

EDJ 2010/374802

AP Málaga, sec. 6ª, S 19-10-2010, nº 522/2010, rec. 873/2009

Pte: Suárez-Bárcena Florencio, Inmaculada

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ALIMENTOS

PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

Determinación de la cuantía

Proporcional a ingresos y necesidades

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Preferencia por la madre

Régimen de visitas

Favor "filii"

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.39.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.94, art.158, art.170 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Bibliografía

Citada en "Especialidades civiles en violencia de género"

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer N.º Tres de Málaga dictó Sentencia de fecha 4 de diciembre de 2008 en el juicio de Divorcio N.º 28/08 del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO.- Que estimando parcialmente la demanda de divorcio interpuesta DOÑA Camino contra DON Inocencio, debo declarar y declaro la disolución del matrimonio por divorcio de los expresados con todos los efectos legales, y en especial los siguientes.

1) La atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor Ovidio.

2)La privación temporal de la patria potestad del padre con respecto al hijo, suspendiendo el régimen de visitas hasta tanto se proceda al cumplimiento de la pena accesoria impuesta por el Juzgado de lo Penal n.º4 de Málaga en Sentencia de fecha 12 de mayo de 2.008 de prohibición de aproximarse y comunicación con su hijo.

3)La atribución al hijo y a la madre del uso y disfrute de la vivienda conyugal, sita en la calle DIRECCION000, n. NUM000, NUM001 NUM000 de Málaga. El demandado deberá retirar, si no lo ha hecho ya, los objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia, previo inventario, tanto de lo que permanece en la vivienda, como de lo que extraiga el que la abandona, debiendo la esposa abonar los gastos de sostenimiento de la vivienda que ha constituido el hogar familiar, la comunidad y la contribución que genera dicho inmueble.

4)Se fija como pensión alimenticia en beneficio del menor la cantidad de doscientos euros, que deberá abonar el demandado por meses anticipados, en doce mensualidades y dentro de los primeros cinco días de cada mes, a partir de la fecha de la presente resolución, en el cuenta que la madre designe, lo cual deberá poner en conocimiento de esteJuzgado. Dicha cantidad será actualizada con efectos de primeros de enerode cada año, con arreglo al porcentaje de variación de las retribuciones fijas del obligado al pago, o en su defecto, de acuerdo con la variación experimentada por el Índice General de Precios al consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Igualmente, el padre deberá responder del 50% de los gastos extraordinarios conforme a lo establecido en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente resolución.

5º)El demandado deberá responder del pago del 50% de la cuota hipotecaria que grava la vivienda familiar.

6º)La disolución del régimen económico matrimonial.

7º)No ha lugar a realizar especial pronunciamiento en materia de costas" (sic).

SEGUNDO.-.- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la actora, el cual fue admitido a trámite y su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, donde, al no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el día 14 de octubre de 2010, quedaron las actuaciones conclusas para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D.ª Inmaculada Suárez Bárcena Florencio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-.- La Sentencia dictada en la anterior instancia estima en parte la demanda de divorcio formulada por la representación procesal de Doña Camino, frente a D. Inocencio, declarado en rebeldía en la instancia, y, en su virtud, además de declarar disuelto por divorcio el matrimonio que en su día contrajeran ambos litigantes, atribuye a la madre la guarda y custodia del hijo común Fabián; priva al padre temporalmente de la patria potestad sobre el menor, suspendiéndose el régimen de visitas hasta tanto el demandado cumpla la pena accesoria impuesta por el Juzgado de lo Penal N.º 4 de Málaga en Sentencia de 12 de mayo de 2008, de prohibición de aproximarse a su hijo y comunicar con él (durante el plazo de cinco años); atribuye a madre e hijo el uso y disfrute del que fuera domicilio familiar, debiendo la esposa asumir los gastos que genere el referido inmueble y, como pensión alimenticia a cargo del padre y a favor de Karim, fija la cantidad de 200 euros al mes, estableciéndose la forma de pago y las correspondientes bases de actualización, así como la obligación del padre de satisfacer el cincuenta por ciento de los gastos de índole extraordinaria que puede general el menor, así como el pago del 50% de la carga hipotecaria que grava la vivienda familiar, todo ello, sin especial imposición de costas. Frente a esta Sentencia se ha alzado en apelación la parte actora a través de su representación procesal.

