

Id Cendoj: 28079370242006100267
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 24
Nº de Recurso: 796/2005
Nº de Resolución: 185/2006
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: MIRIAM DE LA FUENTE GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 24

MADRID

SENTENCIA: 00185/2006

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 24ª

Rollo nº: 808/05

Autos nº: 1298/03

Procedencia: Juzgado de 1ª Instancia nº 66 de Madrid

Apelante: D. Fidel

Procurador: Dª Mª CARMEN DE LA FUENTE BAONZA

Apelado: Dª Natalia

Procurador: Dª ANGELA SANTOS ERROZ

Ponente: Ilma. Sra. Dª MIRIAM DE LA FUENTE GARCÍA

SENTENCIA Nº 185

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Ilmo. Sr. D. Ángel Sánchez Franco

Ilma. Sra. Dª MIRIAM DE LA FUENTE GARCÍA

En Madrid, a 15 de febrero de 2006

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Modificación de Medidas con el nº 1298/03, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 66 de Madrid .

De una, como apelante, D. Fidel , representado por la Procuradora Dª Mª CARMEN DE LA FUENTE BAONZA.

Y de otra, como apelada, Dª Natalia , representada por la Procuradora Dª ANGELES SANTOS

ERROZ.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MIRIAM DE LA FUENTE GARCÍA .

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha 28 de enero de 2005, por el Juzgado de 1^a Instancia nº 66 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D^a M^a DEL CARMEN DE LA FUENTE BAONZA en nombre y representación de D. Fidel , como actor, contra D^a Natalia como demandado; debo acordar y acuerdo mantener, en su integridad los pronunciamientos contenidos en la sentencia de separación dictada en fecha 21 de Mayo de 2003 ."

Igualmente con fecha 11 de febrero de 2005, por ese mismo Juzgado se dictó auto aclaratorio, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo aclarar y aclaro la sentencia dictada en fecha 28 de enero de 2005 , suprimiendo en el fallo lo siguiente: "que estimando parcialmente la demanda" y sustituyéndolo por: "que desestimando la demanda".".

TERCERO.- Notificada la anterior resolución se preparó e interpuso recurso de apelación por la representación de D. Fidel al que se opuso la contraria en los términos que constan en escritos obrantes en autos.

Mediante providencia de fecha 28 de septiembre de dos mil cinco se señaló el día 25 de enero de 2006 para deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo que trae a don Fidel a la presente alzada persigue la revocación de la sentencia de instancia y en su lugar se dicte otra resolución que con estimación de su recurso conceda lo pedido en su demanda, es decir, que se admita la modificación de medidas de la sentencia de separación en el sentido de otorgar la guarda y custodia de la hija Desiré al padre (don Fidel) y que se proceda a modificar el resto de las disposiciones que esto conlleva (domicilio familiar y pensión de alimentos).

En primer lugar denuncia en apoyo de su postura que se ha producido infracción de las normas o garantías procesales en la primera instancia del *art. 24.1 de la C.E* . relativo a la tutela judicial efectiva y a no causar indefensión. El padre insiste en reclamar la guarda y custodia de su hija Edurne por entender que las circunstancias "que hicieron entregar la menor a la madre han cambiado sustancialmente a peor las que estaban mal, y las que estaban estables se han consolidado" (sic).

Han cambiado para mal las circunstancias personales de la madre, que si en el momento de la separación no estaba en condiciones de hacerse cargo de su hija, en la actualidad no está ni en condiciones ni de cuidarse ella misma. Ha desatendido su aseo personal, el de la casa que fue la vivienda familiar, hasta convertirla en un hogar de vagabundos a la que la hija tiene miedo a acceder. Carece de trabajo. Está a la espera de que se le conceda algún tipo de subsidio personal, mientras vive de la pensión de alimentos de su hija que no vive con ella y en un domicilio que en estricta justicia correspondería habitar a su hija y al padre de ésta. La madre carece de cualquier tipo de ayuda familiar, que ronda la marginalidad, y ella misma ha reconocido que es incapaz de hacerse con su hija adolescente.

