda a ver a un profesional clínico de salud mental “amigoso” y “brillante” o al especialista de desarrollo infantil, quien va a inculcar en el padre una versión deformada, fuera de contexto, de las necesidades psicológicas y del adecuado desarrollo de los niños. El especialista de desarrollo infantil, confabulado con el alienador, subrayará que los niños –sobre todo los de corta edad– necesitan la estabilidad, la constancia y la consistencia que le proporciona el domicilio habitual, y que por lo tanto es emocionalmente dañoso para los niños el trasiego de una casa a otra para pernoctar. El psicólogo o psiquiatra reiterará que los niños necesitan estar cerca de la figura de apego psicológico primaria.

---

20. Dirección principal, quinta conferencia anual, Consejo nacional para los derechos de los niños, C.C. de Washington, 20 de octubre de 1990.

De mi propia experiencia clínica con los niños, estoy de acuerdo con la teoría de que un hogar proporciona estabilidad y continuidad. Sin embargo, cuando los padres se divorcian, los niños no pueden gozar de la ventaja de que ambos padres vivan con ellos en un mismo hogar. Por lo tanto el cambio alternativo entre los hogares puede ser inevitable. En los casos de divorcio, no tenemos generalmente la opción de elegir el mejor interés de los niños. En verdad, en la mayor parte de los casos, debemos elegir qué opción es la menos perjudicial de entre otras que también son perjudiciales. Esto es especialmente así en los casos en que el niño ya haya generado afectos con los dos padres. Entonces hay que elegir el menos malo de entre dos males potenciales para el niño cual es que el niño tenga que ir de una casa a otra alternativamente para disfrutar de sus dos padres que lo aman, contra la opción de perder a uno de los padres. Es la vinculación parental continuada, no el número de hogares o el trayecto de una casa a otra, lo que será un determinante crucial para el desarrollo psicológico de los niños después del divorcio. Y más en estos tiempos en los que ambos padres trabajan con frecuencia, y confían el cuidado del niño a un tercero, como pueden ser otros miembros de la familia, cuidadoras o guardería por lo que el concepto de un solo «cuidador psicológico primario» es anticuado. Hoy, con frecuencia, existen dos cuidadores psicológicos o una red de cuidadores, supervisada por los padres.»

– **Autores que se muestran contrarios a la pernocta por la corta edad.**

En *Manual de psicoterapia de la relación padres e hijos* de EMILCE DIO BLEICHMAR. Paidós, Barcelona, 2005, 548 pp., la autora se detiene en el análisis de la diferencia entre las funciones materna y paterna. Frente a las teorías clásicas como las de LACAN, propone las actuales basadas en investigaciones empíricas que muestran que los infantes desarrollan vínculos de apego diferenciados con ambos padres, que se estructuran simultáneamente. Esto significa que el patrón edípico tradicional queda modificado, ya que el proceso de triangularización empieza casi a la vez que el de la diada, el niño puede pronto sentirse excluido en ámbitos que son diferentes al sexual, como es el grado de atención. Se concluye de aquí que el descubrimiento de la intimidad sexual de los padres, aun teniendo importancia en sí mismo, no tiene la hegemonía que antes se pensaba para el psiquismo. No obstante, en conversación telefónica mantenida con la autora, la misma ha puntualizado que lo anterior se circunscribe a situaciones de convivencia normalizada en las que tanto el padre como la madre realizan una crianza compartida. Sobre los casos de separación o divorcio, la autora recomienda la no pernocta hasta los tres años, ya que en estos casos las figuras de apego no serían equivalentes y el menor tendría en la madre su principal figura de apego, al menos los primeros 18 meses, aunque su recomendación es hasta los tres años.

De igual opinión se mostró el doctor don José Luis PEDREIRA MASSA, para quien la figura de apego primordial, sea quien sea dicha figura (madre, padre, cuidador/a) es fundamental en el menor en los primeros tres años de vida y la separación del menor de dicha figura primordial podría ocasionar trastornos en el infante entre los que incluyó el trastorno del sueño que a esas edades es muy común. Según la conversación mantenida, para el doctor PEDREIRA, todo niño tiene una sola figura de apego primordial en la primera infancia, y es con esa figura de apego primordial con quien debe estar el menor.

Vamos seguidamente a analizar la jurisprudencia que se ha dictado últimamente en relación al régimen de visitas en menores de tres años o menores de corta edad.

## VIII. SUPUESTOS DE NO CONCESIÓN DE LA PERNOCTA EN MENORES DE CORTA EDAD

En un estudio de la jurisprudencia dictada por las Audiencias en las que no se concede la pernocta en el régimen de visitas de corta edad, nos hemos encontrado con las siguientes causas para su no concesión:

### VIII.1. Un largo período de tiempo sin contacto entre el progenitor no custodio y el menor

**AP de Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Sentencia de 15 de noviembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors:* Hasta los seis años por falta de contacto previo con la niña desde hace tiempo. «... la distancia existente entre las dos localidades en que viven sendos progenitores –Pineda de Mar y Las Palmas de Gran Canaria– y la escasa relación habida entre padre e hija, que ha conllevado a que la propia Juez *a quo*, con buen criterio, fijara *ab initio* un régimen sin pernocta, considera que debe instituirse un régimen de visitas sólo para los períodos vacacionales de la menor, como solicita el padre, pero, a diferencia de lo pedido por éste, el mismo ha de llevarse a cabo, de forma progresiva –al no haber tenido el padre contacto con la niña desde hace tiempo–, ...»

**AP de Castellón, Sec 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 8 de junio de 2005.** *Ponente: Ilmo Sr. don Pedro Javier Altares Medina:* «Sentadas estas premisas, y atendiendo especialmente a las fundadas recomendaciones realizadas por la perito, como consecuencia de la escasísima relación que el padre ha tenido con su hijo, no se puede estimar, por el momento, la petición del apelante referida a la posibilidad de pernocta del menor fuera del domicilio materno durante los días de visitas, ni la consiguiente acumulación de días de visitas y con los períodos vacacionales sin pernoctar en el domicilio materno.»

**AP de Córdoba, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 12 de septiembre 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco José Martín Luna:* Período de adaptación de seis meses de un menor de dos años, por escaso contacto con el progenitor no custodio. «Ciertamente las circunstancias concurrentes en este caso, la corta edad del menor, y sobre todo la ausencia de unas relaciones normalizadas anteriores entre el menor hijo común de los litigantes y su padre, requiere que se produzca una fase de convivencia previa sin pernocta, con el fin de que se vaya acostumbrando el menor a dichos contactos con su progenitor, y evitar así situaciones y reacciones traumáticas.»

**AP de A Coruña, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 28 de octubre 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Fuentes Candelas:* «En efecto, la niña cuenta en la actualidad con un año y seis meses y ha vivido con su madre desde que se rompió la convivencia conyugal y ésta regresó de Suiza a España, poco después de su nacimiento. Debido al alejamiento, lo cierto es que su padre la ha visto y estado en su compañía muy pocas veces, cuando su trabajo le ha permitido venir a Galicia. No puede haber entonces una estrecha relación y tampoco cabe ahora introducir el argumento de otros familiares paternos, cuya

situación desconocemos y no se ha valorado en el juicio. Por ello, no se considera beneficioso para la niña la pernocta ni la salida del territorio nacional.»

**AP de Guadalajara, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 9 de noviembre de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Isabel Serrano Frías:* «Si unimos a lo expuesto la edad de la niña y la falta de relación previa, sólo cabe confirmar el régimen de visitas establecido que es acorde a las circunstancias concurrentes y que por otro lado no impide su modificación cuando se tenga lugar en su caso con el tiempo un mayor grado de acercamiento y confianza entre padre e hija.»

**AP de Guipúzcoa, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 15 de julio de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Juana María Unanue Arratibel:* «De todo lo anterior deberá concluirse que atendido a la edad del menor, el escaso contacto mantenido con el menor y la necesidad, en consecuencia, de establecerse un régimen de visitas progresivo...»

**AP de Huelva, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 10 de marzo 2005.** *Ponente: Ilmo Sr. don Francisco José Martín Mazuelos:* «La menor contaba con dos años y nueve meses de edad en el momento de la sentencia, razonando ésta que la falta de toda comunicación previa entre ella y el padre justificaba la instauración de un régimen progresivo, de manera que acordaba durante los dos primeros años visitas durante una tarde a la semana y fines de semana alternos sin pernocta. La Sala estima lo más conveniente para la menor tal progresividad, de manera que pueda facilitar el establecimiento de una adecuada relación sin bruscos cambios entre padre e hija.»

**AP de Huelva, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 16 de junio de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Germán Pontón Práxedes:* «Esta petición fue desestimada por el Juez *a quo* al no hallar suficientes razones que aconsejaran tal restricción del régimen de visitas, pues la corta edad de la menor, el desconocimiento de su progenitor, han sido circunstancias ya tenidas en cuenta para el régimen de visitas que se establece durante los fines de semana alternos en donde se excluye la pernocta. Y ciertamente tras la revisión en esta alzada de todas las pruebas practicadas, compartimos tales razonamientos del Juzgador de Instancia, por consiguiente, este extremo del recurso debe ser desestimado pero unido a él debemos abordar el régimen de visitas que se prevé para las vacaciones pues si bien el Juzgador como hemos señalado por las razones expuestas excluye la pernocta de la menor durante los fines de semana, sin embargo no la excluye durante los períodos vacacionales, lo cual evidentemente resulta incongruente...»

**AP de Las Palmas, Sec. 5.<sup>a</sup>, Sentencia de 16 de noviembre de 2004.** *Ponente: Ilmo Sr. don Lucas Andrés Pérez Martín:* «En la sentencia atacada, se han analizado por parte de la Juzgadora *a quo* únicamente las circunstancias concurrentes en el actual caso, madre que es la que ha cuidado a la niña hasta ahora, padre que ha tenido escaso contacto con la menor...»

**AP de Madrid, Sec. 24.<sup>a</sup>, Sentencia de 3 de noviembre de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández:* «... la menor, como se dijo, de muy corta edad, ha pasado un tiempo considerable sin la presencia del padre, y por otra, existe una tensa y complicada relación entre ambos progenitores, habiéndose dictado orden de alejamiento, luego prorrogada por período de un año, razones que justifican el sistema de contactos paulatino y progresivo, a través de los llamados puntos de encuentro, y con previsiones de ampliación cuando la menor alcance la edad de tres años.»

**AP de Palencia, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 4 de noviembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Ignacio Javier Rafols Pérez:* «Así, en cuanto al momento en que debe autorizarse la pernocta de la menor fuera del domicilio materno, se considera más adecuado a su edad, por las especiales necesidades que requiere, y a la imprescindible adaptación tanto de ella como del padre, que aquél se inicie a partir del momento en que cumpla tres años, es decir a partir del 16 de junio de 2006, conforme interesa también el Ministerio Fiscal.»

**AP de Valencia, Sec. 10.<sup>a</sup>, Sentencia de 2 de diciembre de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda:* «... no menos cierto es que dicho régimen debe atemperarse a las circunstancias del caso concreto, que en el presente caso así lo aconsejan, dado que, en primer lugar la menor cuenta con apenas tres años de edad y en segundo lugar, el progenitor no custodio, desde que salió del domicilio que era el familiar en agosto de 2002 no ha tenido relación con la pequeña. En atención a esas circunstancias la sentencia de instancia fijó como período de adaptación de la menor a su padre el plazo de seis meses durante el cual no existiría pernocta, pero transcurrido el cual podría ya pernoctar con su padre en el domicilio de éste.»

## VIII.2. Problemas de drogadicción, alcoholismo o enfermedad mental del progenitor no custodio

**AP de Barcelona, Sec. 12.<sup>a</sup>, Sentencia de 27 de noviembre de 1998.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Marcial Subirás Roca:* Régimen de visitas con progenitor afectado de enfermedad mental. «De lo expuesto se concluye, que la compensación de la enfermedad, se hace depender por una parte de los cuidados que adopte la propia enferma, y por otra del desarrollo de la propia enfermedad de posibles períodos de recaída o reagudización, lo cual aconseja adoptar una actitud más prudente en el régimen de visitas a su favor establecido, evitando una relación continuada con posibilidad de pernocta, para limitarlo inicialmente a domingos alternos de 10 a 20 horas que podrá ampliarse en ejecución de sentencia pero en ningún caso con posibilidad de pernocta, lo cual supone una estimación del recurso de apelación a tal fin destinado.»

**AP de Barcelona, Sec. 12.<sup>a</sup>, Sentencia de 26 de marzo de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio López-Carrasco Morales:* «La Sala ha de partir para resolver la cuestión de que efectivamente la finalidad de la ley es potenciar en lo posible las relaciones paterno-filiales siempre y cuando la situación personal del progenitor no custodio no esté afectada por síndromes, ni presente cuadro de dependencias a sustancias de alcohol y drogas. También hay que considerar por encima de cualquier cosa, la edad y conveniencia de los propios hijos Pedro Antonio y Germán (este último a punto de cumplir los tres años).»

**AP de Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de noviembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Julián Collado Muñoz:* «En este sentido en los presentes autos se ha aportado más que suficiente prueba de las especiales características de la personalidad del progenitor no custodio que hacen necesarios los límites señalados en las resoluciones combatidas, las cuales, por otro lado, no lo son en base a su cuestionamiento general sino por la coherencia necesaria que han de mostrar entre ellas...»

