

## EDJ 2010/361612

AP Tarragona, sec. 1ª, S 30-12-2010, nº 24/2011, rec. 322/2010

Pte: Nasarre Aznar, Sergio

Comentada en "Especialidades civiles en violencia de género"

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### COSA JUZGADA

##### PREJUDICIALIDAD

Prejudicialidad penal

Requisitos

#### MATRIMONIO

##### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Régimen de visitas

Supresión

##### PAREJAS DE HECHO

Medidas en relación a los hijos

Alimentos

Visitas

#### PATRIA POTESTAD

##### SUSPENSIÓN

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita art.55 de Ley 12/2009 de 10 julio 2009

Cita LO 2/2006 de 3 mayo 2006. Educación

Cita art.23 de LO 10/2002 de 23 diciembre 2002. Calidad de la Educación

Cita art.40, art.217, art.394.1, art.398.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.5, art.8, art.27 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.142, art.154 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Bibliografía

Comentada en "Especialidades civiles en violencia de género"

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los de la Sentencia recurrida, y

PRIMERO.- Que la sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: Atendiendo a los hechos y fundamentos jurídicos anteriormente se acuerdan las siguientes medidas definitivas:

1ª.- Declarar la extinción de la unión estable de la pareja de hecho

2ª.- La Patria potestad se otorga a Doña Laura, quedando suspendida la misma respecto al señor Jesús María,.

3ª.- El uso y disfrute del domicilio familiar y el ajuar se establece en favor del padre, el señor Jesús María, así como sus gastos.

4ª. La guarda y custodia de las hijas menores se atribuye a su madre.

5ª. El padre no tendrá derecho de visitas.

6ª. El padre deberá abonar como pensión alimenticia para las hijas comunes menores de edad la cantidad de 210 euros por cada una mensuales, que el padre deberá abonar a la madre dentro de los 7 primeros días de cada mes y que se actualizará anualmente conforme al índice de precios al consumo, así como sufragará la mitad de los gastos extraordinarios de las menores".

SEGUNDO.-.- Que contra la mencionada sentencia se solicitó la preparación de la apelación y, evacuado ese trámite, se interpuso recurso de apelación por la parte DEMANDADA sobre la base de las alegaciones que son de ver en el escrito de alegaciones presentado.

TERCERO.-.- Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formulen oposición al recurso o impugnación de la sentencia apelada, por la parte ACTORA se interesa la confirmación de la sentencia apelada. Lo mismo solicita el MINISTERIO FISCAL.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Sergio Nasarre Aznar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente alega como motivos del recurso los siguientes: 1) Que debe dársele la prejudicialidad penal en base a los arts. 40.2.1º y 2º LEC EDL 2000/77463, lo que les es denegado en la instancia. El Sr. Jesús María nunca ha maltratado a sus hijas, admitiéndose por el juzgador de instancia esto como un hecho cuando aún no ha sido probado ni ha sido condenado por delito por ello, teniendo ello como consecuencia la suspensión de su patria y potestad, sin establecer por ello un régimen de visitas a favor del padre; nada tiene que ver que las menores no estuvieran escolarizadas, que no tuvieran un control médico o que supuestamente debieran obedecer unas órdenes o un sistema de vida dictado por el padre. Así, ambos progenitores decidieron seguir el sistema educativo japonés, ni tampoco han sufrido enfermedad alguna y, el modo de vida, no les impedía relacionarse con otras personas. 2) Que no es cierto que la capacidad económica del Sr. Jesús María sea de 2.000 euros/mes, sino que están en paro y las fincas que tenía tuvo que venderlas para hacer frente a unos préstamos. Por lo tanto, teniendo en cuenta la capacidad del obligado a dar alimentos (se le ha condenado a 210 euros/mes para cada una de sus 4 hijas), se consideran violados los arts. 154 y 142 CC. EDL 1889/1

A ello se opone el Ministerio Fiscal, señalando que no se dan los requisitos del art. 40 LEC EDL 2000/77463 para otorgar la prejudicialidad penal, porque el proceso penal en nada perjudica al hoy demandado, ya que se confirma lo que se estableció en el Auto de medidas provisionales; y en cuanto a la cuantía de los alimentos, ha quedado acreditada la precaria situación de la madre y que los ingresos del demandado eran más que los 50 euros/mes que había declarado percibía.