En cuanto a la menor, que al tiempo de la interposición del recurso ya tenía 12 años, ha venido residiendo en el domicilio paterno y desde el primer día se negó a convivir con su madre, pese a los intentos policiales, del equipo de psicólogos del CAI y de ambos progenitores. Esta situación se ha consolidado; ha admitido la separación de sus padres y es su deseo -que ya manifestó en el proceso de separación-permanecer con su padre. Se ha adaptado perfectamente a vivir con su padre y la familia paterna los cuales ya con anterioridad a la separación se hacían cargo en gran medida de sus cuidados y atenciones. Vive feliz, con un buen rendimiento académico y personal. Entiende el apelante que Edurne , aunque durante la tramitación del procedimiento no había cumplido todavía los 12 años, y por tanto no era preceptivo que

fuera oída por el Juez a quo, no obstante, sí era muy recomendable porque es su propia voluntad y no la de sus progenitores, el querer convivir con su padre, hasta el punto que ni los esfuerzos policiales han conseguido que accediera a vivir con su madre. Entiende por último el recurrente que se ha producido una vulneración de los derechos de la menor que ni siquiera ha sido oída.

En segundo lugar denuncia error en la apreciación de la prueba. Alega que respecto de la única prueba que se ha realizado, el Juez a quo dispone dos medidas de las que discrepa, a saber:

1º.- Que "El CAI llevará a cabo un seguimiento de la relación materno filial y del régimen de visitas, debiendo remitir informes periódicos a este juzgado".

2ª.- Que ordena "que la menor empiece a convivir de forma inmediata con su madre".

Así las cosas, en cuanto a la medida 1ª consistente en que "El CAI llevará a cabo un seguimiento de la relación materno filial y del régimen de visitas, debiendo remitir informes periódicos a este juzgado", dice el apelante que dicho centro le ha manifestado su intención de seguir en la actualidad con el régimen de recibir en la consulta cada quince días a la niña y emitir informes cada seis meses. Disiente de esta medida adoptada y considera que, dada la situación actual en que la niña sólo ha pernoctado una noche con su madre desde que el padre abandonó el hogar familiar, el seguimiento ha de ser mucho más profundo puesto que la menor no desea permanecer -fundamentalmente por la noche- en compañía de su madre y ésta no es capaz de reconvertir en su hija el sentimiento de que es incapaz de cuidar de ella. Esta situación -agrega- no es desconocida por el CAI ya que en el propio informe que se envió al Juzgado se reflejaba la actitud de Edurne "... dejando claro que cuando sus padres se separen ella sólo quiere irse a vivir con el padre"... " Edurne rechaza todo lo que venga de su madre, expresando sentimientos de odio...". Concluye el recurrente que por este motivo la niña permanece las tardes en casa de su abuela, con su padre, sin que la madre la reclame y cuando llega el momento de volver a casa se niega, teniendo que ceder la madre para que duerma con su padre, todo ello a altas horas de la noche cuando al día siguiente tiene que acudir al colegio.

Por todo lo argumentado el recurrente solicita que el CAI debe realizar un seguimiento más cercano de la madre, de los cuidados de ésta a su hija y a su casa y desarrollo de la negativa de la menor a permanecer con su madre en el domicilio por las noches y no limitarse a las visitas quincenales, sino desarrollar una labor que respalde con hechos y no un mero inicio de intenciones, la posibilidad real de que la madre esté en condiciones de atenderse a ella misma y a su hija, ya que el CAI consideró que pese al rechazo frontal de la niña, ésta debía permanecer en su compañía, éste deberá articular medidas suficientes para evitar el desamparo no sólo psicológico sino físico de la menor.

En este orden de cosas el apelante también cuestiona la medida acordada en la sentencia cuando ordena "que la menor empiece a convivir de forma inmediata con su madre", porque la realidad es que a pesar de que la guarda y custodia fue atribuida a la madre, no obstante, desde el primer momento como ya dice la niña se quedó a dormir con el padre, y de esto hace ya casi dos años; además la niña ha manifestado su intención de no abandonar la casa paterna, por ello pide el apelante que se aclare cómo va a hacerse efectiva esta medida cuando la anterior medida de llamar todas las noches a la policía no consiguió nada más que Edurne se negase rotundamente a convivir con su madre, máxime cuando el padre ha hecho todo lo posible para que se cumpla la sentencia con resultado infructuoso. Ambos domicilios están muy próximos y es imposible impedir que la menor vaya por su propio pie al domicilio de su padre y manifieste su intención de comer o dormir allí; y ante esto el padre no tiene intención de obligarla a regresar a casa de su madre donde no quiere estar. Que en definitiva y atendidas las circunstancias explicadas el padre entiende que no está capacitado para cumplir lo impuesto en la sentencia. Incluso los psicólogos dan por imposible modificar una situación de hecho en la cual la niña está feliz y estable que ella misma ha elegido. Así, en su conclusión el CAI firma que "ni la alternativa paterna ni la materna nos parecen completamente satisfactoria, y lo único que se nos ocurre plantear es que se garantice al menos, un régimen de visitas estándares para la madre...". En fin, el Juzgado impone una orden inmediata en contra de la opinión de la menor y de la posición de los psicólogos, todo lo cual supone una "grave apreciación y valoración de la prueba" (entendemos ha querido decir un grave error en la apreciación y valoración de la prueba).