**AP de Huelva, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de septiembre de 2005.** *Ponente Ilma. Sra. doña Guadalupe Segovia Talero:* «En el presente caso, a la vista de las pruebas practicadas, y en aras del interés del menor, esta Sala coincide con la valoración efectuada por el Juez de instancia. Aun siendo cons-

cientes de los beneficios que podría tener para la madre una mayor vinculación con su hijo, de cara a la recuperación de su problema de alcoholismo, la protección del interés del menor ha de primar frente al legítimo derecho de la madre, de manera que habida cuenta de lo inestable de la situación personal de ésta, con sucesivas recaídas en su adicción, y las consecuencias perjudiciales que para el menor pudiera tener la convivencia en tal situación, es conveniente mantener las medidas adoptadas en la sentencia apelada,»

**AP de Las Palmas, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 28 de octubre de 2005.** *Ponente: Ilmo Sr. don Víctor Caba Villarejo:* «Ahora bien, en las actuales circunstancias, presentando la titular del régimen de visitas una enquistada toxicomanía y a la vista de los antecedentes del caso, de ausencia y abandono siquiera transitorio de la menor, el desarreglo vital que su adicción conlleva puede colisionar con el interés de la hija menor cuya salud física y emocional se ha de intentar a toda costa preservar. Es por ello que consideramos necesario limitar, aún más y por ahora, el régimen de visitas fijado en la sentencia apelada estableciendo mecanismos de control,»

**AP de Madrid, Sec. 24.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de septiembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González:* «Procede, igualmente, del estudio de las actuaciones, desestimar el motivo relativo al régimen de visitas y vacaciones; al considerarse igualmente acertado el señalado por la Juzgadora de instancia y con los controles que se indican en la casa de la abuela materna, sin pernocta y sin la presencia del compañero sentimental de la madre de la menor, y con la posibilidad de suspensión de las mismas si ello no se respeta o cumple.»

### VIII.3. Falta de infraestructura necesaria para la pernocta

**AP de Barcelona, Sec. 12.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de septiembre de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Ana Jesús Fernández San Miguel:* «Pues bien, habida cuenta que el propio demandado expone en su escrito de contestación (fechado a 8 de julio de 2004), que la relación paterno-filial no existe desde agosto de 2003, admitiendo asimismo en dicho escrito de contestación, y en el de impugnación de la Sentencia, que vive en una habitación alquilada que no es adecuada para permitir la pernocta del menor con su padre, sin perjuicio de ulterior procedimiento en el caso de cambio en las circunstancias, y atendida la edad del menor, entendemos procedente la fijación de un régimen de visitas de fines de semana alternos, sin pernocta, pero ampliándolo a sábados y domingos, ambos días, de 11 a 19 horas, ...»

**AP de Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Sentencia de 10 de junio de 1999.** *Ponente: Ilma. Sr. doña Ana M.<sup>a</sup> García Esquius:* «El motivo de apelación que invoca la madre radica en que la sentencia no ha tenido en consideración que el padre vive actualmente en el local peluquería, lo que impide que cuando los niños se encuentren en compañía de éste cumpliéndose el régimen de visitas fijado, puedan pernoctar en el mismo local. Es por ello que interesa se mantenga el mismo régimen de visitas pero que, dada la proximidad de ambos, los menores acudan a dormir al domicilio familiar los fines de semana que se encuentren con el padre. La solicitud parece razonable atendiendo a las circunstancias actuales, por lo que procede modificar este pronunciamiento de la sentencia de instancia, sin perjuicio de que en el momento en que el padre pueda disponer una vivienda pueda normalizarse el régimen de visitas.»

**AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de septiembre de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés:* «Sentada la doctrina anterior hay que considerar que el régimen de visitas fijado en

la sentencia de instancia que excluye de momento la pernocta es adecuado a Derecho, ya que no consta que el demandado disponga de un alojamiento con condiciones idóneas para el descendiente, así en la contestación a la demanda se manifiesta (alegación cuarta y undécima) que ha dormido en pensiones y que incluso ha pernoctado en la calle,...

#### VIII.4. Por su condición de lactante

**AP de Huelva, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de julio de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Valle Elena Gómez Herrera:* «El obstáculo que se cita para hacer factible ese deseable resultado es que la niña continúa con lactancia materna. Y apareciendo acreditado, por el documento aportado y por ser creíble en este punto el interrogatorio de la madre, sí consideramos que dos años pueden ser suficientes para completar ese período de alimentación mixta, que puede ser perturbada con las pernoctas, y dada la notoria importancia y superior beneficio para el menor que ese tipo de alimentación tiene sobre otras.»

**AP de Valencia Sec. 10.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de febrero de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina:* «En el caso que hoy se somete a la decisión del Tribunal, el régimen de visitas establecido por la sentencia impugnada es el más adecuado a las circunstancias del caso, habida cuenta de la corta edad del hijo pequeño y su condición de lactante; no puede accederse a la modificación del sistema pretendida por el apelante,...

#### VIII.5. Por violencia doméstica o contra el menor

**AP de Ciudad Real, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 10 de abril de 2003.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Soledad Serrano Navarro:* «... la existencia de preocupantes antecedentes de conducta del Sr. Ignacio, entre los que obran malos tratos ejercidos contra su ex compañera sentimental y el hermano mayor del menor, acreditados documental y reconocidos por aquél. Por otra parte, se encuentra sometido a un tratamiento de metadona desde el mes de abril de 1999, para superar su adicción a las sustancias tóxicas, que según certifica el equipo de Atención a Drogodependientes de la Cruz Roja española, va cumpliendo y evolucionando favorablemente, (folio 91), sin que a esta Sala le parezca el momento más adecuado para ampliar el régimen de visitas dispuesto en la resolución recurrida, ni conviene de momento que el menor pernocte con su padre, ni exponer al mismo a riesgos innecesario.»

**AP de Madrid, Sec. 24.<sup>a</sup>, Sentencia de 26 de octubre de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández:* «Dicho ello, vista la normativa aplicable al caso, y en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos, a la luz de la prueba practicada, y principalmente de los partes médicos de urgencias obrantes a los folios 35 a 38 y 64 de las actuaciones, así como a las fotografías, suficientemente ilustrativas a este respecto, documentos todos ellos a los que nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducidos, se considera acorde al ordenamiento jurídico la resolución recurrida, que, sin suspender el régimen de visitas entre el recurrente y Clara, hija común de los litigantes, de muy corta edad, como nacida a 16 de febrero de 2003, sí impone fuertes restricciones al sistema de contactos...»

**AP de Madrid, Sec. 24.<sup>a</sup>, Sentencia de 3 de noviembre de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández:* «... existe una tensa y complicada relación entre ambos progenitores,

habiéndose dictado orden de alejamiento, luego prorrogada por período de un año, razones que justifican el sistema de contactos paulatino y progresivo, a través de los llamados puntos de encuentro, y con previsiones de ampliación cuando la menor alcance la edad de tres años, así como, incluso, de ampliaciones, en función de cómo evolucione la relación paterno-filial.»

**AP de Málaga, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 8 de marzo de 2005.** *Ponente: Ilmo Sr. don Alejandro Martín Delgado:* «Los antecedentes que obran en el proceso, que incluyen una medida penal de alejamiento del apelante respecto de su esposa, y la condena de aquél como autor criminalmente responsable de un delito de malos tratos familiares y de una falta de coacciones, con imposición de penas de prisión y prohibición de acercarse y comunicarse con su esposa, han sido valorados por el Juzgador de Primera Instancia, llegando a la conclusión reflejada en la sentencia apelada; conclusión que ha de ser calificada como razonable y adecuada a las circunstancias del caso; sin que las alegaciones de la parte apelante sirvan para desvirtuar el pronunciamiento impugnado.»

### VIII.6. Por enfermedades o problemas del menor

**AP de Asturias, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 9 de noviembre 2005.** *Ponente: Ilmo Sr. don Ramón Avelló Zapatero:* «En el presente caso se trata de una hija menor que en las fechas de sustanciación del proceso en primera instancia tenía poco más de un año de edad y actualmente tiene dos años y tres meses. La corta edad de la menor, los trastornos gastrointestinales y de comportamiento que padece, posiblemente propiciados por la situación de encono existente entre los padres, la notoria conveniencia de que los niños de tan corta edad observen hábitos regulares de alimentación, sueño y régimen de vida, excluyendo en lo posible cambios en estos aspectos, así como el informe emitido por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado que se inclina por la supresión de la pernocta en tanto la niña no cumpla tres años,...»

### VIII.7. Por razón de la corta edad

**AP de Asturias, Sec. 7.<sup>a</sup>, Sentencia de 28 de mayo de 2004.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Berta Álvarez Llana:* «La menor ha nacido el 12 de junio de 2002. Dada la corta edad de la misma y las necesidades propias de un menor de dicha edad, aconsejan por ahora excluir el régimen de pernocta careciendo de sentido fijar un régimen que tenga en cuenta las vacaciones escolares con pernocta.»

**AP de Baleares, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 8 de mayo de 2003.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Gómez Martínez:* «En el caso de autos el interés del menor aconseja modificar el régimen de visitas acordado en primera instancia y acceder a la petición de la recurrente de que en los fines de semana que deba pasar con su padre el niño pernocte con la madre, y ello por las siguientes razones:

a) La edad del hijo de los litigantes, José Miguel, que en la actualidad sólo tiene dos años y cuatro meses, edad en la que los niños todavía requieren atenciones que implican una singular dedicación, especialmente en horas nocturnas, lo que es reconocido por el padre al solicitar un régimen de visitas que permita al menor pernoctar en el domicilio materno hasta que alcance los cinco años. b) En su demanda el padre no solicitó un régimen de visitas que incluyese las noches y la voluntad del progenitor de hacerse cargo del menor durante estas horas es determinante para que la convivencia tenga efectos positivos en un niño, no resultando útil una solución impuesta, especialmente cuando

la madre está dispuesta a hacerse cargo del niño en horas nocturnas de los fines de semanas en que el menor deba permanecer con su padre.»

**AP de Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Sentencia de 12 de junio de 1998.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors:* «La única cuestión sometida a examen en esta alzada por parte de la apelante es la relativa al régimen de visitas fijado en favor del padre, que lo estima excesivamente amplio atendida a la edad de la niña. Al respecto es de señalar que este Tribunal, en consideración a la “tierna” edad de la menor, que en la actualidad sólo tiene 25 meses de existencia, estima perfectamente atendible la petición de que se fije un régimen más limitado que el señalado por la juez *a quo* en la sentencia impugnada, concretándose éste, acorde con lo solicitado por la madre, en fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo y mitad de los períodos vacacionales; dicho régimen de comunicación se mantendrá subsistente mientras la niña no alcance los 4 años de edad,...»

**AP de Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Sentencia de 17 de noviembre de 1998.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors:* «... en consideración a la «tierna» edad del menor, que en la actualidad sólo tiene 15 meses, estima perfectamente adecuado, en interés del propio hijo, que, obviamente, es el más necesitado de protección, mantener un régimen de comunicación y contacto padre-hijo limitado en función de la edad del menor, el cual se irá desarrollando de forma progresiva y armoniosa, como indica certeramente la juzgadora de instancia, recomendando ya desde ahora y para siempre a los progenitores y a sus respectivas familias la máxima colaboración y concordia para que se pueda llevar a término el régimen que se fija sin contratiempo ni conflicto alguno, por ser ello lo más beneficioso para el menor,...»

**AP de Barcelona, Sec. 12.<sup>a</sup>, Sentencia de 6 de abril de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo:* «Este Tribunal considera plenamente acertado el régimen de visitas paterno-filial fijado en la sentencia de Instancia, pues la hija de las partes, nacida el día 24 de noviembre de 2003, por tanto de pocos meses de edad, debe ir iniciándose en el conocimiento de su padre con un sistema de encuentros frecuente de manera que se favorezca y consolide la relación entre ellos, atendiendo no sólo a la corta edad de la menor, sino también al horario ordenado que debe seguir en los primeros años de su vida.»

**AP de Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de diciembre de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors:* «... toda vez que, como ha proclamado en reiteradas ocasiones y a diferencia de lo argumentado por el apelante –cuyas sentencias invocadas en el acto de la vista del recurso no avalan precisamente su tesis– debe establecerse un punto de partida para pasar de un régimen sin pernocta a uno con ella, que esta Sala, al igual que la mayoría de los órganos jurisdiccionales, salvo acuerdo en otro sentido de los propios progenitores, ha fijado en la edad de 3 años (*ad exemplum*, sentencias, Sección 18.<sup>a</sup>, AP de Barcelona, de sentencias de 17 de noviembre de 1998, 16 de marzo, 19 de abril, 10 de mayo y 25 de octubre de 1999, 21 de febrero de 2000 y 17 de abril y 27 de septiembre de 2001, etc.), considerándose conveniente y adecuado, por ende, que hasta que se cumpla tal edad se desarrolle el régimen de visitas del progenitor no custodio con su hijo/a mediante contactos breves, armoniosos y progresivos,...»

**AP de Cáceres, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 12 de marzo de 2003.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Jacinto Riera Mateos:* «Pero también es verdad que el menor, en el actual procedimiento, está en una edad que requiere cariño, atención y seguridad emocional y por ello es necesario evitarle cambios bruscos e introducirle en nuevas situaciones que podrían desconcertarle, impresionarle y repercutir por ello

en su psicología y emocionalidad. De ahí que no se pueda aceptar el régimen de visitas propuesto por la parte apelante, ya que no conviene que un niño hasta que alcance una edad superior, duerma fuera de su casa, de su entorno y de su ambiente, puesto que no podemos olvidar la dependencia (lógica y natural) que tiene respecto a su madre, persona con quien convive y que es su más importante punto de referencia vital, afectivo y cercano. Esta Sala en sentencias de 25 de junio de 2001 y 24 de septiembre de 2002, ha venido a establecer que hasta los 5 años los niños no deben pernoctar con el progenitor con el que no convivan, normalizándose el régimen de visitas a partir de los 6 años. Por ello ha de mantenerse el régimen de visitas acordado en la Sentencia de instancia, sobre el que la madre ha mostrado su conformidad, no recurriendo la sentencia.»

**AP de Cáceres, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 16 de junio de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Francisco Bote Saavedra:* «Pues bien, ante la falta de informe del Equipo Psicosocial, la Sala considera más adecuado a los intereses del menor el siguiente régimen de visitas: Hasta que el menor cumpla la edad de cinco años, el padre podrá visitarlo y tenerlo en su compañía los sábados y domingos alternos desde las 10 horas hasta las 13 horas, debiendo recogerlo y reintegrarlo en el domicilio materno.»