También se opone la demandante, Sra. Laura : 1. En cuanto a la prejudicialidad, no hay conexión entre lo que se debate en el ámbito penal (malos tratos en el ámbito familiar y supuesta agresión sexual) y la patria y potestad y guarda de los hijos que aquí se discute; y tampoco tendrá influencia lo que allí se decida, especialmente si sale inocente. 2. En cuanto a la suspensión de la patria y potestad, el Equipo de Asesoramiento Técnico evidenció una relación familiar disfuncional con riesgos para el desarrollo de las menores, no potenciación de la socialización de las hijas, inexistencia de contacto afectivo padre-hijas y que éstas se han visto expuestas a una situación de riesgo y se recomienda que no haya visitas. 3. En cuanto a la pensión de alimentos, el Sr. Jesús María se ha venido poniendo en situación de insolvencia paulatinamente desde el 12-2-2009, cuando la Sra. Laura se marchó de casa, viéndose prescindido de sus servicios de acupuntor y malvendiendo unas fincas a unos familiares.

SEGUNDO.-.- En cuanto a la prejudicialidad penal, el art. 40 LEC EDL 2000/77463 señala que sólo se suspenderá el proceso civil si existe causa penal, si los hechos investigados en la causa criminal de apariencia delictiva sean alguno o algunos de los que fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil y, además, que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en la causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

Si bien en el presente supuesto sí se ha verificado la existencia de causa penal por malos tratos en el ámbito familiar y posible agresión sexual, ello no es el fundamento necesariamente para suspender la patria y potestad del demandado, porque la suspensión de la patria y potestad no puede provenir solamente de delito, sino que puede provocarla otros motivos que desaconsejen que, transitoriamente, uno de los progenitores no es conveniente que pueda tomar decisiones sobre la persona y/o el patrimonio de los menores, atendiendo al art. 136 CF que se refiere como requisito el "incumplimiento grave y reiterado de sus deberes", y, además, señala que la resolución judicial no debe ser necesariamente sólo penal; de manera que la suspensión de la potestad es independientemente de si se cumplen o no los requisitos establecidos para los tipos penales enjuiciados sino que depende de tal incumplimiento grave y reiterado de sus deberes como padre. Así, la resolución penal en cuestión puede tener influencia aunque limitada y no decisiva: limitada porque ninguna tendrá al respecto si es declarado inocente y no decisiva porque la suspensión de la potestad y, veremos, de las visitas no depende necesaria e inexcusablemente de que se produzca un tipo penal, sino que es criterio civil sobre cómo se ha ejercido todo este tiempo. En cuanto a las visitas, el art. 135.1 CF autorizaría a que el padre tuviese relaciones personales, incluso sin potestad, con las hijas a no ser que una resolución judicial lo disponga de otro modo, indicando el 135.3 CF que dichas visitas se pueden suspender, modificar o denegar si éstos incumplen sus deberes "y, en todos los casos, si las relaciones pueden perjudicar al menor".

A ello hay que añadir que la prejudicialidad penal debe admitirse restrictivamente para impedir su uso abusivo que provoque la suspensión de procedimientos civiles, sino que lo que se dilucide en lo penal deba tener "influencia notoria" o "decisiva" (art. 40.2.2 LEC EDL 2000/77463) en lo que se esté dilucidando en el civil de manera que éste no pudiese resolverse sin aclarar antes el aspecto penal o que éste condicione decisivamente la solución del civil. Es decir, si el fallo civil no se ve supeditado o altamente condicionado al penal el procedimiento civil debe resolverse sin necesidad de suspensión, dado que en este caso, el resultado civil no depende de la existencia de un delito penal (ver, así, las SAP Guadalajara 23-5-2003, SAP Madrid 16-5-2006, SAP Barcelona 18-10-2005, AAP Madrid 24-3-2006 y SAP Barcelona 6-4-2006). Hacemos también nuestra la argumentación del Ministerio Fiscal en cuanto al no perjuicio para el demandado en tanto que se le imponen como definitivas las medidas que ya se impusieron en el Auto de Medidas Provisionales de 28-9-2009.

Por lo tanto, debe denegarse la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal.

