

Id Cendoj: 23050370022006100214
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Jaén
Sección: 2
Nº de Recurso: 136/2006
Nº de Resolución: 137/2006
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA ELENA ARIAS-SALGADO ROBSY
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA Núm. 137

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE.

D^a ELENA ARIAS SALGADO ROBSY

MAGISTRADOS.

D. JOSÉ ANTONIO CÓRDOBA GARCÍA

D. RAFAEL MORALES ORTEGA

En la Ciudad de Jaén, a Cinco de Junio de Dos mil seis.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial los Autos de Juicio Sobre Modificación de Medidas, seguidos en primera instancia con el número 379/2003, por el Juzgado de Primera Instancia nº Dos de Andújar, rollo de apelación de esta Audiencia número 136/2006, a instancia de D^a Marí Jose , representada en la instancia por la Procuradora Sra. Córdoba Rider, y ante este Tribunal por el Procurador Sr. Méndez Vilchez y defendida por la Letrada Sra. García Parra, contra D. Juan Ramón , representado en la instancia por la Procuradora Sra. Rodríguez de la Torre y ante este Tribunal por el Procurador Sr. Bueno Malo de Molina y defendido por el Letrado Sr. Rodríguez Valverde; y habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº Dos de Andújar, con fecha 31 de enero de 2006.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: ,Que, desestimando la demanda de modificación de medidas presentada por el procurador de los Tribunales Doña Olga Córdoba Rider, obrando en representación de DOÑA Marí Jose , contra DON Juan Ramón , acuerdo mantener el amplio régimen de visitas, adoptado por sentencia de 16 de noviembre de 2000 , dictada en autos de separación de mutuo acuerdo nº 303/2000, de este Juzgado, acordando que la entrega y recogida de los menores sea en el Punto de Encuentro familiar de Córdoba.

Que, desestimando la demanda reconvenicional formulada por DON Juan Ramón , contra DOÑA Marí Jose , no ha lugar a modificar el otorgamiento de la guarda y custodia de los menores, establecida en sentencia de separación, y en consecuencia, los mismos han de continuar bajo la guarda y custodia materna.

Todo ello, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

Segundo.- Contra dicha sentencia se preparó e interpuso, en tiempo y forma, por la parte demandada, recurso de apelación, el cual fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia referido,

presentándose para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso, solicitando su revocación y el dictado de otra que contenga las siguientes pronunciamientos: ,1º.- Conceder la guarda y custodia de los menores hijos del matrimonio Frida y Luis Angel , a su padre, mi representado D. Juan Ramón , estableciendo un amplio régimen de visitas, a favor de la madre Dª. Marí Jose .

2º.- Subsidiaria o alternativamente con la petición anterior, conceda la guarda y custodia del hijo menor Luis Angel , al padre, continuando la madre con la guarda y custodia de la hija Frida , estableciendo un régimen de visitas para que ambos padres puedan ver a sus hijos y los hermanos puedan continuar teniendo el necesario trato y contacto.

3º.- En cualquiera de los dos casos anteriores, se acuerde que la menor Frida sea sometida a un tratamiento psicológico por profesionales adecuados, designados judicialmente, que deberán informar mensualmente al Juzgado de su actuación, hasta conseguir que la pequeña supere el síndrome de **alienación parental** que padece.

4º.- Para el supuesto de que no se conceda a mi representado la guarda y custodia de ninguno de los hijos, acuerde la Sala que el tratamiento psicológico que solicitamos para Frida , se haga extensivo en los mismos términos al menor Luis Angel , para evitar que llegue al estado en que se encuentra su hermana.

5º.- Condenar en costas al apelado si se opone al presente recurso.

Tercero.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición por la parte actora y por el Ministerio Fiscal; remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes ante la misma; y turnadas a esta Sección Segunda, se formó el rollo correspondiente con designación de Ponente, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna previa deliberación y votación que tuvo lugar el día 15 de mayo de 2006.

Cuarto.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

Siendo Ponente la Magistrada Dª ELENA ARIAS SALGADO ROBSY.

Aceptando los Fundamentos de Derecho de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia desestima la pretensión de modificación de las medidas acordadas en su día en la sentencia firme de separación, por mutuo acuerdo, de fecha 16 de noviembre de 2000 , tanto la sostenida por la parte actora, como por el demandado, en relación al régimen de comunicaciones, visitas y estancias, y la custodia de los hijos menores.

Frente a dicha resolución se alza el demandado que insistiendo en su pretensión reconvencional de que se le otorgue la custodia de los hijos menores; pretensión a la que añade de forma subsidiaria las reflejadas en los antecedentes de hecho.

La cuestión sobre la que ha versado el debate durante los tres años que ha durado la tramitación del procedimiento, sometido a diversas vicisitudes procesales, (declinatoria de jurisdicción y suspensión por pendencia de causa penal), consiste en la difícil y compleja tarea de discernir cual es la mejor forma de proteger el interés de los menores, hijos del matrimonio en litigio, y que es el primordial objetivo de la resolución judicial el tribunal, pues debe tener en cuenta el preferente interés del menor -"favor minoris" o "favor filii"-, que es un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial (artículo 92, 2 del Código Civil), que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos (artículo 39, 2 de la Constitución); y que impone en este caso que se confirme la resolución dictada en la instancia, por más que sus propios fundamentos recojan y se hagan eco de los dictámenes periciales que ponen de manifiesto que la madre, demandante y ahora recurrida, ha manipulado y ,programado" a sus hijos para que odien y desprecien a su padre, y así lograr su objetivo de que se suspenda el régimen de visitas, pretensión que es el objeto de la demanda, y que desde luego no debe estimarse, como acertadamente acuerda la sentencia, y acepta la demandante ya que no recurre la sentencia y se limita en el escrito de alegaciones a solicitar la desestimación del recurso formulado de contrario.