**AP de Cáceres, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 24 de septiembre de 2002.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Vicente Cano-Maíllo Rey:* «La menor está en una edad que requiere cariño, atención y seguridad emocional; es necesario evitarla cambios bruscos e introducirla en nuevas situaciones que podrían desconcertarla, impresionarla, y repercutir por ello en su psicología y emocionalidad. De ahí que no podamos aceptar el régimen de visitas establecido en la resolución del Juzgado, atendiendo a lo dicho y a que no conviene que una niña de esa edad viaje a tan larga distancia y duerma fuera de su casa, de su entorno y de su ambiente, sin olvidar la dependencia (lógica y natural) que tiene respecto a su madre, persona con quien convive y que es su más importante punto de referencia vital, afectivo y cercano. De acuerdo a lo que precede, el régimen de visitas que se fija a favor del padre es el siguiente: Hasta los cinco años de edad el padre podrá tener a su hija en su compañía los fines de semana alternos, el sábado por la tarde de cinco a nueve, y el domingo por la mañana de diez a dos...»

**AP de Cáceres, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 25 de junio de 2001.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Jacinto Riera Mateos:* «... comunicación del padre con su hijo, que con apenas dos años, aún no se encuentra preparado para pernoctar fuera del domicilio materno y de ahí que haya considerado la Juzgadora de Instancia adecuado el régimen de visitas establecido en la resolución apelada.»

**AP de Guipúzcoa, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 26 de octubre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Íñigo Francisco Suárez Odriozola:* La Sala considera que la edad de tres años es un momento adecuado para el inicio del régimen de pernocta. Es común en la práctica judicial la admisión de tal edad por regla general para el inicio de la fase de pernocta con el progenitor no custodio. La explicación se basa en que, por regla general, hasta los 3 años todavía carecen los niños de seguridad, por lo que las noches se traducen en un salto cualitativo respecto al resto de la jornada siendo un momento en el que el alejamiento del entorno habitual puede crear desazón en el menor.

**AP de Las Palmas, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 20 de diciembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Ricardo Moyano García:* «No se trata pues de que el padre no haya demostrado su habilidad para cuidar en horas nocturnas a su hijo, sino que, al concederse la custodia –con su beneplácito– a la madre, la pernocta en dos domicilios de un menor de tan corta edad, únicamente dos años, es por regla general desaconsejable, pues en esa edad los hijos precisan una mayor rutina de horarios, un menor trasiego domiciliario, y en definitiva una más corta duración del régimen de visitas con el cónyuge no custodio.»

De ahí que se impone como *Standard* jurídico el llamado régimen progresivo, que concede la pernocta a partir de los tres años de edad del menor, y no antes.»

**AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 26 de abril de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Rosalía Mercedes Fernández Ayala:* «En este sentido, la fijación del régimen de visitas que de modo progresivo se realiza en la sentencia recurrida, atendida esencialmente la edad del menor, se muestra acertado a juicio de esta Sala.»

**AP de Las Palmas, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de julio de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Enma Gacarán Solsona:* «... y dada la corta edad del menor, no será con pernocta hasta el 19 de septiembre de 2005, fecha en la que el mismo cumplirá cuatro años de edad, manteniéndose, hasta entonces, el régimen durante todo el año, sin distinción de períodos vacacionales, fijándose, una vez cumplida dicha edad, un régimen ordinario de visitas, tal y como se refleja en el fallo de la resolución de instancia.»

**AP de Lleida, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don José María Pociño Moga:* En el presente concurre una circunstancia excepcional, derivada de la edad del menor en el momento en que se adoptaron las medidas relativas a la visitas, y ello porque de referirse a un bebé de meses, estamos ahora ante un menor de un año y dos meses, lo que supone la necesidad de prever una régimen especial en relación a las atenciones y necesidades que requiere tal edad, así como la especial dificultad de pernocta que suponen para el hijo los cambios. En cuanto a las vacaciones, y dada la edad del niño, no cabe prever un régimen, y sólo podrá arbitrarse un acuerdo entre los cónyuges al respecto relativo al período de sus propias vacaciones laborales, y en todo caso se aplicará cuando el niño se halle escolarizado y por ello tenga períodos de vacaciones escolares, el período de estancia con el padre por mitades, según se acuerda en el segundo régimen de visitas a seguir.

**AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Cristina Pla Navarro:* «... y en ese sentido considera conveniente en beneficio de la menor que se establezca un régimen progresivo que se concrete inicialmente y hasta que la niña cumpla tres años en visitas cortas y frecuentes, recomendándose la estructuración de unas estancias progresivas y sin pernocta, de tal modo que los encuentros entre padre e hija vayan aumentando y una vez que la menor cumpla los tres años se sustituya por un régimen de estancias y visitas ordinario intersemanal y de vacaciones.»

**AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de abril de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Álvaro Castaño Penalva:* «Lo idóneo para estos niños de tan corta edad son contactos cotidianos y breves con el progenitor no custodio, de ahí que hasta los tres años esta Sala suele inclinarse por encuentros diarios de unas 2 horas, adaptándolos a cada caso, pero siempre sin pernocta.» En consecuencia, como se razona en la sentencia de instancia, no es factible, a tan corta edad, conceder un régimen de visitas con pernocta, que de suyo implica una perturbación desproporcionada de los tan esenciales hábitos diarios de los niños, y mucho menos que se extienda a los períodos vacacionales, lo que constituiría una convulsión en el equilibrio psicológico y emocional de aquéllos, al modificarse bruscamente no sólo su rutina, sino lo que es más grave, sus entornos físico, social y familiar.»

**AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2003.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Alvaro Castaño Penalva:* «No obstante lo anterior, no puede aceptarse la pretensión de que aquella conviva todo el fin de semana alterno con su padre, porque ello sí le es perjudicial. La razón para su rechazo no es, como se alega, que el padre no preste a la menor los cuidados necesarios durante sus encuentros, sino que el abandono durante tan prolongado período de tiempo por la niña de lo que es su entorno

habitual, con el consiguiente cambio de sus costumbres y seguridades, es claramente nocivo para su correcto equilibrio y, por tanto, contrario a su interés, que siempre debe prevalecer. Lo idóneo para estos niños de tan corta edad son contactos cotidianos y breves con el progenitor no custodio, de ahí que hasta los tres años esta Sala suele inclinarse por encuentros diarios de unas 2 horas, adaptándolos a cada caso, pero siempre sin pernocta.»

**AP de Murcia, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 26 de julio de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Francisca Isabel Fernández Zapata:* «... la conveniencia de que el niño por su escasa edad no sea sometido a desplazamientos de tanta distancia en coche en un mismo día por los peligros e incomodidades que ello lleva aparejado, a la par de que no cuenta precisamente con la edad adecuada desde el punto de vista psicológico para pernoctar fuera de su domicilio, este Tribunal considera más acorde, primando la calidad de los encuentros, el siguiente régimen de visitas a favor del progenitor no custodio: 1. Hasta que cumpla los tres años de edad...»

**AP de Palencia, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de noviembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Mauricio Bugidos San José:* «La petición de que la pernocta con el padre comience a partir de la edad de 5 años, se acoge parcialmente, y así se establece que tal pernocta comience a los 4 años de edad. Esta Sala no pone en duda las habilidades de don Miguel, ni de la abuela con la que él convive, para dar una asistencia digna al menor, más han de tenerse en cuenta otras circunstancias, cuales son la edad del niño, el hecho de que como se reconoce en la sentencia de instancia lleve un tiempo sin contacto con su padre, y así también los trastornos que a un niño de su edad le puede originar el trasiego de casas para pernoctar, que aconseja aumentar el período de tiempo sin pernocta hasta la referida edad.»

**AP de Pontevedra, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de abril de 2002.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Berengua Mosquera:* «Por lo expuesto, se entiende que hasta la edad de tres años y según la evolución del niño, el régimen de visitas debe limitarse, y por consiguiente, se excluye la pernocta del niño fuera del domicilio materno, y por tanto deben limitarse las visitas del padre hasta las veinte horas, tanto los fines de semana como con ocasión de los períodos vacacionales, todo ello con un criterio flexible y responsable por los progenitores, que deben consultar al especialista para un plan progresivo de convivencia que no perjudique el desarrollo del niño.»

**AP de Salamanca, Sentencia de 30 de abril de 2002.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Ildefonso García del Pozo:* «... régimen que ciertamente ha de reputarse excesivo, teniendo en cuenta la edad actual del referido hijo, de tan sólo dos años en el momento presente. Por lo que en consideración a tal edad, que no parece aconsejar que dicho menor pernocte fuera del domicilio habitual en compañía de la madre y a efectos de lograr la mayor relación posible con el padre y sin desconocer las exigencias de trabajo de uno y otro cónyuge, se fija como régimen de visitas a favor del padre el siguiente: podrá visitar y tener consigo al hijo común los lunes y viernes desde las dieciséis hasta las veintiuna horas, y todos los sábados desde las diez de la mañana hasta las nueve de la noche hasta que cumpla los cinco años de edad.»

**AP de Salamanca, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 21 de enero de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Pérez Serna:* Dentro de esta general conceptualización ha de encuadrarse el criterio habitual seguido por esta Sala, relativo a la no pernocta del menor, en los primeros meses y años de la vida del mismo, fuera de su hogar familiar; en tal etapa, deberá cuidarse el mantenimiento del lugar para estabilidad del niño, pues sus hábitos de comida y sueño así lo requieren. Pero ello debidamente compatibilizado con una

serie frecuente de visitas del progenitor no custodio cara a promover el desarrollo equilibrado del menor.

**AP de Sevilla, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de junio de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Palacios Martínez:* «... ya que fue precisamente la corta edad de este último lo que propició el régimen establecido en el convenio regulador, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial, con referencia a los encuentros entre el progenitor no custodio y los hijos menores de cuatro años, que considera perjudicial para los mismos el abandono durante todo el fin de semana de lo que es su entorno habitual, con el consiguiente cambio de costumbres y seguridades, y por tanto, contrario a su interés que siempre debe prevalecer.»

**AP de Sevilla, Sec. 5.<sup>a</sup>, Sentencia de 9 de noviembre de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Márquez Romero:* «... la corta edad de la menor justifica la restricción impuesta de que no pueda pernoctar en el domicilio del padre hasta que no alcance los dos años de edad y que, hasta ese momento, tampoco pueda éste disfrutar de su compañía durante los períodos de vacaciones escolares, pero, sin embargo, extender ese régimen, más allá del límite temporal de los dos años, no encuentra justificación suficiente...»

**AP de Tenerife, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 28 de junio de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Eugenio Santiago Dobarro Ramos:* «El régimen de visitas se establece en función de la edad del niño, con unas pautas que marcan los mínimos –fines de semana alternos, sin pernocta hasta los tres años–, lo que no es obstáculo a que unos padres responsabilizados en interés del hijo, establezcan de hecho una fluidez de comunicación entre semana respecto del padre e hijo, con entera libertad y adaptada a las circunstancias concretas de cada caso.»

**AP de Zaragoza, Sec. 5.<sup>a</sup>, Sentencia de 12 de abril de 2006.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Antonio Pérez García:* «Primero.– Respecto de la primera cuestión establece la Sentencia un régimen de visitas gradual: en el tiempo vigente, por determinadas horas los sábados y domingos, pero sin pasar la noche con el padre; a partir del 1.º de octubre próximo, desde el sábado al domingo, con la noche incluida; y a partir del 15 de enero de 2007, desde el viernes al domingo, y también las dos noches, pretendiéndose en el recurso que se autorice desde este momento a pasar las noches con su hija. Habida cuenta de la edad de la niña, nacida el día 27 de noviembre de 2003, en la actualidad pues de dos años y cinco meses, parece oportuno mantener el régimen de visitas que se ha señalado y quedar así por las noches bajo la custodia de la madre, sin obligar a la niña a cambiar de ambiente, que podría serle claramente perjudicial en algunos aspectos.»

## **IX. SENTENCIAS CONTRARIAS AL CRITERIO DE LA CORTA EDAD Y A FAVOR DE LA PERNOCTA DE LOS NIÑOS DE CORTA EDAD CON EL NO CUSTODIO**

**AP de A Coruña, Secc. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 3 de abril de 2006.** *Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg:* En primer lugar, el actor es una persona que no ofrece ningún perfil inadecuado para relacionarse con su hija, lejos de ello presenta una personalidad con estabilidad emocional y alto grado de adaptación social, familiar y social, señalando el psicólogo Sr. Víctor Manuel, que es una persona estable y perfectamente equilibrada. Los psicólogos informantes se han manifestado unánimes en cuanto al beneficio que supone para la niña la relación con su padre. (...) refiere que la niña presenta

una estabilidad emocional adecuada, sin desequilibrio de clase alguna, con una relación muy positiva con el padre, a la que ya hacía referencia, en su informe de 29 de septiembre de 2004, cuando indicaba que la interacción de Guadalupe el actor es muy positiva: «contacto ocular, mirada, sonrisa, gestos, acercamiento, afecto, posturas y movimientos, con búsqueda intensa de interacción con él demostrando una conducta de apego elevada».

El problema radica en el régimen de estancia de la niña con el padre con derecho de pernoctar las discrepancias existentes al respecto entre los psicólogos de ambas partes. Así el Sr. Víctor Manuel no ve inconveniente alguno e incluso lo aconseja. La Sra. Teresa lo considera prematuro y los pospone al tiempo que la menor cuente con tres años de edad. Las buenas relaciones existentes entre padre e hija, y el hecho sociológico de que debido al trabajo de los progenitores los hijos están normalmente cuidados por terceros o uno solo de los progenitores, sin que ello suponga mayores traumas, conlleva a que no veamos inconveniente alguno en que se inicie dicho régimen que la sentencia apelada fija en los dos años, edad con la que actualmente cuenta Guadalupe. Ahora bien, en relación con el régimen de vacaciones de verano, dada la corta edad de la niña, no consideramos prudente, en esta primera fase de normalización del régimen de comunicación, sustraer a la menor por más de quince días de la vivienda que constituye su puntal vital de referencia y del contacto con sus dos progenitores...»