TERCERO.- En cuanto a la suspensión de la potestad, el art. 136 CF requiere "incumplimiento grave y reiterado de sus deberes". En el ámbito personal - el patrimonial no es de aplicación al presente caso- el art. 143.1 CF señala que "En virtud de la potestad, el padre y la madre deben cuidar de los hijos y tienen en relación a ellos los deberes de convivencia, de alimentos en el sentido más amplio, de educación y de formación integral". De las pruebas obrantes en autos se extrae que:

a) Las menores (en enero de 2010, de 10, 8, 5 y 2 años de edad) no estaban escolarizadas. El demandado, Sr. Jesús María, señala ante el Servicio de Auxilio Judicial que ambos progenitores así lo decidieron por desagrado con el sistema educativo español y que la opción de educarlas en casa refuerza el vínculo paterno-filial, adaptándose a las necesidades de las hijas. También declaró que la enseñanza de las hijas quedaba al cuidado de la madre (demandante; así lo reconoce ésta en DVD 1:24, enumerando diversas materias), aunque venían dos profesoras, una de violín y la otra de gimnasia rítmica y en DVD 12:40 relata las materias que aprendían. Según la reciente STC 2-12-2010, es obligación de los padres cumplir tanto con el arts. 9 y 27.4 LOCE (LO 10/2002, 23 EDL 2002/53949 de diciembre, de calidad de la educación) y 4.2 LOE (LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación EDL 2006/36961 ) en relación a que existe un período de escolarización obligatoria y gratuita (entre los 6 y los 16 años de los menores), de manera que los padres que no escolaricen están incumpliendo dicho mandato legal, dado que su libertad de educación (art. 27 CE EDL 1978/3879 ) se concreta en la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización y a su facultad de crear centros educativos. Por su parte, el derecho de todos a la educación se concreta en el derecho de los padres a escoger centro docente y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27 CE EDL 1978/3879 y ATC 18-12-1996). Estos derechos no pueden amparar la no escolarización de los hijos, según la propia STC 2-12-2010. Ello también queda amparado por el art. 26.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos que dispone que la "instrucción elemental será obligatoria". Los arts. 27.2, 5 y 8 CE EDL 1978/3879, además, prevén una inspección y homologación del sistema educativo, que deberá garantizar el pleno desarrollo de la persona humana, según los principios democráticos, más allá de la mera transmisión de conocimientos. El propio TC muestra la insuficiencia del homeschooling en el sentido que éste puede servir como transmisor de conocimientos, pero como ella es sólo parte de la educación, sólo la imbricación de los menores en un sistema escolar obligatorio que les ponga en contacto cotidiano y directo con la sociedad plural garantiza su libre desarrollo de la personalidad, lo que no lo hace un contacto puramente ocasional o fragmentario, citando el caso Konrad vs Alemania de 11-9-2006 núm. 35504/03. Precisamente, en cuanto a la socialización de las menores, en Auxilio Judicial el demandado nombró a una amiga que subía los fines de semana y que las niñas hacían natación y participaban en actos del pueblo. Acaba concluyendo el TC que en el período de educación obligatoria está excluida la opción de los padres a enseñar a sus hijos en su propio domicilio en lugar de proceder a escolarizarlos. Por su parte, el art. 55 Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña se refiere a que excepcionalmente pueden impartirse no presencialmente enseñanzas obligatorias en determinadas circunstancias EDL 2009/142997 , pero también señala en su apartado 5º que el profesorado que lo imparta debe tener la titulación requerida para cada etapa, lo que no queda acreditado en el presente caso, además de no cumplirse otros requisitos como que los alumnos consten en un registro a tal fin; también debe reseñarse que esta norma es posterior al inicio de la escolarización obligatoria de dos de las menores. Atendiendo al informe de Auxilio Judicial, el demandado era el componente rígido y autoritario de la pareja y la demandante es la que representa una personalidad dependiente, con fragilidad emocional, cediendo y acatando las imposiciones del progenitor (folio 204). Ello concuerda con la afirmación de la demandante a la pregunta de por qué no estaban escolarizadas -y ahora sí- al señalar que fue por decisión del demandado (DVD 21:30).