SEGUNDO.-.- Manifiesta la parte apelante que el pronunciamiento de la sentencia dictada en la anterior instancia en virtud del cual se priva al padre temporalmente de la patria potestad sobre el hijo común Ovidio y se suspende el régimen de visitas hasta tanto no se proceda por el demandado al cumplimiento de la pena accesoria que le ha sido impuesta por el Juzgado de lo Penal N.º 4 de Málaga, no es ajustado a derecho, y que, habida cuenta de la condena impuesta al hoy demandado, por los malos tratos inferidos a Ovidio, la medida ajustada a derecho sería la de privación de la patria potestad y de cualquier tipo de régimen de visitas del demandado para con el menor, pidiendo en tal sentido la revocación de la Sentencia. Pues bien, conviene recordar que la patria potestad se configura como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos. Es una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle la asistencia de todo ordena, artículo 39.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , por lo que todas las medidas judiciales relativas a ella han de adoptarse considerando primordialmente el interés superior del hijo, como indica la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 Nov. 1989, artículos 3.1, 9 y 18.1, en cuyo beneficio está concebida y orientada está institución. Por ello, la privación de la patria potestad, artículos 92 y 170 del Código Civil EDL 1889/1 , que por su gravedad ha de reputarse excepcional, y aplicarse únicamente en casos extremos, no puede ser considerada sin más una especie de sanción abstracta a la conducta indigna de sus titulares, pues sobre tal consideración prima el interés del menor y, por ello mismo, la conveniencia y oportunidad de tan rigurosa medida para su adecuada protección. Así pues, para establecerla no basta la sola constatación de un incumplimiento, aún grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor. En suma, se exige: a) la existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla, y b) la razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de persona e intereses del menor. Así las cosas, es el principio jurídico, de universal observancia, denominado del favor filii, proyectado en orden a resolver siempre la contienda en beneficio del menor, el que determina que, aunque eventualmente pueda conllevar el sacrificio de posibles derechos e intereses de terceras personas que en otras circunstancias serían dignos de tutela, en el caso de que entren en colisión con aquel primordial principio, debe ser éste el que reciba respaldo de los Tribunales. En el caso presente, esta Sala entiende, que si bien el demandado, ha sido condenado como autor de un delito de malos tratos en la persona de su hijo menor, en virtud de Sentencia dictada en 12 de mayo de 2008, por el Juzgado de lo Penal N.º 4 de Málaga, confirmada por la Audiencia Provincial, a la pena accesoria de prohibición de aproximarse además de a la actora y a un hijo de ésta nacido de una anterior relación de la misma, a su hijo Ovidio, en un radio de 500 metros, así como a comunicarse con ellos por cualquier medio, durante el plazo de cinco años, y que el demandado se encuentra cumpliendo las penas privativas de libertad que le fueron impuestas, de los hechos probados de la Sentencia penal se colige que, tanto la pena privativa de libertad, como la accesoria que le fueron impuestas al hoy demandado, por los hechos relacionados con su hijo menor Ovidio, tienen su origen en los sucesos acaecidos el día 4 de abril de 2008, sobre las 23,30 horas, en el domicilio familiar, en el que los hoy litigantes se encontraban por haber reanudado su convivencia de mutuo acuerdo, cuando llegó al mismo el padre de Ovidio e intentó darle un beso a su hijo, y, al rechazarle éste, le pegó al pequeño un guantazo en la pierna, desarrollándose el resto de los acontecimientos solo entre la hoy actora y el demandado y el mayor hijo de la actora Ernesto, nacido de una anterior relación de la misma. Entendemos que, ello así, la privación absoluta y total de la patria potestad y de las visitas padre e hijo, como pretende la recurrente, y sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse, cuando transcurra el plazo de cinco años, fijado en la Sentencia recaída en el proceso penal, no salvaguardaría el principio de favor filii, al tratarse de una medida drástica reservada para casos extremos, que no es el que nos ocupa. El temor de la madre a que el hoy demandado, de nacionalidad marroquí, pueda llevarse al menor al país de origen del mismo, no es tampoco causa para privar totalmente al padre de la patria potestad