**AP de Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 1 de junio de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don José García Bleda:* En orden al régimen de visitas y vacaciones se estima adecuado mantener el establecido actualmente en la resolución recurrida si bien en orden a favorecer un mayor contacto de la menor con el padre se amplía el régimen de visitas de los miércoles hasta las 20 horas y una vez que la niña cumpla 3 años y medio el régimen de fin de semana se iniciará el viernes a la salida del colegio o, en su caso, si no hubiere colegio por la tarde a las 17 horas hasta el domingo a las 20 horas.

**AP de Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2003.** *Ponente: Ilmo. Sr. don José García Bleda:* En orden al régimen de visitas, actualmente la hija Rosario, nacida el 11 de junio de 2000, cumplirá 3 años próximamente, señalándose a partir de dicha fecha régimen de visitas para que pueda pasar los fines de semana alternos con su padre sin necesidad de regresar por la noche a pernoctar en el domicilio materno, mientras que respecto al segundo de los hijos, Benedicto, nacido el 12 de noviembre de 2001, (actualmente cuenta año y medio) se establecía una visita de 2 horas al día durante tres días a la semana en el domicilio de la madre hasta la edad de 1 año y a partir de entonces un régimen similar al de la hermana, lo que, en la práctica, habría de suponer, con la dificultad de que los padres residen en localidades distintas (Fuentealbilla y Casas Ibáñez) que de mantenerse el referido régimen hasta que el menor cumpla los 3 años tendría que regresar el fin de semana a dormir la noche del sábado con su madre, lo que no se establece expresamente en el caso de ninguno de los menores en vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano por lo que ha de entenderse y se contesta así a la aclaración solicitada en el acto de la vista que durante las vacaciones indicadas, el régimen de permanencia es continuo con el padre, considerando la Sala que el régimen de visitas ha de ser unitario para ambos menores una vez que Rosario cumpla los 3 años de edad, es decir, fines de semana alternos con el horario señalado en la resolución de instancia que no se modifica.

**AP de Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 2 de julio de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz:* «... mientras que el niño no podrá dormir con el padre hasta que cumpla los dos años. Como se ve, el régimen de visitas es confuso pues no marca claramente los días ni horas y, lo que es peor, establece una serie de condiciones que no se corresponden con ninguna motivación al respecto

ni con prueba objetiva practicada en los autos. Entendemos que por ser el más beneficioso para los menores, no existiendo en la causa prueba que demuestre que el padre no esté capacitado para tener en su compañía a los hijos, téngase en cuenta que el testigo que declara en el juicio era además de jefe en el trabajo del esposo, padre de la actora, el régimen de visitas del padre con los hijos debe ser establecido de manera más amplia...»

**AP de Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de julio de 2005.** *Ponente: Ilma. Sr. Doña María Nuria Zamora Pérez:* «El único argumento que esgrime la juez de instancia para denegar la pernocta con el padre, es la existencia de estudios psicológicos que aconsejan que hasta los cuatro años el niño no pase la noche fuera del entorno materno, ni del lugar al que está acostumbrado a permanecer. Consideración de la que se disiente. La fijación de un régimen de visitas no puede verificarse en base a consideraciones o estudios generales, cuya adecuación al caso concreto no queda debidamente acreditada. A lo anteriormente expuesto ha de añadirse la conveniencia tanto para el menor como para el padre de que éste se implique en el cuidado y atención del niño. Ambos han de acostumbrarse a convivir, aunque sea durante períodos reducidos de tiempo, como es el fin de semana alterno o período vacacional. De mantenerse el pronunciamiento de instancia aguardando a que el niño cumpla los tres años, nos hallaremos que cuando llegue ese momento el niño no estará acostumbrado a pasar la noche con el padre, extrañará aún más, será necesario un lento proceso de adaptación mutua que puede resultar más traumática. En estos momentos no existe razón alguna para sospechar que el padre no podrá o no sabrá atender las necesidades nocturnas que presenta el niño.»

**AP de Ávila, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña María Jesús García García:* Por todo ello, y en aras del principio de congruencia (artículo 218 de la LEC), y para una mayor simplicidad en la actual situación, en que las niñas tienen poco más de un año y medio de edad, se considera adecuado el régimen establecido en la instancia respecto a que el padre podrá visitar y tener en su compañía a sus dos hijas en fines de semana alternos desde las 12 horas del sábado a las 19,30 horas del domingo, incluida pernocta.

**AP de Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Ana Jesús Fernández San Miguel:* Partiendo de ello, no aprecia esta Sala razón alguna para que el padre no pueda disfrutar de la compañía de sus dos hijos en iguales períodos, habida cuenta que Iván tiene ya más de 4 años, y Sofía más de dos, por lo cual se dispone que el padre podrá tener consigo a sus hijos en fines de semana alternos ya desde el viernes.

**AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 20 de febrero de 2006.** *Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores Viñas Maestre:* «... debe ejercitarse en beneficio exclusivo de los niños, siendo una obviedad, que la permanencia de la menor en el domicilio paterno un fin de semana o un período vacacional completo, con inclusión de las pernoctas, reforzará el vínculo paterno-filial, más en un caso como el de autos en que no ha habido prácticamente convivencia de pareja después de nacer la niña, lo que hace necesario desde un principio facilitar la creación y mantenimiento de este vínculo.»

**AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Isabel Cámara Martínez:* Bebé que debe pernoctar ante la excesiva vinculación con la madre. «... destacando una importante vinculación de la madre con los hijos que puede repercutir en la relación paterno-filial. Desde esta perspectiva, la Sala entiende que, entra dentro del interés de los hijos el que no se haga ningún tipo de restricción o limitación en el régimen de visitas a fin de afianzar la vinculación con su progenitor, y reconducir la situación creada a la mayor normalidad posible, debiéndose pun-

tualizar que el régimen de visitas no es un derecho del progenitor que no convive habitualmente con los hijos, sino que también es una obligación suya a la vez que un derecho de los hijos, amparado por los artículos 39.3 de la Constitución y 154 del CC, pues sin duda la presencia del progenitor que no ostenta la guarda y custodia resulta necesaria para la formación integral y el pleno desarrollo de la personalidad de los hijos, lo que lleva a fijar definitivamente régimen de visitas en el sentido pretendido por el padre, pudiendo los menores pernoctar con el mismo los fines de semana alternos.»

**AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 23 de junio de 2004.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblezas Negrillo:* «En el caso de autos entendemos que no consta motivo alguno para restringir el régimen de visitas relativo al período vacacional de verano, no tanto porque la menor ya tiene tres años de edad, sino porque no existe circunstancia alguna en el actor que determine su no idoneidad para atender a la menor en el sentido acordado, por lo que en este particular el recurso debe ser desestimado.»

**AP de Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de julio de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Carreras Marañá:* Concede visitas con pernocta a los abuelos de un menor de 14 meses. «Ahora bien, no procede estimar que sea en presencia de la madre, ni que los menores pernocten la noche del viernes y sábado en su casa, pues los niños, aún siendo de corta edad, no son lactantes y perfectamente pueden pasar esos dos días del fin de semana con sus abuelos o familiares que los acompañen de forma autónoma e independiente en un establecimiento hotelero o en una casa de alquiler, o en la forma que sea más adecuada, pero sin la inexcusable presencia de la madre y sin necesidad de regresar a dormir a su casa, pues lo conveniente es una cierta continuidad y estabilidad en estos encuentros y visitas de fines de semana.»

**AP de Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano:* Niega que dicha Audiencia tenga un criterio de la corta edad (probable contradicción con las SS de 16 de junio de 2005, 12 de marzo de 2003, 24 de septiembre de 2002, 25 de junio de 2001). «Finalmente, debemos significar que esta Sección Primera de la Audiencia Provincial no mantiene –ni ha mantenido– una doctrina consolidada por virtud de la cual hasta los cinco años los hijos menores no deben pernoctar con el progenitor con el que no convivan, sino que siempre ha evaluado cada caso concreto con la finalidad última de concretar, con las máximas garantías de bienestar, el momento temporal que más beneficie al menor al efecto de acordar la pernocta con el progenitor que no ostenta su guarda y custodia.»

**AP de Cuenca, Sentencia de 10 de junio de 2003.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Luis López Calderón Barreda:* «... y teniendo en consideración que el hijo común, César, nacido el día 9 de marzo de 2001, ha pasado con creces el período de lactancia, contando en el momento actual con dos años y tres meses de edad, no existiendo por consiguiente inconvenientes para su adecuado régimen alimenticio y cuidados por pernocta fuera del domicilio materno; esta Sala entiende como más prudencial ... ampliar a favor del padre el régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia, a fines de semana alternos, con pernocta del menor,...»

**AP de Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2002.** *Ponente: Ilmo. Sr. don José María Torres Fernández de Sevilla:* No existe ningún obstáculo para que el menor de tres años pueda pernoctar con el padre. «Debemos suponer, pues nada en contra se dice ni en la sentencia recurrida ni en la oposición al recurso, que no concurre ninguna razón, distinta a la especificada sobre la edad del niño, que desaconseje la comunicación de éste con su padre.»

... Inferir que el padre no sabrá o no podrá atender correctamente, en todos los órdenes a su hijo si pernoctara en su domicilio, presunción que subyace en la sentencia, es hacer una conjetura tan infundada como contraria al principio de igualdad, y lo que es más grave, supone entorpecer la fluidez en la relación padre-hijo tan necesaria en los iniciales momentos de desarrollo del menor»..

**AP de Granada, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 16 de mayo de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez:* Aún con una enfermedad crónica del niño que el Tribunal considera como leve. «Como en el caso de autos no se ven elementos suficientes para impedir el cumplimiento por el padre de tal deber, relativizando y devaluando el derecho del hijo a relacionarse con su padre, la decisión judicial debe ser confirmada, sin que a ello afecte la enfermedad crónica del menor, pues amén de que la misma se ha diagnosticado como leve (folio 104), su carácter crónico y específica naturaleza sólo supone mantener una profilaxis durante algunos meses de primavera y otoño y tratamiento en las crisis que puedan presentarse (folio 18), control que no presenta dificultades insalvables para que pueda hacerlo el padre.»

**AP de Guadalajara, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 11 de septiembre de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña María Ángeles Martínez Domínguez:* Desacredita el criterio de la corta edad y las razones que se esgrimen para no conceder la pernocta. «... de modo que no resultan atendibles los alegatos esgrimidos para conseguir la restricción del régimen de visitas, como tampoco puede serlo el atinente a la corta edad de la hija, pues con independencia de que existan opiniones que avalen la no conveniencia de la pernocta con el progenitor no custodio tratándose de menores de cuatro años, a tal criterio hay que oponer que el contacto y estancia de un niño de corta edad con el padre, es, a priori, una medida conveniente para el desarrollo del menor como medio de lograr que desde un principio se instaure una situación normalizada entre ambos, lo que evitará los cambios bruscos que implicaría introducir una pernocta transcurrido un tiempo prolongado de estancias solamente diurnas, no pudiendo desconocer además que la exclusión de dicha pernocta también incidirá en el régimen de visitas a establecer durante los períodos vacacionales, el cual se vería dificultado, cuando no impedido en su efectividad, si no se permitiera a la menor pernoctar con su padre; máxime cuando no se ha acreditado que exista causa alguna que implique que ello pueda perjudicar a la niña, o que su progenitor no esté capacitado para cuidar y velar por ella.»

**AP de Huelva, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de julio de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Valle Elena Gómez Herrera:* «Este Tribunal es partidario de favorecer el más amplio contacto entre padre no custodio e hijos menores, tal como por otra parte parece ser el espíritu de las últimas reformas legislativas en esta materia; hemos dicho en ocasiones parejas que la menor edad de los hijos no es inconveniente para que sus padres se hagan cargo de sus cuidados durante la noche o por días completos, pues en estos tiempos ya se ha superado la diferenciación de roles en el seno de las familias, y la sensibilidad de padres e hijos (ciertamente a partir de un año los niños pueden sentir la presencia y el contacto con su progenitor) permite que se atribuya a aquéllos mayor participación en su cuidado».

**AP de Las Palmas, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 23 de noviembre de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier José Morales Mirat:* «... la razón de solicitar un régimen de visitas sin pernocta lo fue en atención a la corta edad de los menores (folio 4) y no, como se pretende hacer ver en la presente apelación, por razones basadas en una supuesta drogadicción del padre, drogadicción esta sobre la que no existe, salvo la declaración de parte, prueba alguna no ya sólo de la existencia de la misma sino sobre el hecho de que existir drogadicción la misma incapacite al progenitor para ejercer su derecho de vistas, (...). Por lo que, y no habiéndose acreditado que existan razones que desaconsejen el establecimiento de un régimen de visitas restringido, la sentencia de instancia debe ser confirmada.»

**AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 20 de enero de 2006.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández:* «Y en cuanto la común descendiente ha superado ya los dos años de edad, y del contexto de lo actuado no se aprecian circunstancias que impongan, o aconsejen, mantener las restricciones recogidas en la resolución impugnada, han de acogerse, en la forma que se dirá, las pretensiones deducidas por el Sr. Alejandro y el Ministerio Fiscal.»

**AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 15 de noviembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* En el caso que nos ocupa no existe motivo alguno para acceder a la pretensión planteada, por cuanto que ha quedado acreditada la existencia de la suficiente infraestructura material, afectante al padre, necesaria para el adecuado cuidado y el alojamiento de dicho menor, en los períodos de comunicación entre este último y aquél, y todo ello de conformidad con las pruebas practicadas, y en especial, con el dictamen contenido en el informe pericial, sin que, por otra parte, se haya justificado la imposibilidad personal y familiar del progenitor no custodio para atender y cuidar a dicha hijo en los períodos en los que se ha otorgado el régimen de visitas, y teniendo en cuenta que dicho hijo ya ha cumplido un año de edad, todo lo cual determina la desestimación del recurso en este apartado.

**AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 19 de mayo de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés:* «... dada la edad actual de la menor, que nació el 13 de agosto de 2004, debiendo puntualizarse además que en esta materia, igual que en todas las medidas complementarias referentes a hijos menores, el principio dispositivo está atenuado, ya que hay connotaciones de orden público, pues se trata de proteger el interés preferente de los menores.(...). La menor necesita para su formación integral una presencia sólida de la figura paterna, por lo que no existiendo constancia de inconveniente alguno la pretensión de la parte apelante supresora de las noches en la extensión del régimen a partir del primer año tampoco puede tener favorable acogida.»

**AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 28 de octubre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* Así las cosas, no existe motivo alguno en este caso, por ello, para establecer, ni tan siquiera inicialmente, la restricción en el régimen de visitas que supone la supresión de la pernocta, dado que, mientras subsista esta situación familiar afectante al progenitor no custodio, es claro que este último cuenta con la ayuda familiar antes indicadas en orden a la colaboración de su familia en el cuidado y atención de los menores en los fines de semanas, incluida la pernocta, y en las vacaciones.

**AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 octubre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* Ataca el criterio de la corta edad. «... por ello, no puede servir como criterio válido para restringir el derecho de visitas, y por ende, para eliminar la pernocta, el dato objetivo relativo a la edad de los hijos si no se justifica la imposibilidad personal, familiar y material del progenitor no custodio para estar y cuidar de una hija menor, aunque no haya cumplido tres o más años de edad, pues, por contra, es necesario el análisis de cada caso concreto, huyendo de la generalidad a la que se refiere la recurrente, de manera que si se cuenta con medios y habilidad suficiente para el cuidado de dicha hija durante el día y durante las tardes asignadas, acreditada la infraestructura familiar y material suficiente en el progenitor no custodio, no es posible restringir injustificadamente el derecho.»

**AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Auto de 23 de abril de 2002.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* «Por otra parte, conviene recordar que la corta edad de los hijos, por sí y de modo automático, no determina la restricción del régimen de visitas para con el progenitor no custodio, a menos que se justifique convenientemente por quien pretende tal limitación que el sistema de comunicaciones que interesa quien tiene el derecho de visitas es perjudicial para el menor, en la medida que si lo que

se debate es la procedencia o no de la pernocta se demuestre que el progenitor no custodio no está facultado para atender al menor, o no cuenta con la infraestructura material que exige la atención de dicho hijo.»

**AP Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 28 de enero de 2003.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* «... teniendo en cuenta que la hija va a cumplir los dos años, como quiera que se reconoce el derecho a la pernocta entre el padre y la hija en el período de verano, no habiéndose demostrado la incapacidad de aquél para cuidar de dicha hija durante la noche, ni tampoco se ha justificado que no tenga infraestructura material suficiente, es lo cierto que no existe motivo alguno para restringir tal derecho, siendo lo procedente reconocer al padre el derecho a pernoctar con la hija durante los fines de semana. En consecuencia con lo anterior, debe rechazarse el recurso interpuesto por la actora, que pretende, sin justificación alguna, la supresión de la pernocta de la hija con el padre.»

**AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 16 de septiembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* Ataca el criterio de la corta edad, contraargumenta en el sentido de que la corta edad favorece la inclusión de la pernocta. «En efecto, no se justifica la razón por la que no es apto el padre para comunicarse con la menor a través de un régimen de visitas normalizado que incluya la pernoctas y períodos de vacaciones, y no se ha aportado prueba suficiente que fundamente la restricción inicialmente impuesta sobre las comunicaciones, pues no se reconoce al padre dichas visitas normalizadas, según la sentencia impugnada, hasta que la hija cumpla 4 años de edad. Por contra, dada la escasa edad de la menor no se puede decir que se haya producido todavía algún conflicto emocional entre aquélla y el padre, y a mayor abundamiento, este último se encuentra actualmente bien estructurado desde el punto de vista laboral y económico, vive con sus padres, quienes también colaboran y ayudan en las tareas de asistencia y atención que precisa la menor, todo lo cual permite afirmar la posibilidad actual de propiciar las comunicaciones con pernocta y en período de vacaciones.»

**AP de Madrid, Sec. 24.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de septiembre 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández:* «... y no suponiendo problema alguno la corta edad de las hijas, bien al contrario, es deseable regularizar cuanto antes la relación con el padre,...»

**AP de Murcia, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 16 de noviembre de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Álvaro Castaño Penalva:* «La prueba practicada en esta alzada, en especial el informe Psicosocial, revela que efectivamente el Sr. Eusebio padece ese trastorno orgánico de la personalidad, encontrando dificultades en el compromiso de las relaciones personales, centrándose más en sí mismo que en el otro, y también aparecen elementos de agresividad y de desconfianza, de todo lo cual se encuentra actualmente en tratamiento. No obstante lo cual, dada la implicación de los abuelos paternos en el cumplimiento del régimen de visitas, la perito sugiere que se quede como está, con tres matizaciones: que siga siendo supervisado por dichos abuelos, que la pernocta se desarrolle en el domicilio de éstos a fin de garantizar los cuidados adecuados que precisa la niña, y que las vacaciones en los períodos estivales se dividan en períodos de 15 días entre ambos progenitores, alternándose, hasta que la chica sea más mayor.»

**AP de Sevilla, Sec. 5.<sup>a</sup>, Sentencia de 3 de mayo de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Sanz Talayero:* La limitación ha de estar fundamentada. «En el presente caso, a la vista de las declaraciones efectuadas por los progenitores en el acto del juicio y de las demás pruebas obrantes en autos no se desprenden motivos razonables para que el menor, nacido el 27 de marzo de 2001, no pernocte con su padre los días en que se realice la comunicación paterno-filial. En principio debe presumirse que

ambos progenitores tienen capacidad suficiente para atender y cuidar al hijo tanto de día como de noche. Y si se cuestiona tal capacidad por parte de alguno de ellos deberán darse razones que lo fundamenten y probarse la carencia de aptitud para atender debidamente a las necesidades del menor tanto de día como de noche...» En definitiva, en unas circunstancias de normalidad de los progenitores, es decir, cuando no haya motivos de personalidad o de cualquier otra índole que alteren el orden normal de las comunicaciones o puedan suponer el temor de un riesgo, peligro o perturbación para el menor, la comunicación de ambos padres con el hijo debe ser extensa, intensa y abundante, compartiendo con él, conviviendo y participando en todos los actos y vicisitudes cotidianos, para lo que es necesario un amplio régimen de comunicación del progenitor no custodio, a fin de que participe en la educación del hijo de un modo total o global, lo que sólo puede conseguirse si la convivencia con el hijo menor se realiza sin restricciones o limitaciones que carezcan de justificación y que lo que pueden producir es que el hijo considere al padre un extraño o desconocido, alguien ajeno a su círculo más próximo e íntimo al que no tiene ningún apego, lo que en ningún caso sería bueno ni adecuado para el mejor desarrollo, educación y formación del menor.

**AP de Soria, Sentencia de 21 de octubre de 2002.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael María Carnicero Giménez de Azcarate:* «... contando por tanto en la actualidad un año y siete meses de edad, y no existe constancia en autos de que el padre tenga algún tipo de limitación que le incapacite para cambiar los pañales, alimentar a su hijo, bañarlo o cuidarlo debidamente. Ningún problema se ha acreditado que exista entre el padre y el hijo menor, que impida a aquél cuidar convenientemente a éste.»

**AP de Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2005.** *Ponente: Ilma. Sra. doña Sara Uceda Sales:* Período de transición de tres meses porque no se conocen pero no por el criterio de la corta edad. «No obstante, atendiendo a que María del Pilar, que en la actualidad cuenta únicamente con dos años, casi no conoce a su padre debido al poco contacto que ha tenido con él desde que nació, hecho reconocido por el propio demandado en el acto de juicio al narrar las pocas ocasiones en que ha estado con su hija desde que ésta nació, esta Sala considera que debe accederse a lo solicitado por los recurrentes, ahora bien, únicamente en el sentido de fijar un régimen progresivo a fin de que pueda reanudarse el vínculo paterno-filial de forma paulatina y adecuada para la menor dada la interrupción emocional existente entre padre e hija desde que esta nació hasta la actualidad. ... Dicho régimen de visitas estará vigente únicamente durante un período de tres meses, durante los cuales no operará el régimen de visitas establecido para el período vacacional de Semana Santa dada su proximidad en el tiempo. Pasados esos tres meses, el régimen de visitas será el ordinario fijado en la sentencia dictada en primera instancia y en el Auto aclaratorio dictado con posterioridad.»

**AP de Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina:* «... en el caso que hoy se somete a la decisión de la Sala, no existe ninguna circunstancia que impida al padre hacerse cargo de su hija durante la noche de los fines de semana en que le corresponda estar con ella, por lo que de acuerdo con el precepto citado, y la jurisprudencia de esta Sala tendente a reconocer a los progenitores no custodios, en circunstancias normales, contactos amplios con sus hijos, procede la estimación de su recurso en este punto.»

**AP de Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España:* «En el presente caso, no existe dato, elemento o indicio alguno en autos que permita cuestionar la capacitación del progenitor no custodio, doña Juan María, para llevar a cabo las funciones de educación y crianza de su hijo... Y ello desde los primeros meses de la vida del menor, salvo que existan obstáculos derivados de la personalidad del progenitor o de cualquier otra índole

que hiciesen desaconsejable esa amplitud y extensión de la relación paterno-filial. Es más, si la separación matrimonial se produce en los primeros meses de la vida del hijo, la convivencia intensa de éste con el progenitor no custodio, incluida la pernoctación, producirá un hábito o costumbre en el hijo que facilitará en el futuro las cosas, pues cuando el hijo alcance conciencia y juicio suficiente tendrá como algo normal y natural la estancia con el padre, y asumirá sin ningún problema que tanto el domicilio del padre como el de la madre constituyen sus hogares.»

**AP de Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 1 de abril de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Alonso-Mañero Pardal:* «... Catalina contaba escasamente con un año de edad. En el momento actual Catalina está próxima a cumplir dos años de edad y dado que no existe razón alguna en las actuaciones, sino más bien al contrario, que obligue a condicionar o limitar la relación entre padre e hija, esta Sala entiende que el régimen de comunicación visitas y estancia fijado entre don Benjamín y su hija Catalina debe ser ampliado respecto al señalado en la resolución recurrida, y en consecuencia que los fines de semana alternos en que a don Benjamín le corresponda estar con su hija el régimen se fija desde las 12 horas del sábado a las 19 horas del domingo, pernocta incluida.»

**AP de Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 3 de junio de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Ignacio Medrano Sánchez:* «Doña Carla cuestionará el régimen de visitas establecido a favor de padre invocando la progresividad que debe imperar en ese régimen y la corta edad del hijo, nacido en agosto de 2004, para en definitiva postular una reducción de esas comunicaciones, centrando la comunicación semanal en una única tarde, la del miércoles y suprimiendo la pernocta de los fines de semana en las comunicaciones a partir de los dos años. Mas la progresividad en el régimen de visitas no es argumento para justificar esa reducción, dado que de hecho la resolución de instancia ya lo contempla atendiendo a esa corta edad y estableciendo unas previsiones según tramos de edad del mismo. Lo que sería relevante es concluir si resulta conveniente para el menor un régimen de comunicación tan intenso. Y la respuesta a esta cuestión debe ser positiva a la luz de los dictámenes periciales aportados al proceso, en el que se destaca por conveniente aquel régimen, afirmándose así que son “recomendables los contactos diarios de unas cuantas horas y que, en todo caso, el progenitor sin la custodia no deje pasar más de dos días sin ver al hijo”, por lo que el recurso de la madre debe decaer.»

## X. CONCLUSIÓN

### X.1. De la normativa y del principio general de pernocta

Como expusimos al principio de este trabajo, tanto del ordenamiento jurídico aplicable al Estado Español como de la Jurisprudencia Menor de las Audiencias Provinciales, se pueden extraer los siguientes principios generales aplicables a la hora de fijar el régimen de visitas del hijo con su progenitor no custodio, a saber:

**1. La relación paterno-materno filial se configura como un derecho del menor, que re-  
donda a priori en beneficio de éste.** Es decir, la norma general es que el contacto directo y regular del menor con sus progenitores es intrínsecamente bueno para un óptimo desarrollo físico, emocional y moral del menor.

**2. Excepcionalmente, si se dieran graves circunstancias que lo aconsejen, se podrá  
limitar e incluso suspender el contacto del menor con su progenitor no custodio.**

3. El tiempo, modo y lugar de ejercicio del derecho de visitas será fijado por el juez teniendo presente las dos premisas anteriormente expuestas, fomentar el mayor contacto posible del hijo con el progenitor no custodio como norma general salvo graves circunstancias que aconsejen su limitación o suspensión, como norma especial.

Sin embargo existe una tendencia errónea por parte de un numeroso sector de la jurisprudencia, que se basa en estudios psicológicos inexistentes y teorías obsoletas para justificar la limitación del régimen de visitas del menor con el progenitor no custodio.

## X.2. De los estudios psicológicos y opinión de los expertos

De los comentarios realizados por los expertos en psicología que obran en este trabajo así como de los estudios psicológicos existentes se desprenden las siguientes conclusiones:

1. En primer lugar, existe una **opinión absolutamente mayoritaria de que el contacto del menor con sus dos progenitores es intrínsecamente bueno a su interés**. La mayor parte de ellos recomiendan la custodia compartida como el mejor marco de desarrollo para el menor, y ante la falta de este sistema de custodia, proponen que el régimen de visitas sea el más intenso posible.

2. En segundo lugar, **los expertos desaconsejan la aplicación de una norma generalizada basada simplemente en la edad para la limitación de un régimen de visitas**, antes bien, recomiendan encarecidamente **que se estudie el caso concreto**, la relación del menor con los progenitores y las características especiales y externas de cada progenitor. Por tanto, **en ningún caso puede el criterio de la corta edad servir de criterio restrictivo para limitar –sin pernocta– el régimen de visitas del menor con su progenitor no custodio**.