b) En cuanto a la organización en casa, el Sr. Jesús María reconoció ante Auxilio Judicial que en casa había un orden cronológico por edades. La demandante, por su parte, señala que no iba a comprar sola nunca y siempre con él y que después de las clases de violín debía volver a casa (DVD 3:00). Señala que era norma de él que vivieran en casa encerradas, con visitas esporádicas de familiares, sometidas a muchas normas (DVD 8:00); ello queda corroborado por declaración en Auxilio Judicial de la hija Shelli que señala que vivían lejos, que el progenitor no tenía amigos y que nadie venía a casa excepto una amiga, Lupe (folio 202). No obstante, señala que las niñas no recibieron maltrato físico por parte del padre (DVD 14:00) pero apunta hacia el psicológico alertando del miedo de una de las niñas cuando la llamaba el padre (DVD 14:06). Reconoció ante Auxilio Judicial -corroborado por declaración de la hija Naabra- que algunas actividades estaban prohibidas como ir al pueblo -vivían en una finca algo alejada, según el propio informe-, ver la televisión entre semana, comer carne, caramelos, etc. (folio 199), lo que hacían a escondidas. Las declaraciones de la hija menor mayor, Naabra evidencian también un control importante del padre sobre la persona y vida de la madre (folio 201) y las hijas (obligación de salud, falta de afecto; Shelli señala que hasta los 7 años no había recibido regalo alguno del padre). También siguiendo el informe de Auxilio Judicial, reproduciendo lo que señaló Servicios Sociales del Consell Comarcal del Baix Camp, señala que las menores no tenían seguimiento médico y que sólo en la Casa de acogida ha podido la madre aceptar que les suministren las vacunas mínimas pues no las tenían impuestas (folios 203 y 204).

c) El informe de Auxilio Judicial de 19-3-2010 (folios 241 a 257) concluye que los roles tan polarizados de los padres "ha estat disfuncional, desadaptable, comportant elevats riscos pel desenvolupament de tots els membres i especialment de les menors". Además, señala que había una "estratègia de resolució dels conflictes poc funcional" y que "no s'ha potenciat la socialització de les filles, per la qual cosa aquestes s'han vist privades de la recepció d'estímul de la societat, en la que hauran de viure i conviure". Se recomienda, además, que la demandante reciba apoyo psicológico. Otra conclusión hace énfasis en que "entre pare i filles no existia contacte físic i afectiu" y que ello provoca "risc de desajustament si no han estat degudament cobertes". Se concluye por ello que las menores reciban apoyo psicológico. El rol atribuido a la menor Naabra (ej. cuidar de las hermanas) no ha favorecido el correcto desarrollo de la menor y tanto ella como su hermana Shelli tienen "sentiments d'ambivalència (...) respecte a la possibilitat de remprendre el contacte amb el pare". El informe, además, señala que se verificó con los servicios correspondientes que había motivos para la marcha de la madre con las hijas dado que éstas no estaban escolarizadas, falta de suficiente seguimiento médico, el modo de vida, etc. La conclusión final del

informe es que las 4 hermanas "han estat exposades a una situació de risc" y, en aras a su estabilidad, no se recomienda establecer un régimen de visitas en un Punt de Trobada porque ahora es indispensable controlar la seguridad, el anonimato y el mantenimiento de la situación actual de las menores.

Vistas las pruebas obrantes en autos, el régimen educativo y funcional impuesto -en tanto que su posición dominante evidenciada por el Informe de Auxilio Judicial; ver también declaración de la Sra. Julia reseñada por el juzgador de instancia la imposición de normas por parte del demandado en el tema educativo; se resalta el dualismo de roles de nuevo en DVD 5:10- a la familia por el demandado ha llevado a la no escolarización de las menores -cuando es obligatorio-, a necesitar éstas y su madre ayuda psicológica, a no estar las niñas socializadas suficientemente -recordemos el control sobre la libre deambulaci3n de la demandante e hijas, reseñada también por el juzgador de instancia- y a no tener la vacunaci3n m3nima, lo que se ha venido corrigiendo desde que la madre, siguiendo indicaciones de los Servicios Sociales (folio 203), se llevase a las niñas, que ahora est3n escolarizadas y vacunadas. En definitiva hacemos nuestra la valoraci3n de la prueba del juzgador de instancia, al quedar evidenciado el ejercicio de la patria y potestad por parte del demandado en claro perjuicio de las hijas (aunque su nivel educativo sea adecuado, como ha dicho el TC, no todo es transmisi3n de conocimientos, sino que la educaci3n alcanza a otros aspectos, destacando muy negativamente los niveles de afectividad y empatía de las niñas, seg3n DVD 5:40), de manera que debe prevalecer el favor filii y, por lo tanto, debe desestimarse este motivo de apelaci3n.