sobre su hijo, pues, no solo no hay prueba alguna en los autos, ni aún indicaría, que permita presumir que tal es la intención del padre, sino que además, bien puede la madre, en su día, pedir al juzgado la adopción de medidas oportunas al amparo del artículo 158 del Código Civil EDL 1889/1 , para impedir que ello ocurra, medidas de protección del menor que también puede instar el Ministerio Fiscal, e incluso adoptar de oficio el juzgador a quo. En cuanto a la privación definitiva del derecho de visitas padre-hijo, también pretendida por la recurrente, se ha de decir que el derecho de visitas no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, como excusa o motivo para aflorar las discrepancias o tensiones existentes entre los progenitores y los integrantes, en definitiva, del entorno familiar; al contrario, el fin perseguido con tal derecho que asiste tanto al progenitor no custodio como al hijo, no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con el progenitor con el que no conviven, intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo entre el menor, y el progenitor no custodio, procurando con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecer un desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro, y por ello es recomendable, en principio siempre, que se ejerza con generosidad, adaptándose a las necesidades de los hijos, con la mira puesta en su beneficio. El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye no solo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores. En la regulación de las cuestiones que afecten a menores es de interés de éstos el que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, como establece el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Y siendo tan conveniente y necesario para los hijos el mantenimiento de una comunicación amplia y habitual con los padres, con ambos en igual medida hasta donde sea posible cuando los progenitores no conviven, las medidas inflexibilidad, de limitación o de restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, solo deben adoptarse cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen (artículo 94 del Código Civil EDL 1889/1), que resulten debidamente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo. En el presente caso, el derecho de visitas padre e hijo está suspendido temporalmente, concretamente en tanto transcurren los cinco años de cumplimiento de la pena accesoria impuesta al padre, pero no hay razón alguna, para imponer la medida de suspensión absoluta y sine die del derecho de visitas padre e hijo, sin perjuicio de que, una vez transcurrido ese plazo de cinco años, y previa valoración de las relaciones padre e hijo, y conveniencia e inoportunidad de comunicaciones entre los mismos, por los correspondientes equipos de profesionales adscritos al juzgado, y valoración de las circunstancias que entonces concurren, se pueda llegar, bien a acordar la suspensión definitiva de tales visitas, bien un régimen de visitas adecuado a la situación que entonces pueda existir, e incluso adoptar cualquier otro tipo de medida, a la vista del interés superior del menor, que es el que ha de presidir cualquier tipo de decisión que se adopte en relación al mismo y no el de los padres, ni aún el de la madre guardadora, como erróneamente afirma la recurrente. Razones las expuesta que permiten rechazar en su integridad el recurso de apelación formulado y consecuentemente confirmar la Sentencia apelada.

TERCERO.-.- Conforme a los artículos 398.1 y 394.1 ambos de la LEC EDL 2000/77463 , no obstante la desestimación el recurso de apelación, dada la especial naturaleza de la cuestión controvertida y las particulares circunstancias concurrentes en los autos, no se hace especial imposición de las costas procesales que en esta alzada se hubieren podido devengar.

VISTOS los preceptos citados y los demás de legal y oportuna aplicación.

FALLO

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Doña Camino, frente a la Sentencia de fecha 4 de diciembre de 2008, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer N.º Tres de Málaga, en los autos de Juicio de Divorcio N.º 28/08 a que este Rollo se refiere y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, no haciéndose especial imposición de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Devuélvase los autos originales con certificación de esta Sentencia al Juzgado del que dimanen para su ejecución y cumplimiento.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 29067370062010100585