3. En tercer lugar, **la limitación del régimen de visitas de un menor de corta edad con su progenitor no custodio debe estar justificada en circunstancias concretas y específicas al caso concreto**, como puede ser la **ausencia de medios** materiales, físicos o emocionales del progenitor no custodio, el **escaso vínculo o contacto previo** entre menor y progenitor no custodio, para la mayoría de los autores la **lactancia materna** entre otros.

4. En cuarto lugar, **se constata un cambio sociológico importante**, tanto en cuanto a la incorporación de la mujer al trabajo (con la repercusión que ello tiene de necesidad de cuidadores externos del menor, abuelos, niñera, guardería)<sup>21</sup> como en el reparto más equitativo de las labores de crianza entre ambos progenitores (con la consecuente incorporación del padre a las labores de cuidado y atención del menor).

5. En quinto lugar, **en menores de corta edad no se recomienda que el menor se encuentre un período prolongado de tiempo sin el contacto con sus dos progenitores**, luego no se recomienda que el régimen de visitas contemple largos períodos de estancia con uno en detrimento del otro progenitor –especialmente referido a los períodos vacacionales–.

21. AP de A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 3 de abril de 2006: «el hecho sociológico de que debido al trabajo de los progenitores los hijos están normalmente cuidados por terceros...»

De los autores y expertos consultados casi la unanimidad se han manifestado **en contra de que la corta edad por sí solo sea un argumento que justifique la limitación de un régimen de visitas**. Es más, **la inmensa mayoría de los expertos aconsejan que los menores de corta edad pernocten con el progenitor no custodio** como un elemento positivo para su desarrollo. Y si esto es así, ¿Por qué da la sensación de que en los juzgados y Tribunales el criterio general es que ante la existencia de un menor de corta edad se va a producir la limitación del régimen de visitas sin pernocta? ¿Por qué la carga de la prueba corresponde al progenitor no custodio que es quien tiene que demostrar que la pernocta del menor con él no supone ningún peligro para aquél? Si estamos en que el principio general es que el menor tiene derecho a un contacto amplio con el progenitor no custodio *ex* artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículos 94 y 160 del Código Civil, y si queda claro que simplemente la corta edad del menor no supone ningún obstáculo para la pernocta con el progenitor no custodio ¿no debería corresponder la carga de la prueba a aquel que alegue que la pernocta del menor con el no custodio es contrario a su interés?

### X.3. Sobre la refutación de los argumentos que se esgrimen para limitar el Régimen de visitas por los juzgados y tribunales

Por otro lado, cabe reflexionar sobre los fundamentos en los que un cierto sector de la jurisprudencia se basa para el establecimiento de un régimen de visitas sin pernocta del menor de corta edad con el no custodio:

– En la mayor parte de las sentencias se hace referencia al **elemento espacial** (domicilio habitual del menor) estableciendo que es desaconsejable el trasiego domiciliario del menor (AP de Las Palmas, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 20 de diciembre de 2005) quien necesita estabilidad, no siendo aconsejable que duerma fuera de su casa, de su entorno y de su ambiente, (AP de Cáceres, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 12 de marzo de 2003) cuidando el mantenimiento del lugar para la estabilidad del niño (AP de Salamanca, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 21 de enero de 2005) ya que el abandono durante tan prolongado período de tiempo por la niña de lo que es su entorno habitual, con el consiguiente cambio de sus costumbres y seguridades, es claramente nocivo para su correcto equilibrio (AP de Murcia, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 26 de abril de 2004) o porque es bien conocido los trastornos que para un niño de su edad le puede ocasionar el trasiego de domicilios para pernoctar (AP de Palencia, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de noviembre de 2005).

Sin embargo los estudios psicológicos consultados ponen en evidencia que este argumento está obsoleto y carente de rigor científico. En primer lugar, porque a nadie se le escapa que en la actualidad los menores de corta edad desde que nacen están acostumbrados a viajar con sus padres, bien a segundas residencias de verano, bien a pasar fines de semana en domicilios de la familia extensa (abuelos maternos o paternos) o bien a viajes esporádicos con pernocta en hoteles como consecuencia de viaje de turismo, fiestas familiares, (bodas, bautizos, etc.) Un apunte más en la lógica es que la cuna de viaje es un elemento común (por compra o por típico regalo de oportunidad) en cualquier casa que tenga un menor de corta edad lo que indica hasta qué punto los bebés hoy por hoy viajan y duermen fuera de su entorno habitual. En segundo lugar, porque ninguno de los especialistas que colaboran con este trabajo ni de los estudios consultados al respecto se refieren a esta especie de

«apego espacial» al que muchos juzgados y tribunales se suelen referir. No es el ámbito espacial concreto el que influye en el adecuado desarrollo del menor (evidentemente sí es importante el otorgar al menor un adecuado ámbito espacial-material para el desarrollo de las visitas) sino la relación personal y afectiva del menor con sus progenitores lo que prima a su interés.

– Junto al elemento espacial se argumenta el de la **relación especial de vínculo entre la madre y el menor** así verbalizada como dependencia (lógica y natural) que tiene respecto a su madre (AP de Cáceres, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 12 de marzo de 2003) o bien porque el menor, ya fuera del claustro materno pero con una dependencia biológica de su madre que a su vez determina una dependencia afectiva (AP de Pontevedra, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de abril de 2002).

El argumento de la **figura de apego primordial de la madre** no es un argumento muy verbalizado aunque sí se deja sentir como un principio inspirador dentro de aquellas sentencias que aplican el criterio de la corta edad. Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto por los expertos en psicología consultados, **el menor tiene necesidad de ambas figuras de apego**, madre y padre, no sólo de la madre, además de que pueden existir otras figuras de apego como terceros cuidadores, por lo que ha quebrado la concepción tradicional de la madre como única figura de apego primordial, en el momento en que ambos progenitores participan del cuidado, protección y atención del menor desde su nacimiento<sup>22</sup>. Una vez más, habrá que estar al caso concreto y acreditar la inexistencia de un vínculo sólido previo entre el no custodio y el menor para desaconsejar la pernocta y establecer un régimen de visitas paulatino y no establecer criterios generales restrictivos con fundamento exclusivamente en la edad.

– Otro argumento muy utilizado para aplicar el criterio de la corta edad es el de que en niños de tan corta edad es necesario mantener **las rutinas de horarios** en cuanto a dormir y a cenar, por lo que no se concede la pernocta a los efectos de mantener dichas rutinas. Verbalizado como perturbación desproporcionada de tan esenciales hábitos diarios de los niños, (AP de Murcia, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 26 de abril de 2004) o bien, porque hay que mantener el mismo lugar de pernocta puesto que sus hábitos de comida y sueño así lo requieren (AP de Salamanca, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 21 de enero de 2005) o porque se considera perjudicial para los menores el abandono durante todo el fin de semana de lo que es su entorno habitual, con el consiguiente cambio de costumbres y seguridades, y por tanto, contrario a su interés (AP de Sevilla, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de junio de 2005).

Es cierta la importancia que tienen las rutinas en cuanto a horarios de comida y sueño para los menores de corta edad, pero como apunta Marta RAMÍREZ «el no custodio puede minimizar los cambios en la medida que reproduzca estímulos y rutinas del contexto habitual de pernocta (piloto de luz, almohada o muñeco «fetiche», cuento o beso de buenas noches, tipo de cama-cuna, etc.)» es lógico presuponer que el progenitor no custodio se informará de las rutinas a las que está acostumbrado el menor, tanto en horario de comidas como en horario de sueño y las reproducirá en el régimen de visitas con pernocta a los efectos

22. El doctor DÍAZ ATIENZA en el comentario enviado para este artículo dice «los resultados de las actuales investigaciones recomiendan el establecimiento de apegos seguros múltiples como factor que favorece el desarrollo socio-emocional del niño».

tos de la mayor tranquilidad del menor. Este argumento *per se*, no puede ser un motivo de limitación sino que debe estar incluido dentro de las recomendaciones que se realizan para el cumplimiento del régimen de visitas. Pensar a priori que el progenitor no custodio no va a ser capaz de seguir este régimen de rutinas sería parecido a lo que dice Jesús PALACIOS «Lo contrario me parece que sitúa al padre en una posición de cierta sospecha de no ser capaz de atender adecuadamente las necesidades del menor (físicas y psicológicas, particularmente las emocionales).»

#### X.4. Comentario y crítica de algunas sentencias significativas que sostienen el criterio de la corta edad

A pesar de que la Normativa vigente establezca el principio general del beneficio del contacto del menor con sus dos progenitores y por lo tanto, del fomento de las relaciones con el progenitor no custodio y a pesar de que los expertos en psicología se manifiestan a favor del mayor contacto del menor –con independencia de su edad– con el progenitor no custodio y en contra de que la pernocta deba ser considerada como perjudicial para los menores de corta edad, sin embargo, algunas sentencias como las que siguen presentan los siguientes fundamentos:

**AP de Las Palmas, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 20 de diciembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Ricardo Moyano García:* «No se trata pues de que el padre no haya demostrado su habilidad para cuidar en horas nocturnas a su hijo, sino que, al concederse la custodia –con su beneplácito– a la madre, la pernocta en dos domicilios de un menor de tan corta edad, únicamente dos años, es por regla general desaconsejable, pues en esa edad los hijos precisan una mayor rutina de horarios, un menor trasiego domiciliario, y en definitiva una más corta duración del régimen de visitas con el cónyuge no custodio. De ahí que se impone como *Standard* jurídico el llamado régimen progresivo, que concede la pernocta a partir de los tres años de edad del menor, y no antes, y una vez comprobada la adecuada adecuación del primer tramo del régimen de visitas para los intereses del niño. Por último, la situación alegada por el padre-apelante, según la cual el niño pernocta a veces en casa de la tía materna, no ha sido acreditada, y en todo caso, de serlo, lo que podría motivar es una vigilancia en ejecución de sentencia del perjuicio que ello pueda suponer al menor, y no precisamente lo contrario, la extensión de nuevos domicilios de pernocta para el niño.»

**Comentario:** En esta sentencia se llega a decir que «no es tampoco trascendente el que el padre cuidara en más o en menos al hijo antes de la separación de los progenitores, dado que el propio padre solicitó la custodia de la madre en su demanda de separación. Haciendo caso omiso del vínculo previo entre el menor y el progenitor no custodio, en claro desconocimiento y desdén de lo que para los expertos resulta esencial a la hora de determinar el régimen de visitas<sup>23</sup>. ¿Qué estudio psicológico concreto o general sustenta esta sentencia? O ¿es la opinión subjetiva del juzgador la que establece que es mejor al interés del menor ver menos a un progenitor «una más corta duración del régimen de visitas» que el trasiego domiciliario? (*Vid.* opinión del Dr. S. FRANCO WILLIAMS.) Se llega incluso a decir que el hecho de que el menor pernocte en el domicilio de una tía materna podría ser objeto de vigilancia en ejecución por el posible perjuicio que pueda suponer para el menor. Tal y como

23. En este sentido, comentario de Jesús PALACIOS GONZÁLEZ de este artículo «... Allí donde haya habido una relación sólida previa entre el menor y su padre no veo el motivo por el que la pernocta deba ser desaconsejada ... la clave no está en la edad del menor, sino en las relaciones previas y actuales entre el menor y sus dos progenitores.»

argumentan FARIÑAS, SEIJÓ, ARCE y NOVO, habría que tener presente que la realidad social actual nos muestra que los menores pernoctan muchas veces en domicilios de la familia extensa, o bien por motivos de vacaciones, en hoteles o segundas residencias sin que en ningún momento se haya alegado por la doctrina (psicológica) que ello pueda perjudicar al menor.

**AP de Cáceres, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 12 de marzo de 2003.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Jacinto Riera Mateos:* «Pero también es verdad que el menor, en el actual procedimiento, está en una edad que requiere cariño, atención y seguridad emocional y por ello es necesario evitarle cambios bruscos e introducirle en nuevas situaciones que podrían desconcertarle, impresionarle y repercutir por ello en su psicología y emocionalidad. De ahí que no se pueda aceptar el régimen de visitas propuesto por la parte apelante, ya que no conviene que un niño hasta que alcance una edad superior, duerma fuera de su casa, de su entorno y de su ambiente, puesto que no podemos olvidar la dependencia (lógica y natural) que tiene respecto a su madre, persona con quien convive y que es su más importante punto de referencia vital, afectivo y cercano. Esta Sala en Sentencias de 25 de junio de 2001 y 24 de septiembre de 2002, ha venido a establecer que hasta los 5 años los niños no deben pernoctar con el progenitor con el que no convivan, normalizándose el régimen de visitas a partir de los 6 años.»

**Comentario:** Según esta sentencia no conviene que un niño de corta edad duerma fuera de su casa, de su entorno y de su ambiente no pudiendo olvidar la «dependencia que tiene un niño de esta edad con la madre». En esta sentencia se está verbalizando la teoría de la figura de apego primordial de la madre en detrimento de la figura de apego paterna. Como hemos visto, los expertos coinciden en afirmar que en las sociedades modernas –y concretamente en la española– cada vez es más difícil discriminar las figuras de apego, de tal forma que ambos progenitores –madre y padre– se constituyen como figuras de apego desde los primeros meses de vida, pudiendo existir otras figuras de apego externas a la unidad familiar<sup>24</sup>. El estudio de cada caso concreto se impone a la hora de determinar la relación de vínculo concreta que tenga el menor con cada uno de sus progenitores sin que sea admisible aplicar teorías generales obsoletas sometidas a una amplia revisión por la doctrina más reciente. Esta sentencia establece el criterio general de que los menores de corta edad no pueden pernoctar hasta los cinco años, sin ninguna apoyatura científica que lo sustente.