SEGUNDO.- Conocida ya la razón de ser de la presente alzada pasaremos a resolver las delicadas cuestiones planteadas por el apelante que se centran básicamente en la reclamación de la atribución de la guarda y custodia de su hija para sí. Centra su línea argumental en esencia en que la madre no es apta para ostentar la guarda y custodia y que desde el primer día en que recayó la sentencia de separación la niña está viviendo con su padre, que es una situación consolidada, que la niña se encuentra perfectamente

y que es su deseo y voluntad permanecer con su padre. Insiste mucho en que ésta es la voluntad de la hija que hay que tener en cuenta.

Pues bien; parece necesario detenernos en el informe elaborado por el Centro de Atención a la Infancia (CAI) que se encarga del seguimiento de la familia desde que hace varios años surgió el conflicto familiar, elaboró un informe psico-social de fecha 15 de marzo de 2004, obrante en autos a los folios 76 a 82; en él se lee que: "ha existido intrusismo de la familia paterna en las relaciones conyugales de los hoy litigantes... Tanto Fidel como su familia de origen con la que convive actualmente (madre, hermana, hermano, dos sobrinos y su hija) siempre han criticado las aptitudes parentales de Natalia , cuestionándola en el desempeño de sus funciones como madre, haciéndoselo ver también a Edurne , involucrándose de este modo en los conflictos maritales e induciendo a la menor a no visitar a la familia materna ni a quedarse sola con su madre, presuponiendo su peligrosidad y mal ejemplo para su hija y hablando despectivamente de la familia materna y de la madre".

"La conflictividad conyugal ha ido en aumento, haciéndose más acuciante en enero de 2002 cuando Natalia inicia las gestiones para separarse. Fidel cree que su mujer pide la separación para hacerle daño, por lo que expresa un sentimiento de hostilidad, sintiéndose engañado por ella. Es en estos momentos de deterioro conyugal cuando Fidel como la familia paterna, en forma abierta muchas veces y encubierta en otras, empiezan a descalificar aún más a Natalia en un intento de indisponer a la niña contra su madre; y así lo va observando el CAI a la vista de los encuentros que se realizan en el centro en el proceso terapéutico que se sigue con Edurne la cual cada vez que acudía al centro hablaba despectivamente de su madre y ... poco a poco iba tomando parte activa en las acusaciones y rechazo hacia su madre, no estando dichas acusaciones fundamentadas, utilizando la menor las mismas verbalizaciones descalificadas y denigrantes hacia su madre que las utilizadas por su padre y por su familia paterna".

El 21 de mayo de 2003 El Juzgado de Primera Instancia nº 66 de Madrid dicta sentencia de separación que atribuye la guarda y custodia de Edurne a la madre estableciendo un amplio régimen de visitas con el padre. "El mismo día que don Fidel sale del domicilio conyugal, acude su hermano a casa de ésta solicitándola su permiso para que dejase a la niña dormir con el padre y la familia de éste. Natalia lo autoriza. Edurne poco a poco empieza a negarse a dormir en casa de su madre e incluso a quedarse durante el día con ella".

Casi desde el principio don Fidel impone una resolución distinta a su favor a la establecida por el Juzgado en la sentencia de separación. Él es el que establece un régimen de visitas a favor de la madre consistente en recoger a la niña todos los días a las nueve de la mañana de casa de la abuela paterna para llevarla al colegio y recogerla a la salida del colegio los lunes, martes y viernes alternos. Con el tiempo estas visitas se van reduciendo".

"La relación de Edurne y su madre, fuera de la observación directa del padre o de la familia paterna es buena. Pero muy fluctuante y con altibajos. Y así lo observa el CAI con claridad cuando la niña viene acompañada sólo por su madre al centro. A diferencia de cuando acude con ambos progenitores que se muestra más distante con su madre".

