



Roj: **SAP BA 806/2022 - ECLI:ES:APBA:2022:806**

Id Cendoj: **06015370022022100473**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **22/06/2022**

Nº de Recurso: **47/2022**

Nº de Resolución: **534/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS ROMUALDO HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Zafra, núm. 1, 25-06-2021 (proc. 547/2016),
SAP BA 806/2022**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BADAJOZ

SENTENCIA: 00534/2022

Modelo: N10250

AVDA. COLÓN Nº 8, 2ª PLANTA

-

Teléfono: 924284238-924284241 **Fax:** FAX 924284275

Correo electrónico: audiencia.s2.badajoz@justicia.es

Equipo/usuario: 01

N.I.G. 06158 41 1 2016 0001357

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000047 /2022

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000547 /2016

Recurrente: María Inés

Procurador: MARIA YOLANDA PALACIOS JIMENEZ

Abogado: MARIA CARMEN SIMON SANCHEZ

Recurrido: Roque , MINISTERIO FISCAL

Procurador: MARIA ISABEL PANIAGUA GARCIA,

Abogado: RAQUEL MORAN CONTRERAS,

SENTENCIA num. 534/22

ILMOS. SRES...../

PRESIDENTE:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (PONENTE)

MAGISTRADOS:



DON FERNANDO PAUMARD COLLADO

DON JUAN MANUEL CABRERA LÓPEZ

=====

Recurso civil número 47/2022.

Procedimiento de guarda y custodia 547/2016.

Juzgado de Primera Instancia número 1 de DIRECCION000 .

=====

En la ciudad de Badajoz, a veintidós de junio de dos mil veintidós.

Visto en grado de apelación ante esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso civil dimanante del procedimiento de guarda y custodia 547/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zafra ; siendo parte apelante, doña María Inés , representada por la procuradora doña Yolanda Palacios Jiménez y defendida por la letrada doña Carmen Simón Sánchez; y parte apelada, el Ministerio Fiscal y don Roque , quien ha comparecido representado por la procuradora doña María Isabel Paniagua García y defendida por la letrada doña Raquel Morán Contreras.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zafra, con fecha 25 de junio de 2021, dictó sentencia , cuya parte dispositiva dice así:

<< QUE CON ESTIMACIÓN DE LA DEMANDA presentada por D. Roque , representado por la Procuradora de los Tribunales, Sra. Paniagua García, y asistido de Letrada, Sra. Morán Contreras, frente a como demandada, Dña. María Inés , representada por la Procuradora de los Tribunales, Sra. Palacios Jiménez, y asistida de Letrada, Sra. Simón Sánchez, y, con la intervención del MINISTERIO FISCAL; se fijan con carácter de definitivas las siguientes medidas:

1.-La titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre las menores de edad, Debora y Elisenda , corresponderá a ambos progenitores, D. Roque y Dña. María Inés . El ejercicio de la patria potestad corresponderá exclusivamente a D. Roque , en el supuesto que las penas de inhabilitación para ejercicio de la patria potestad impuestas por la Sentencia 5/2021, de 25 de enero, del Juzgado de lo Penal n.º.2 de Badajoz, fuesen definitivamente confirmadas en casación por la Sala II del Tribunal Supremo.

2.-Se atribuye la guarda y custodia de las menores de edad, Debora y Elisenda , a D. Roque .

3.-Se establece un régimen de comunicación y visitas de las menores de edad con la progenitora no custodia, Dña. María Inés , del modo siguiente.