**AP de Cáceres, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 16 de junio de 2005.** *Ponente: Ilmo Sr. don Juan Francisco Bote Saavedra:* «Pues bien, ante la falta de informe del Equipo Psicosocial, la Sala considera más adecuado a los intereses del menor el siguiente régimen de visitas: Hasta que el menor cumpla la edad de cinco años, el padre podrá visitarlo y tenerlo en su compañía los sábados y domingos alternos desde las 10 horas hasta las 13 horas, debiendo recogerlo y reintegrarlo en el domicilio materno.»

**Comentario:** «A falta de informe del Equipo Psicosocial...» es decir, sin que se haya realizado un estudio del caso concreto la Sala aplica un criterio general restrictivo de las visitas del menor con el no custodio simplemente por el criterio de la corta edad, en clara confrontación con lo establecido en el artículo 94 del Código Civil, ya que no se acredita que en el caso concreto se den graves circunstancias que lo aconsejen<sup>25</sup>.

24. Opinión de Joaquín DÍAZ ATIENZA: «En conclusión, no conozco ningún estudio empírico que sostenga la inconveniencia de que el lactante pernocte con el padre no custodio. Por el contrario, los resultados de las actuales investigaciones, recomiendan el establecimiento de apegos seguros múltiples como factor que favorece el desarrollo socio-emocional del niño.»

25. En este sentido la AP. de Asturias, Sec. 6.<sup>a</sup>, Sentencia de 18 de julio de 2005. En esta sentencia la Sala mantiene que no es admisible limitar el régimen de visitas en base a consideraciones o estudios generales, cuya adecuación al caso concreto no queda debidamente acreditada.

**AP de Lleida, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 26 de septiembre de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don José María Pocino Moga:* «En el presente concurre una circunstancia excepcional, derivada de la edad del menor en el momento en que se adoptaron las medidas relativas a la visitas, y ello porque de referirse a un bebé de meses, estamos ahora ante un menor de un año y dos meses, lo que supone la necesidad de prever una régimen especial en relación a las atenciones y necesidades que requiere tal edad, así como la especial dificultad de pernocta que suponen para el hijo los cambios.»

**Comentario:** Esta Sentencia, establece la corta edad como único criterio restrictivo del régimen de visitas del menor con el no custodio, sin que en la misma se haga mención bien de un estudio psicológico concreto al caso ni tampoco aportando referencia alguna a estudios científicos generales que desaconsejen la pernocta y en los que se apoye.

**AP de Murcia, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 26 de abril de 2004.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Álvaro Castaño Penalva:* «Complementando lo anterior, sobre los encuentros entre el progenitor no custodio y los hijos menores de tres años, esta Sala, en su Sentencia 288/2003, de 6 de octubre, sentó que: «No puede aceptarse la pretensión de que aquélla conviva todo el fin de semana alterno con su padre, porque ello sí le es perjudicial. (...) el abandono durante tan prolongado período de tiempo por la niña de lo que es su entorno habitual, con el consiguiente cambio de sus costumbres y seguridades, es claramente nocivo para su correcto equilibrio y, por tanto, contrario a su interés, que siempre debe prevalecer. Lo idóneo para estos niños de tan corta edad son contactos cotidianos y breves con el progenitor no custodio, de ahí que hasta los tres años esta Sala suele inclinarse por encuentros diarios de unas 2 horas, adaptándolos a cada caso, pero siempre sin pernocta. En consecuencia, como se razona en la sentencia de instancia, no es factible, a tan corta edad, conceder un régimen de visitas con pernocta, que de suyo implica una perturbación desproporcionada de los tan esenciales hábitos diarios de los niños, y mucho menos que se extienda a los períodos vacacionales, lo que constituiría una convulsión en el equilibrio psicológico y emocional de aquéllos, al modificarse bruscamente no sólo su rutina, sino lo que es más grave, sus entornos físico, social y familiar. Es cierto que sería positivo para los niños ampliar los encuentros a los viernes, e incluso que se desarrollasen todos los fines de semana al año, pero lo primero se compadece mal con la actividad laboral del padre, y lo segundo ni siquiera ha sido solicitado.»

**Comentario:** Esta Sala mantiene en varias de sus sentencias el criterio de la corta edad como restrictivo del régimen de visitas sin un estudio concreto de cada caso y sin que, por otro lado, se refiera a estudios psicológicos generales que lo desaconsejen. Una vez más se insiste en los argumentos, espacial y de hábitos y rutinas, como justificativos de la restricción del régimen de visitas, siendo de aplicación a ésta, la refutación que realizamos a la sentencia siguiente.

**AP de Salamanca, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 21 de enero de 2005.** *Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Pérez Serna:* Dentro de esta general conceptualización ha de encuadrarse el criterio habitual seguido por esta Sala, relativo a la no pernocta del menor, en los primeros meses y años de la vida del mismo, fuera de su hogar familiar; en tal etapa, deberá cuidarse el mantenimiento del lugar para estabilidad del niño, pues sus hábitos de comida y sueño así lo requieren. Pero ello debidamente compatibilizado con una serie frecuente de visitas del progenitor no custodio cara a promover el desarrollo equilibrado del menor.

**Comentario:** Como podemos apreciar, en el fundamento de la sentencia se esgrimen –mezclándolos– dos argumentos concretos para la no pernocta, el argumento espacial «no pernocta del menor ... fuera de su hogar familiar; en tal etapa deberá cuidarse el mantenimiento del lugar para la estabili-

dad del niño» y el de hábitos o rutinas «pues sus hábitos de comida y sueño así lo requieren». Reiteramos que el argumento espacial no se esgrime como fundamental –tanto como para limitar el régimen de visitas– por los especialistas consultados y que el argumento de rutinas y hábitos, no puede ser un argumento restrictivo sino una práctica a seguir por el progenitor no custodio en el desarrollo del régimen de visitas –mantener el mismo régimen de horarios y rutinas en cuanto a la alimentación y sueño del menor–, sin que sea legalmente adecuado presumir con carácter general una ineptitud o negligencia del progenitor no custodio para mantener estas rutinas con el menor. Así, esta sentencia se configura como otro ejemplo más de criterio general restrictivo del régimen de visitas sin ningún sustento ni particular al caso ni general, puesto que los estudios psicológicos más recientes antes que desaconsejar la pernocta lo aconsejan como norma general. Por lo tanto, ciertas Audiencias Provinciales están aplicando el criterio de la corta edad como criterio restrictivo del criterio general normativamente establecido, sin que dicho criterio restrictivo tenga un respaldo científico consistente, sino más bien todo lo contrario, los expertos en psicología aconsejan la pernocta del menor con el no custodio. Es decir, mientras parece que sí hay estudios que demuestran los beneficios que la pernocta conlleva para el menor de corta edad, no existen estudios concretos que acrediten que la pernocta sea perjudicial por lo que en buena lógica jurídica de tener que aplicar un criterio general debería ser que la pernocta es beneficiosa para el menor sin importar la edad del mismo salvo que se demuestre lo contrario<sup>26</sup>. Ya que aquellas circunstancias especiales aceptadas por la inmensa mayoría de los expertos que desaconsejan la pernocta como la ausencia de medios materiales, físicos o emocionales en el progenitor no custodio o la falta de vínculo entre progenitor o menor, o enfermedad en uno u otro que desaconseje la pernocta, etc., son aplicables a cualquier edad y deberán ser acreditados en cada caso concreto.

### X.5. Sobre los efectos inherentes a la no pernocta

La no concesión de la pernocta a menores de corta edad conlleva una importante limitación en el contacto del menor con su progenitor no custodio en los períodos de vacaciones, –Navidad, Semana Santa y verano–. En muchas sentencias que acogen el criterio de la corta edad se produce un vacío de pronunciamiento en lo relativo a los períodos vacacionales lo que conlleva o bien a la necesidad de llegar a la segunda instancia para que se produzca un pronunciamiento o bien a la necesidad de entablar numerosas ejecuciones de sentencia.

Naturalmente en las sentencias que se acogen al criterio de la corta edad casi siempre se incide en la necesidad de que el progenitor no custodio mantenga contactos cortos pero frecuentes con el menor. Esto provoca el establecimiento de visitas de pocas horas en días entre semana además de los fines de semana alternos<sup>27</sup>. Sin embargo, el escollo se presenta a

26. Así viene siendo requerido por numerosas Audiencias Provinciales, debiendo resaltar la doctrina mantenida por la Sec. 22.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, 15 de noviembre de 2005, 19 de mayo de 2005, 29 de octubre de 2005, entre otras, siendo significativo lo establecido en Sentencia de fecha 23 de abril de 2002 por esta misma sección «conviene recordar que la corta edad de los hijos, por sí y de modo automático, no determina la restricción del régimen de visitas para con el progenitor no custodio, a menos que se justifique convenientemente por quien pretende tal limitación que el sistema de comunicaciones que interesa quien tiene el derecho de visitas es perjudicial para el menor, en la medida que si lo que se debate es la procedencia o no de la pernocta se demuestre que el progenitor no custodio no está facultado para atender al menor, o no cuenta con la infraestructura material que exige la atención de dicho hijo» o SAP de Sevilla, Sec. 5.<sup>a</sup>, de 3 de mayo de 2004, «En principio debe presumirse que ambos progenitores tienen capacidad suficiente para atender y cuidar al hijo tanto de día como de noche. Y si se cuestiona tal capacidad por parte de alguno de ellos deberán darse razones que lo fundamenten y probarse la carencia de aptitud para atender debidamente a las necesidades del menor tanto de día como de noche.»

27. La mayor parte de las Sentencias que suprimen la pernocta enarbolan el criterio de que los menores de corta edad deben mantener contactos breves pero muy frecuentes con el progenitor no custodio, llegando incluso alguna a establecer que los

la hora de regular las vacaciones (sobre todo las estivales) llegando en muchos de los casos a no pronunciarse al respecto, ya que se dan las siguientes contradicciones:

– En primer lugar, si la no concesión de la pernocta se ha fundamentado en el argumento espacial y de mantenimiento de las rutinas, en el sentido de que no es bueno que un menor de corta edad cambie de lugar de pernocta y de rutinas temporales, desaconsejando el trasiego domiciliario y los viajes del menor. ¿Cómo sostener que en vacaciones el progenitor custodio pueda disfrutar de su período de vacaciones con el menor en un lugar distinto del domicilio habitual (segundas residencias, destinos veraniegos, ...) con la consiguiente ruptura de su rutina espacio-temporal?

– En segundo lugar, si se mantiene el criterio de que no es bueno para el menor separarlo por período prolongado de sus figuras de apego, insistiendo en la necesidad de que el contacto de éste con sus progenitores sea frecuente, ¿Cómo conceder la interrupción de este régimen de contactos frecuentes por un período largo de vacaciones?

Por otro lado, no existe un régimen de vacaciones tipo o mayoritariamente establecido por la jurisprudencia para los supuestos de menores de corta edad a quien no se le otorga un régimen de visitas con pernocta. El establecimiento de un régimen de vacaciones en este caso puede intentar dar respuesta a distintos intereses:

– El del progenitor custodio. En este sentido se establece que el hecho de que la corta edad del menor no aconseje la pernocta con el progenitor no custodio no debe afectar al progenitor custodio en el sentido de que éste no pueda disfrutar de unos días de vacaciones junto al menor, con suspensión durante ese período de tiempo, del régimen de visitas con el progenitor no custodio. Así, hay sentencias que establecen que el custodio disfrutará de quince o treinta días de vacaciones, período en el que queda sin efecto el régimen de visitas establecido<sup>28</sup>.

– El del progenitor no custodio. En este sentido, se contempla el hecho que durante su mes de vacaciones el no custodio puede estar más tiempo en compañía del menor, aunque se mantenga la no pernocta, de tal manera que algunas sentencias conceden visitas diarias durante las vacaciones del no custodio –treinta o quince días–.

– El de ambos progenitores. Con este punto de vista se contemplan los dos puntos anteriores, de tal manera que se otorgan dos períodos vacacionales a los progenitores, uno

---

contactos sean diarios, SAP de Murcia, Sec. 1.ª, de 6 de octubre de 2003, «Lo idóneo para estos niños de tan corta edad son contactos cotidianos y breves con el progenitor no custodio, de ahí que hasta los tres años esta Sala suele inclinarse por encuentros diarios de unas 2 horas, adaptándolos a cada caso, pero siempre sin pernocta».

28. En SAP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 6 de abril de 2005, «No se estima adecuado alterar el régimen durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, debiendo únicamente interrumpirse durante 30 días en verano. Una vez la menor cumpla dos años podrá permanecer con el padre una tarde intersemanal desde las 17 a las 19'30 h y fines de semana alternos pero debiendo regresar a pernoctar al domicilio materno devolviéndola el padre a las 19'30. Las vacaciones de Navidad y Semana Santa se dividirán en dos mitades pero todavía sin pernocta. Durante los meses de julio y agosto el padre podrá permanecer con la menor desde las 10 horas a las 19'30 horas momento en el que deberá reintegrarla al domicilio materno durante 15 días. El régimen se suspenderá durante 30 días en verano.» El Juzgado de Instancia, establece distintos periodos en función de la edad del menor, hasta los dos años, hasta los tres años, etc., en el que atribuye 30 días de vacaciones a la madre hasta los dos años, interrumpiendo el régimen de visitas del progenitor no custodio –en claro contrasentido con el criterio de los contactos breves pero frecuentes con el no custodio–. A partir de los dos años otorga al progenitor no custodio en los meses de julio y agosto, períodos de 15 días seguidos en los que puede estar con el menor sin pernocta, a modo de vacaciones.

al custodio –con suspensión del régimen de visitas del no custodio– y otro al no custodio –otorgando visitas diarias durante ese período–.