"Si Natalia quiere ver a su hija... y cuando consigue que su hija salga a verla, la niña no consiente en distanciarse de la casa de la abuela, permaneciendo en la calle con su madre durante 5 ó 10 minutos y si algún miembro de la familia paterna (abuela o tía) o el padre salen al umbral de la puerta, Edurne regresa a su casa inmediatamente negándose a continuar con su madre... Natalia ante esta situación se encuentra impotente. Natalia tiene dificultades en el manejo de su hija en la situación que es rechazada".

La crianza de Edurne ha estado a cargo de doña Natalia , si bien es cierto que también han contado con el apoyo de la familia paterna.

Por todo lo expuesto en el informe se afirma que: " Fidel no acepta la parentalidad compartida, convirtiendo a Natalia en un enemigo con muy pocos o ningún derecho y descalificándola como persona y como madre. Resultante de todo esto es un modelo familiar para la niña patógeno que no da garantías de desarrollo saludables, encontrándonos con un síndrome de **Alienación Parental** (SAP) definido por Rainey Palmer como "el proceso por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla y actúa de manera descalificante o destructiva acerca del otro progenitor, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar o alienar o indisponer al hijo o hijos contra este otro progenitor". "Teniendo en cuenta que en su forma más común, el progenitor alienado y odiado es el padre, pero como señala Gabino , <<cuando el progenitor alienado es la madre, este Síndrome de Alienación suele adquirir características de mayor crueldad, tanto para ella como indirectamente para los hijos. La madre suele ser

expulsada, denigrada y culpabilizada de todos los males imaginables, negándosele todos sus atributos, por su excónyuge, perfecto, que desempeña el papel de padre y madre>>.

Se concluye diciendo en el informe que actualmente " Eurne se encuentra en un grave conflicto de lealtad hacia la familia paterna por lo que expresa en ocasiones un rechazo hacia la madre que no siente. Desde que ha iniciado un proceso de psicoterapia individual va tomando conciencia de su realidad familiar y de su vínculo paterno y materno-filial. El objetivo de tal psicoterapia es garantizar un vínculo positivo con ambos padres y que se produzca mayor acercamiento afectivo a la madre sin temor al rechazo de su comportamiento y sentirse excluida de los afectos paternos. Dicho proceso puede conllevar varios meses de tratamiento. Actualmente se mantienen entrevistas de periodicidad semanal, a las que acude puntualmente la menor, en las últimas sesiones acompañada por ambos padres. Su actitud es colaboradora, implicándose activamente en su tratamiento".

"Sabemos que la situación actual de alejamiento de la menor hacia su madre produce carencias en el apego materno-filial que si se sigue prolongando en el tiempo, resultarán a medio y largo plazo muy difíciles o imposibles de restituir".

Por otra parte, también se ha elaborado un informe psicosocial (folios 91 a 96) por el equipo adscrito al Juzgado y después de hacer un estudio detenido de las circunstancias concurrentes destaca que "a Eurne de le está transmitiendo una imagen distorsionada y negativa de la madre, que a base de repetirla a lo largo del tiempo termina calándole muy hondo y finalmente asume las opiniones como si fueran propias generándole un distanciamiento de la figura materna con el beneplácito del padre". En las conclusiones se dice que "El rechazo de la menor a la figura materna se debe en cierta medida a la influencia del padre y la familia paterna, quienes se empeñan en transmitirle, de manera interesada, una imagen deteriorada de ésta, así como una información sesgada y un mayor desajuste del existente, sin pararse a pensar en sus propias limitaciones y errores, creyendo que lo bueno sólo puede aportárselo él. La reiteración de estos mensajes, terminan fijando las cosas en la menor, resultando totalmente perjudicial para su desarrollo madurativo".

"No obstante, los sentimientos y reacciones de Eurne frente a su madre, también se deben a su propia experiencia junto a ella. La menor quiere a su progenitora, pero no acepta alguna de sus características personales, percibiendo cierta negligencia en sus obligaciones para con ella, lo que le hace sentir incómoda e insegura. A su vez, la Sra. Natalia , presenta algunas dificultades y carece de las habilidades suficientes para ganarse a su hija, y poder contrarrestar los excesos o defectos del padre, a pesar de los apoyos que viene recibiendo por parte del CAI y demás instituciones".

"El progenitor masculino suele imponer sus condiciones y la madre se limita a ceder. Por otro lado, posee mayor autoridad frente a su hija, dispone de un puesto laboral y un sueldo, y se ve arropado por los miembros de su familia, quienes tienen un papel muy activo en el cuidado y atención de la menor".