Se establece un régimen a desarrollar de forma progresiva y supervisada a través del Punto de Encuentro Familiar de DIRECCION001 (Badajoz). Durante un período de seis meses, las visitas se desarrollarán durante los domingos, antes o después, de la visita de los abuelos maternos que se desarrolla de 18 a 19 horas, a determinar según criterio de los profesionales y con la duración que éstos establezcan. Superado este período de seis meses, y siempre que en virtud de los informes de los profesionales responsables lo aconsejen, se pasará a un régimen de visitas de dos días por semana, que se planificará en la forma y período que aconsejen los profesionales responsables. Si durante el período de seis meses, el desarrollo de las visitas presenciales no fuere satisfactorio y así se haga constar en los informes de los profesionales responsables, se suspenderán y se pasará a visitas a desarrollar de forma telemática por el período y frecuencia que aconsejen estos informes. Si la evolución fuera positiva y así se haga constar por los profesionales, se reanudarán las visitas presenciales. Durante el desarrollo del régimen progresivo y supervisado en el Punto de Encuentro Familiar, los técnicos recogerán indicios de si se están operando cambios compatibles con la biparentalidad y la salvaguarda del interés superior de las menores, Debora y Elisenda . Desde el Punto de Encuentro Familiar, se valorará también la actitud paterna en pro de dicho objetivo. Se informará a este Juzgado de la evolución favorable o desfavorable a fin de implementar nuevas medidas, siendo necesario además el seguimiento de ambos progenitores en una terapia familiar que supere la hostilidad existente y permita la progresiva apertura de unos cauces de comunicación saludables orientados al ejercicio de una parentalidad.

4.-Se fija una pensión de alimentos a satisfacer por Dña. María Inés y a favor de sus hijas menores de edad, Debora y Elisenda , de 350 euros mensuales por cada hija. Pensión que será objeto de revisión anual a tenor del incremento del coste de la vida en función del Índice de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Pensión que será satisfecha por meses anticipados en los cinco



primeros días de cada mes mediante ingreso o transferencia en la cuenta bancaria designada al efecto por el padre.

En relación a gastos extraordinarios, gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, gafas y lentillas, tratamientos dentales y de ortodoncia, así como material y equipamiento escolar, cuotas y matrículas del colegio y clases de apoyo y particulares en academias, previa comunicación y puesta de acuerdo con la presentación de factura, estudios postobligatorios, excursiones y actividades extraescolares, entre otros, serán abonados por mitad por ambos progenitores.

No se hace imposición de costas>>>.

SEGUNDO. Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de doña María Inés .

TERCERO. Admitido el recurso por el juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

CUARTO. Tanto el Ministerio Fiscal como don Roque se opusieron al recurso. Tras ello se remitieron los autos a este tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de sala y se turnó la ponencia. A continuación, con fecha 28 de enero de 2022, se dictó auto para resolver sobre las pruebas interesadas y para solicitar informe de oficio. Tras ello, se dio traslado a las partes para alegaciones. Con posterioridad se admitió una prueba documental sobrevenida aportada por la parte recurrente. Se hicieron alegaciones sobre su alcance y se fijó el 22 de junio de 2022 para deliberar y resolver el recurso, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el art. 465 LEC .

Ha sido ponente el magistrado don Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso.

Con carácter principal, el recurso persigue sustituir la custodia monoparental del padre sobre las hijas por una custodia compartida y, en su defecto, que se amplíen las visitas.

Se impugnan expresamente los pronunciamientos referidos a la desestimación de la excepción de falta de legitimación activa del demandante para solicitar la custodia de Elisenda , la atribución de la guarda y custodia al demandante, el régimen de visitas establecido, la cuantía de la pensión de alimentos y la obligación impuesta a las partes de someterse a terapia forzosa.

SEGUNDO. Resumen de los hechos jurídicamente relevantes.

Como se desprende de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, constan acreditados los siguientes hechos:

- i) Doña María Inés y don Roque , entre junio 2012 y febrero de 2016, mantuvieron una relación sentimental y convivieron en pareja. Ambos residían en la localidad de DIRECCION002 (Badajoz).
- ii) Fruto de esta relación nacieron: Debora el NUM000 de 2014 y Elisenda el NUM001 de 2016.
- iii) Doña María Inés abandonó el domicilio familiar en febrero de 2016, estando embarazada de Elisenda y llevándose a Debora . Fijó su residencia en Badajoz capital.
- iv) El 12 de febrero de 2016, por medio de su abogada, María Inés comunicó a Roque que quería poner fin a la relación y que pretendía pactar de forma amistosa un convenio regulador en todo lo que afectaba a la hija mayor y a la que venía de camino.
- v) El 30 de marzo de 2016, ante los Juzgados de Primera Instancia de DIRECCION000 , Roque interpuso una solicitud de medidas provisionales previas a la presentación de una demanda de guarda y custodia.
- vi) Esa petición dio lugar al procedimiento 172/2016 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zafra .
- vii) En el acto de la vista, María Inés y Roque llegaron a un acuerdo parcial. Estipularon lo siguiente: << Se atribuye a Dña. María Inés la guarda y custodia sobre las hijas menores - Debora (nacida el NUM000 de 2014) y Elisenda (nacida el NUM001 de 2016)-, ostentando ambos progenitores la patria potestad conjunta sobre las hijas. D. Roque podrá tener en su compañía a las hijas menores:



-A Debora hasta que cumpla 2 años y 6 meses la menor: lunes y martes de 17.00 a 20.30 horas y sábados y domingos alternos de 11.00 a 20.00 horas cada día.

-Mientras la menor tenga entre 2 años y 6 meses y 3 años: lunes y martes de 17.00 a 20.30 horas.

-Desde que la menor tenga 3 años: lunes y martes de 17.00 a 20.30 horas, fines de semana alternos desde las 20.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del Domingo y mitad de periodos vacacionales de la menor (a tal efecto cada periodo se dividirá en dos periodos de igual duración, eligiendo periodo de disfrute el padre los años pares y la madre los impares).

-A Elisenda : lunes y martes de 17.00 a 18.00 horas y Domingos alternos de 11.00 a 12.00 horas. Durante los seis primeros meses de vida de la menor estas visitas se desarrollarán en presencia de la madre y desde que la menor tenga seis meses sin dicha presencia.

-D. Roque abonará una pensión de alimentos de 175 Euros mensuales para cada una de sus dos hijas (un total de 350 Euros). Esta cantidad será abonada por meses anticipados, durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que Dña. María Inés designe ante este juzgado. Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC de forma anual.

-Cada progenitor abonará la mitad de los gastos extraordinarios de las hijas menores comunes>>.

viii) La única discrepancia entre los progenitores fue la relativa al régimen de visitas del padre con Debora los fines de semana y mientras la menor tuviera entre 2 años y medio y 3 años. El juez, por auto de 20 de septiembre de 2016, dispuso que uno de cada cuatro fines de semana habría pernocta y otro fin de semana de cada cuatro habría visitas sin pernoctas, correspondiendo elegir al padre en qué fin de semana se desarrollarían las visitas con pernocta.

ix) A primeros de 2017, don Roque presentó demanda de ejecución por incumplimiento del régimen de visitas. Por auto de 17 de marzo de 2017 se dictó orden de ejecución general contra doña María Inés y se acordó requerirla para que cumpliera el régimen de visitas bajo el apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia. María Inés se opuso a la ejecución y, en el curso del proceso, salió a relucir la inhabilitación de la abogada que le asistió en la vista de medidas provisionales. Por tal circunstancia se instó un incidente de nulidad de actuaciones.

x) Por auto de 7 de diciembre de 2017 el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zafra declaró la nulidad de las actuaciones en relación con la vista celebrada en el procedimiento 172/2016, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su celebración y dejándose sin efecto el auto de 20 de septiembre de 2016.

xi) El 27 de diciembre de 2017 María Inés presentó declinatoria, al entender que el juzgado territorialmente competente para conocer de la causa era el de Badajoz capital.

xii) El 24 de enero de 2018 el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zafra desestimó la declinatoria y ordenó la celebración de la nueva vista.

xiii) Llevada a cabo la comparecencia, en ese procedimiento 172/2016, por auto de 21 de marzo de 2018, se acordó lo siguiente: << **ESTIMO la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Isabel Paniagua García, en nombre y representación de D. Roque, contra Dña. María Inés, y acuerdo la adopción de las siguientes medidas provisionales en relación a las hijas menores de edad comunes:**

-Se atribuye a D. Roque la guardia y custodia sobre las hijas menores - Debora (nacida el NUM000 de 2014) y Elisenda (nacida el NUM001 de 2016)-, ostentando ambos progenitores la patria potestad conjunta sobre las hijas.