Sostiene el recurrente, en apoyo de su petición de cambio de custodia, y en síntesis, que la sentencia incide en error al no acordarlo, tras describir en su fundamentación la situación de **alienación parental** que sufren los menores, y sobre todo Marí Jose , inducida por su madre, y no atender a la propia recomendación

del informe pericial realizado por el Equipo Técnico de Familia que concluye con la posibilidad de asignar al padre la guarda y custodia de los menores, como remedio para evitar que los niños sufran alteraciones conductuales y comportamentales y serios desajustes en su desarrollo psicoafectivo y evolutivo, de prolongarse la actual situación.

No puede admitirse tal alegación como sustento de la revocación pretendida, pues el propio informe recoge la otra posibilidad, que es la acogida por la Juzgadora, esto es, el régimen de visitas amplio con el padre; y lo fundamenta en un hecho incontestable, que tal modificación supondría en estos momentos un cambio demasiado drástico respecto a la situación que últimamente se ha venido manteniendo, que podría ser contraproducente. Y ello, sin perjuicio de que se instara posteriormente una modificación en tal sentido.

Este razonamiento no resulta desvirtuado por las alegaciones del recurso ni desde luego por la prueba que obra en el procedimiento, de la que claramente se deduce el trauma emocional de los menores y sobre todo de la niña, en cada encuentro "obligado" con su padre. Es evidente que una modificación de la custodia sin un período intermedio en el que la menor pueda ir adaptándose nuevamente a una relación normalizada con su padre, podría ser un remedio contraproducente y quizás más traumático y perjudicial que la situación actual. Sin embargo, ha de irse más allá, y estimamos que la sentencia lo indica, aún cuando de forma tácita, cuando se refiere a una posible modificación posterior; pues es claro que si no se pone remedio y fin por la demandante, a su conducta y actitud claramente contraria a las relaciones de sus hijos con el padre, calificadas como de **alienación parental** a la que está sometiendo a sus hijos, y mediante la terapia psicológica que necesitan los mismos, y quizás también la propia demandante, y se mantiene la situación conflictiva y alienadora, habrá de adoptarse una solución drástica, que a falta de la mejor, sea la menos perjudicial.

SEGUNDO.- En cuanto a la petición de otorgamiento de la custodia del hijo menor, Luis Angel , como subsidiario al pedimento principal referido a los dos hijos, todo lo expresado, unido a la indicación legal contenida en el *artículo 92 del Código Civil* , que nos dice que se procurará no separar a los hermanos, habrá de rechazarse. Esta Sala no ignora que cabe la posibilidad legal de otorgar la guarda y custodia separándolos pero sólo en supuestos excepcionales en que precisamente el interés de los mismos lo exija, lo que desde luego no se ha probado en los autos. Ciertamente existe el riesgo de que la madre ejerza una influencia negativa también sobre el hijo varón, pero hasta el momento no ha tenido el mismo efecto que con Lourdes, y suponiendo que estas resoluciones judiciales sirvan de revulsivo a la demandante para cambiar su actitud ante la expectativa de perder la custodia de sus hijos, y poner remedio a una situación que sólo puede terminar perjudicándoles, el cambio de custodia, y separación de los hermanos, no resulta la solución más conveniente para los mismos, pues añadiría a un cambio de vida radical, una pérdida que no se compensa por la posibilidad de comunicar esporádicamente con su hermana; aparte de que ningún informe la aconseja.

TERCERO.- En cuanto a las peticiones tercera y cuarta, sobre sumisión a tratamiento psicológico a ambos menores, para superar el síndrome de **alienación parental** , además de constituir un problema de ejecución de sentencia, se plantea como una cuestión nueva y que por más amplias que sean las facultades de los tribunales en orden a la protección del interés de los menores en los procesos de familia, no puede ser traído a la segunda instancia, sin un previo debate entre las partes, y un pronunciamiento de la sentencia de instancia.

Ciertamente es una recomendación del Equipo de Familia, que la demandante debería seguir, ante su aparente incapacidad para solventar por sus propios medios una situación tan perjudicial para sus hijos, pero no cabe su adopción como medida permanente en una sentencia cuya finalidad es precisamente revisar si son precisos cambios en las acordadas en la sentencia de separación. Es claro que si continúan los graves problemas en el cumplimiento del régimen de visitas y no se pone solución por la demandante, que ostenta la guarda y custodia, en la propia ejecución de la sentencia, se podrían adoptar, con audiencia de las partes, otras medidas, como la apuntada, para solucionar puntualmente el conflicto.

Todo lo que nos conduce a la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia dictada en la instancia que resulta ajustada a derecho y al resultado de la prueba practicada.

CUARTO.- No obstante la desestimación del recurso de apelación, la Sala considera que debe hacer uso de la facultad contenida en el *artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , y no hacer expresa imposición de las costas, dada la naturaleza de la materia sobre la que versa.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº Dos de Andújar, con fecha 31 de enero de 2006 , en autos de Juicio Sobre Modificación de Medidas, seguidos en dicho Juzgado con el número 379/2003 , debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, sin hacer expresa imposición de las costas del recurso.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº Dos de Andújar, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha. Doy fe.