También existe problemática sobre los concretos períodos vacacionales que se contemplan siendo muy común que aquellas sentencias que contienen pronunciamientos en relación a las vacaciones lo hagan exclusivamente sobre las de verano –por ser las más largas y quizás las más propicias a traslados vacacionales– obviando el pronunciamiento sobre las de Navidad y Semana Santa. Sobre estos dos períodos concretos –Navidad y Semana Santa– por ser períodos cortos normalmente no se hace ningún pronunciamiento al respecto y de este modo, tampoco se hace pronunciamiento alguno sobre fechas tan importantes desde el punto de vista familiar como Noche Buena, Navidad, Noche Vieja, Año Nuevo, Noche de Reyes<sup>29</sup> y Día de Reyes, fechas que no necesariamente caen en fin de semana y por lo tanto, puede darse la circunstancia de que un progenitor no custodio pueda estar tres años seguidos –los del período de limitación de la pernocta– sin poder tener derecho a estar con su hijo en ninguna de las fiestas mencionadas.

Ante esta situación muchas de las sentencias prefieren dar la callada por respuesta –no estipulando absolutamente nada respecto a las visitas en los períodos vacacionales<sup>30</sup> o bien obligando a que el régimen de visitas ordinario se siga cumpliendo también en vacaciones– y, por lo tanto, obligando a que el menor deba permanecer siempre en su domicilio habitual durante el período que dure la limitación, teniendo que sufrir quizás el período de más calor del año en el domicilio habitual sin poder ir a una segunda residencia mejor adaptada por ubicación a los rigores veraniegos (sierra o playa) o sin poder ver a su progenitor no custodio en fechas señaladas como las de Navidad.

**En nuestra opinión, la pernocta o no pernocta con el progenitor no custodio sí reviste un especial interés.** A lo largo del estudio de este trabajo nos hemos encontrado con algunos profesionales que han expresado sus dudas sobre la importancia de la pernocta con argumentos como que lo importante es la calidad y no la cantidad del contacto, y que por las noches el niño está durmiendo, por lo que qué más da entregarlo la noche del sábado

29. En SAP de Barcelona, Sec. 12.<sup>a</sup>, de 6 de abril de 2005, únicamente se habla del día de Reyes «En consecuencia debe concluirse que el sistema establecido en la sentencia recurrida como régimen de visitas paterno-filial es adecuado y debe confirmarse, sin perjuicio de que las partes puedan concertar los acuerdos que sean necesarios para que el régimen de visitas se adapte a las necesidades de la menor en cada momento, aunque añadiendo, tal como solicita el recurrente, **que el día de Reyes, 6 de enero, la menor pueda permanecer durante dos horas con el progenitor con el que no esté en régimen de custodia o de visitas.**».

30. En SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.<sup>a</sup>, de 26 de octubre de 2005, se dice: «En relación al mantenimiento que efectúa la sentencia de instancia del mismo régimen de visitas/comunicación padre-hijo también en los períodos vacacionales la Sala participa íntegramente del criterio de la Juzgadora de Instancia amparado en la edad de Pedro Francisco hasta los tres años y en la cautela de salvaguardar la estabilidad de éste en tan temprana edad.» El juzgado en la Sentencia no hizo ninguna relación sobre las vacaciones de Navidad, Semana Santa ni verano sino hasta que el menor cumpliera tres años, lo que hizo la Audiencia fue suponer y dar carta de naturaleza al mantenimiento de visitas intersemanales y fines de semana alternos durante todos los períodos vacacionales hasta que el menor cumpliera tres años.

En el mismo sentido, SAP de Cáceres, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 16 de junio de 2005. La Audiencia establece un régimen de visitas sin pernocta los fines de semana hasta que el menor cumpla cinco años, sin pronunciamiento sobre vacaciones hasta entonces, estableciendo el habitual a partir de los cinco años con vacaciones. Igualmente SAP de Lleida, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2005. La Audiencia manifiesta «En cuanto a las vacaciones, y dada la edad del niño, no cabe prever un régimen, y sólo podrá arbitrarse un acuerdo entre los cónyuges al respecto relativo al período de sus propias vacaciones laborales, y en todo caso se aplicará cuando el niño se halle escolarizado y por ello tenga períodos de vacaciones escolares, el período de estancia con el padre por mitades, según se acuerda en el segundo régimen de visitas a seguir». Es decir, hasta la escolarización del niño, el niño no podrá disfrutar de la playa, montaña o segunda residencia que ofrezca una meteorología más benigna en verano ya que el padre tiene todos los miércoles visita.

para recogerlo el domingo por la mañana una vez el niño ha dormido en su cama, en su dormitorio, en definitiva, en su propio ambiente... Sin embargo, **entendemos**, junto a CANTÓN, CORTÉS y JUSTICIA entre otros, que **actividades tales como bañar al menor, alimentarlo antes de dormir, contarle un cuento o cantarle una canción, acostarlo, atenderlo y calmarlo por las noches en caso de que despierte, estar presente cuando se levanta por las mañanas y desayunar juntos son experiencias** enriquecedoras para ambos (progenitor e hijo) **que ayudan a fortalecer el vínculo y que, además, constituyen actividades propias de una responsabilidad parental** que visitas cortas y por tanto constreñidas casi al aspecto lúdico, no pueden proporcionar.

Pero esta opinión es manifestada no sólo desde el punto de vista profesional, sino también y más importante, desde el punto de vista humano, de hijo y de padre, de todos y cada uno de los sentimientos que sustentan, fortalecen y permanecen en la relación paterno-materno-filial.

Expresamos nuestra convicción en la necesidad de que **cada caso se estudie individualmente**, que los profesionales que nos dedicamos a los asuntos de familia no nos dejemos llevar por premisas generales que por su propio carácter general son en la mayor parte de los casos manifiestamente injustas. Cada niño, cada menor, es un ser que merece la máxima protección y el tan manido principio de interés del menor no debe convertirse en una lista de principios generales que atenten contra el interés de cada caso concreto. El interés del menor como principio rector de los procedimientos de familia exige, en primer lugar, un estudio personalizado de cada caso para poder emitir una resolución que proteja al menor en cuestión.

Somos conscientes de que como en casi todos los ámbitos del derecho existen en el Derecho de Familia una serie de presunciones y de principios generales que inspiran la práctica forense, como, por ejemplo, la conveniencia de no separar a los hermanos, la necesidad de audiencia al menor con suficiente juicio, etc. En este sentido sí creemos que debe configurarse como **principio inspirador** el de que el menor debe relacionarse lo más ampliamente posible con sus dos progenitores y la **presunción** de que ambos padres son aptos para ejercer el cuidado y atención del menor con independencia de la edad de éste, estableciendo la pernocta dentro del régimen de visitas como un criterio general para todas las edades, **salvo que en cada caso concreto se demuestre lo contrario**.

## XI. PLANTEAMIENTO PRÁCTICO DE POSIBLE RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL, ARTÍCULOS 477.2 3.º Y 477-3 LEC

A pesar de que por ATS de 20 de enero de 2004<sup>31</sup> se inadmite recurso de casación en un asunto sobre régimen de visitas de los abuelos por no constar acreditado en el recurso

31. En este Auto el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación al no acreditarse interés casacional: «En el caso de la “jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales” la finalidad del recursos de casación es dejar sentada una doctrina por el Tribunal Supremo que supere una divergencia jurídica entre órganos jurisdiccionales de segunda instancia, produciéndose un indirecto efecto de unificación, según corrobora el artículo 487.3 LEC de 2000, de tal modo que la necesidad del recurso de casación en este supuesto viene constituida por una contraposición de criterios en relación con una misma cuestión jurídica, lo que hace preciso que, en general, los supuestos sean sustancialmente iguales, pues en otro caso será

interés casacional, sin embargo entendemos que por otra parte el Tribunal Supremo se ha pronunciado en Sentencia de 28 de junio de 2004<sup>32</sup>, sobre el establecimiento concreto del régimen de visitas de los abuelos, entrando a valorar el régimen establecido en instancias inferiores y a modificarlo. El hecho de que el Tribunal Supremo entre a conocer del fondo del asunto, revisando y modificando el concreto régimen de visitas establecido por las instancias inferiores, se contradice con lo afirmado en el Auto de 20 de enero de 2004 en el sentido de que el régimen de visitas no es una cuestión jurídica *stricto sensu*, si esto fuera así, ¿qué sentido tiene que en la STS de 28 de junio de 2004 el Alto Tribunal modifique el régimen de visitas establecido por las instancias?

Si el Tribunal Supremo entró a conocer sobre el régimen de visitas de los nietos con los abuelos, entendemos que cuando se trata del régimen de visitas de los padres con el menor y en atención a lo establecido tanto en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño como en los artículos 94 y 160 del Código Civil, si nos encontramos ante una cuestión jurídica *stricto sensu*, con la existencia de jurisprudencia contradictoria en cuanto existen sentencias de una misma Audiencia o Sección que son contradictorias con otras sentencias de otra distinta Audiencia o Sección.

Además, especialmente significativo es que en la mentada Sentencia de 28 de junio de 2004, el Tribunal Supremo se plantea la conveniencia o no de la pernocta de un menor de corta edad en el régimen de visitas con los abuelos, pareciendo como que el Tribunal sentaba el criterio de la corta edad como impedimento del establecimiento de un régimen de visitas con pernocta. La pregunta es si este criterio lo seguirá manteniendo en el supuesto en que el régimen de visitas sea con el progenitor no custodio en vez de con los abuelos, pero en todo caso, expresamos el convencimiento sobre la conveniencia de que se pronuncie al respecto<sup>33</sup>.

difícil que se produzca la identidad entre los puntos o cuestiones en relación con los cuales hay una controversia jurisprudencial; asimismo es preciso que exista una reiterada posición en un sentido y otra, también reiterado, en sentido contrario, pues precisamente una divergencia persistente entre Audiencias es lo que determina que el juicio pueda ser examinado por el Tribunal Supremo, para zanjar la contradicción surgida en orden a la interpretación y aplicación de una norma legal, de ahí que el legislador aluda a “jurisprudencia contradictoria”, en un sentido, sin duda impropio, pero expresivo de que es preciso un antagonismo repetido que debe suponer algo más que una ocasional o accidental diferencia de criterio entre Audiencias, por ello esta Sala viene exigiendo que existan dos o más Sentencias de un mismo tribunal de apelación y otras o más en sentido jurídico opuesto de una diferente Audiencia o Sección orgánica, criterio que ha sido considerado correcto por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 2 de junio de 2003 (recurso de amparo 82/2002).

En el presente supuesto no se acreditó que existiera jurisprudencia contradictoria de Audiencias en el sentido que se acaba de considerar, pues la parte recurrente se limitó a esgrimir que la Sentencia recurrida se oponía a lo resuelto por otras Audiencias en orden a la fijación de unos concretos regímenes de visitas a los abuelos, con lo que, además, la divergencia ni siquiera se refería –según el Alto Tribunal– a una cuestión jurídica *stricto sensu*; por ello nos hallamos ante un supuesto de preparación defectuosa, pues en el escrito de anuncio del recurso fue omitida la justificación suficiente del “interés casacional”, al limitarse a enumerar diferentes resoluciones, sin que se cumplieran tampoco en fase de interposición con la acreditación del presupuesto que dicho interés comporta, de manera que concurrieron las causas tipificadas tanto en el número primero del artículo 483.2 LEC de 2000 (preparación defectuosa), como en la del número tercero de ese mismo precepto (inexistencia del interés casacional).»

32. En esta Sentencia de 28 de junio de 2004 el Tribunal Supremo declara que el régimen de visitas establecido por el Juzgado y confirmado por la Audiencia Provincial de Madrid no resulta adecuado a los nietos, ordenando en el fallo el establecimiento por el Juzgado de 1.ª Instancia de un régimen de visitas ajustado al interés del menor y previa audiencia preceptiva de éste.

33. La misma Sentencia de 28 de junio de 2004 se pronuncia sobre la concesión del derecho de pernocta en el régimen de visitas de los nietos con sus abuelos, considerando correcta la pernocta de un menor de 7 años pero sin embargo «... en lo que se refiere al otro nieto, Carlos, de sólo catorce meses de edad al tiempo de la demanda y diecisiete meses al tiempo de la Sentencia del Juzgado, el sistema establecido no es el adecuado, de modo que a una tan corta edad no resulta oportuno una pernocta –hacer noche– lejos de la madre, o sin consentimiento de ésta», por lo tanto el Tribunal Supremo sí que se pronunció sobre la cuestión de si la pernocta es o no adecuada para un menor de corta edad –si bien entendemos que existe

Sentencias con criterio de la corta edad:

- AP de Las Palmas, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 26 de abril de 2005.
- AP de Las Palmas, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 20 de diciembre de 2005.
- AP de Murcia, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 26 de abril de 2004.
- AP de Murcia, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 6 de octubre de 2003.
- AP de Cáceres, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 12 de marzo de 2003<sup>34</sup>.
- AP de Cáceres, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 24 de septiembre de 2002.
- AP de Cáceres, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 25 de junio de 2001.

Sentencias en contra del criterio de la corta edad:

- AP de Valencia, Sec. 10.<sup>a</sup>, Sentencia de 31 de mayo de 2005.
- AP de Valencia, Sec. 10.<sup>a</sup>, Sentencia de 3 de marzo de 2005.
- AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de octubre de 2005.
- AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 16 de septiembre de 2005.
- AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 23 de abril de 2002.
- AP de Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 28 de enero de 2003.

---

una diferencia sustancial entre la pernocta con los abuelos y la pernocta con uno de los progenitores—. No obstante, este concreto pronunciamiento del Tribunal Supremo en lo referente a la pernocta en menores de corta edad requiere que el Tribunal se pronuncie sobre si el criterio de la corta edad es aplicable también a la pernocta de los menores con su progenitor no custodio.

34. Es significativo que en SAP de Cáceres, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 21 de diciembre de 2005, se recalque lo siguiente «debemos significar que esta Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial no mantiene –ni ha mantenido– una doctrina consolidada por virtud de la cual hasta los cinco años los hijos menores no deben pernoctar con el progenitor con el que no convivan» dejando al descubierto la contradicción de criterios que mantiene dicha Sección con la Sección 2.<sup>a</sup> de la misma Audiencia Provincial, tal y como puede verse de la relación jurisprudencial obrante en este artículo».