Y en cuanto a las visitas, se ha dicho que el 135.3 CF señaala que, independientemente de si se tiene la potestad, las visitas se pueden suspender, modificar o denegar si éstos incumplen sus deberes "y, en todos los casos, si las relaciones pueden perjudicar al menor". Debemos traer aqu3 todo lo que se ha comentado hasta este momento y el resultado del informe de Auxilio Judicial que desaconseja cualquier contacto con el padre, dado que debe primar la seguridad (est3n en casa de acogida; DVD 6:50) y el anonimato de las menores, quienes muestran ambivalencia en su relaci3n con el padre (DVD 4:50, en declaraciones de las t3cnicas del informe), el cual, seg3n los t3cnicos, tiene una realidad distorsionada en cuanto a las necesidades de las menores (DVD 7:30), por lo que recomiendan tambi3n su tratamiento psicol3gico. Adem3s, existen indicios razonables de malos tratos en relaci3n a las niñas, como encerrarlas en una casa aisladas con su madre o tratos vejatorios (ver folios 343, 344 y 452 autos, en relaci3n a la orden de alejamiento tambi3n en cuanto a las hijas). De manera que, sin perjuicio de un ulterior juicio de modificaci3n sustancial de las circunstancias, debemos estar de acuerdo con el juzgador de instancia.

CUARTO.- En cuanto a la pensi3n de alimentos impuesta al demandado a favor de sus 4 hijas, éste declar3 que durante 30 aros se hab3a dedicado a la medicina china y a la acupuntura y que dej3 de trabajar al marchar la demandante con las hijas (folio 246). Afirma que ahora est3 en el paro y que cobra 50 euros al mes (DVD 6:30), lo que no concuerda con ofertas de algunos cientos de euros (primero 600, luego 400) en cuanto a la fijaci3n de los alimentos. Dice que cuando trabajaba ganaba 200 euros/mes (DVD 10:00). En cuanto a las fincas, señaala la demandante que aunque estaban a su nombre, dio poder general al demandado y que no entend3a bien qu3 hac3a cuando renunciaba a cualquier derecho sobre las fincas (DVD 17:30); lo mismo sobre cuentas corrientes (DVD 24:00). La demandante percibe una pensi3n por v3ctima de violencia de g3nero de unos 800 euros/mes y est3 en un piso de acogida (DVD 19:00). Dice que durante los 3ltimos meses el demandado ha ido ingresando pequeas cantidades, entre 20 a 50 euros/mes, a pesar de que deb3a satisfacer 210 euros/mes para cada menor. En cuanto a este punto, del mismo modo, debemos coincidir con el razonamiento que lleva a cabo el juzgador de instancia: la cantidad ingresada por la venta de las diversas fincas (de propiedad del demandado, DVD 4:50; cuando eran copropiedad de la demandante, utiliz3 su poder general, sin pedirle permiso, DVD 7:02; a pregunta si lo ingresado puso una parte a disposici3n de la demandante, responde con evasivas, DVD 7 :50), la despatrimonializaci3n voluntaria a favor de familiares (DVD 6:07) desde el abandono de la casa de la demandante y las hijas (las fincas daban un rendimiento; DVD 5:00), su profesi3n por varias d3cadas como acupuntor (dice que la separaci3n le arruin3 profesionalmente, sin señaalar el porqu3, DVD 6:50), etc., adem3s de que el art. 217 LEC EDL 2000/77463 da la carga de la prueba no s3lo a aqu3l que alega sino a aqu3l que tiene mayor facilidad probatoria (nadie mejor que 3l conoce sus ingresos). Y especialmente en la parte no impugnada y citada tanto por el juzgador de instancia como por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposici3n a la apelaci3n de que el demandado afirmaba estar en igualdad de circunstancias que en las medidas provisionales, momento en el que, seg3n el juzgador de instancia y no habi3ndose impugnado fehacientemente en apelaci3n la fuente (declaraci3n del Sr. Virgilio), ingresaba 2.000 euros/mes (folios 515 y 516 autos), lo que en base al principio de inmediaci3n de la prueba del juzgador de instancia debe ser mantenido. Atendiendo, pues, al art. 267 CF, procede el mantenimiento de la cuantía fijada en primera instancia.

QUINTO.- A tenor del fallo y de los arts. 398.1 y 394.1 LEC EDL 2000/77463, procede la condena en costas de este recurso al recurrente.

Vistos los art3culos citados, concordantes, dem3s normas de general y pertinente aplicaci3n

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de apelaci3n interpuesto por D. Jes3s Mar3a contra la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer n3m. 1 de Reus, en fecha de 29-3-2010, cuya resoluci3n confirmamos íntegramente, imponiendo las costas del recurso a la recurrente.

As3 por nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentaci3n Judicial. IdCendoj: 43148370012010100367