"Ha transcurrido más de un año, desde que le fue atribuida a la madre la guarda y custodia, si bien desde el primer momento la menor se quedó a dormir con el padre, viéndose limitado el contacto materno-filial. Entendemos que la viabilidad o no de la guarda y custodia, no depende tanto de la norma o lo legal, sino de las características y aptitudes de los padres, y en este caso, se ha impuesto una realidad al margen de lo manifestado por los profesionales".

"En las situaciones en las que se da un Síndrome de **Alienación Parental** , algunos autores proponen alejar temporalmente al menor del alienador. Cabe preguntarse si, en las circunstancias que nos ocupan, ésta sería la opción más adecuada y positiva para la menor.

"En base a lo anteriormente expresado parecería injusto no tener en cuenta e incluso reforzar, el incumplimiento de la sentencia por parte del Sr. Fidel . Por otro lado la menor sigue manifestando su preferencia por el padre, y en la práctica es éste y su entorno, el que está asumiendo su cuidado. Lo que nos lleva a pensar que un cambio de situación facilitaría el total distanciamiento materno-filial".

"Ni la alternativa paterna ni la materna nos parecen completamente satisfactorias y lo único que se nos ocurre plantear es que se garantice, al menos, un régimen de visitas estándar para la madre, siendo imprescindible que la familia siga en contacto con el apoyo y seguimiento del CAI".

TERCERO.- Sentado cuanto antecede y valorando ambos informes, el resto de las pruebas obrantes en autor incluida la exploración de la menor que sí fue oída por el Juez a quo y así obra al folio 73, por lo que ningún derecho de la menor se ha conculcado como denuncia el recurrente, la Sala comparte los razonamientos vertidos por el Juez de instancia ya que en efecto, resulta claro que el Sr. Fidel ha

incumplido la sentencia de separación que atribuía la guarda y custodia de la niña a la madre; le ha ocasionado un grave perjuicio a la menor, que se ha visto privada y limitada en la relación materno filial y además se la ha indispuerto contra ella inducida por el padre y la familia paterna hasta el punto de que Edurne padece el Síndrome de **Alienación Parental** respecto de su madre con las graves consecuencias que esto acarrea y puede acarrear en el futuro, como se lee en los informes, a lo que hay que poner remedio y evitar que esto continúe para soslayar mayores perjuicios. No es atendible que se pretenda hacer recaer en una niña de 11 años, ahora 12 (13 años cumplidos el 9 de marzo), el poder de decisión sobre la guarda y custodia máxime en las delicadísimas circunstancias que concurren en el caso de autos donde existe un Síndrome de **Alienación Parental** .

Por todo lo razonado y ante las graves circunstancias concurrentes y dada la clara actitud del padre, se ha de garantizar al máximo la relación materno filial en beneficio de la menor cuya guarda y custodia debe permanecer a favor de la madre con el correlativo régimen de visitas para el padre en los términos expresadas en la sentencia de separación que reiteradamente ha sido incumplida por el padre; en consecuencia Edurne debe comenzar a vivir de forma inmediata con la madre, como ya ordenaba la sentencia hoy recurrida. En este mismo sentido informó el Ministerio Fiscal en la instancia y en la alzada solicita la confirmación de la sentencia.

Así también el CAI debe continuar con el seguimiento (que ya fue acordado en la sentencia de separación) de la relación materno filial y del régimen de vistas, debiendo remitir informes periódicos al Juzgado. Esta orden es clara: observar la relación entre madre e hija de un lado y el régimen de visitas del padre-hija de otro. Si el apelante considera que el seguimiento ordenado judicialmente al CAI no se ajusta a este mandato deberá informar al Juzgado lo que estime oportuno para que éste decida al respecto.

Por último, conviene recordar el mandato constitucional recogido en el *art. 118 de la C.E* . que proclama que "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto"

En méritos a los razonamientos expuestos el recurso ha de ser desestimado y procede confirmar la sentencia de instancia en todos sus extremos. Procede imponer las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente a tenor del *art. 398.1 de la L.E.C* .

III.- F A L L A M O S

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Fidel , representado por la Procuradora D^a M^a CARMEN DE LA FUENTE BAONZA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 66 de Madrid, de fecha 28 de enero de 2005, en autos de Modificación de Medidas n^o 1298/03 ; seguidos con D^o Natalia representada por la Procuradora D^a ANGELA SANTOS ERROZ.; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la mentada resolución íntegramente, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. con expresión de sus derechos a las partes.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En Madrid, a se publica la misma por la Ilma. Sra. D^a. MIRIAM DE LA FUENTE GARCÍA . Doy fe.