-Las menores deberán residir y estar escolarizadas en la ciudad de Badajoz, puesto que en caso contrario la guarda y custodia será desempeñada por Dña. María Inés (en tal caso, el régimen de visitas y pensión de alimentos serán aplicables respecto de D. Roque).

-Dña. María Inés podrá tener en su compañía a las hijas menores: Fines de semana alternos, desde el viernes a las 17.00 horas hasta el Domingo a las 20.00 horas. Todos los martes y jueves, desde las 17.00 horas hasta las 20.30 horas. Mitad de periodos vacacionales, dividiéndose a tal efecto las vacaciones de Navidad y Semana Santa en dos periodos de igual duración. Las vacaciones de verano se dividirán en seis periodos (los meses de julio y agosto en dos quincenas, y los otros dos periodos corresponderán a las vacaciones de junio y septiembre), estando cada progenitor de la compañía de las menores en periodos alternos. El padre elegirá periodo los años pares y la madre los años impares. Los cumpleaños de las menores y del progenitor que no tenga en su compañía a las menores, dicho progenitor estará con las menores de 17.00 a 20.00 horas.



- Las entregas y recogidas de las menores se llevarán a cabo en el domicilio de las menores, por parte de Dña. María Inés .
- Dña. María Inés abonará una pensión de alimentos de 350 Euros mensuales para cada una de sus dos hijas (700 Euros en total). Esta cantidad será abonada por meses anticipados, durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que D. Roque designe ante este juzgado. Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC de forma anual. Cada progenitor abonará la mitad de los gastos extraordinarios de las hijas menores comunes>>.
- xiv) **Contra dicho auto, por María Inés , se instó incidente de nulidad de actuaciones, que, una vez tramitado, fue rechazado por auto de 13 de junio de 2018.**
- xv) **En la medida en que, desde septiembre de 2016, el padre no veía a sus hijas, interpuso entre tanto una solicitud de medidas urgentes, dando lugar al procedimiento 388/2017. Por auto de 8 de agosto de 2017, se aprobó un régimen de visitas progresivo de las menores con su padre.**
- xvi) **Asimismo, a la par de la tramitación del procedimiento de medidas provisionales, Roque interpuso demanda de guarda y custodia, que es el proceso del que trae causa el actual recurso de apelación.**
- xvii) **El procedimiento 172/2016 de medidas provisionales previas que, después del incidente de nulidad, terminó por auto de 21 de marzo de 2018, dio lugar además al procedimiento de ejecución 62/2018 pues María Inés no entregó las hijas al padre.**
- xviii) **En el seno de esa ejecución se interesaron medidas urgentes y, por medio de auto de 26 de julio de 2018, se acordó requerir a la progenitora para la entrega inmediata de las niñas al padre, con retirada del pasaporte, prohibición de salida del territorio nacional y suspensión del régimen de visitas. Este auto fue confirmado por resolución de 14 de octubre de 2019 de esta sección 2ª de la Audiencia Provincial.**
- xix) **La progenitora, pese a la resolución judicial que la conminaba a entregar a las niñas, hizo caso omiso y las retuvo en su casa. El 23 de agosto de 2018, por la policía, se le hizo un requerimiento personal, que tampoco se atendió. María Inés se opuso en todo momento a la entrega. Finalmente, por la intervención de la fuerza pública, las niñas fueron devueltas a su padre el 10 de abril de 2019.**
- xx) **Ante el Juzgado de Instrucción número 3 de Badajoz y por el delito de sustracción de menores, se siguieron contra la señora María Inés las diligencias previas 487/2018.**
- xxi) **El Juzgado de lo Penal número 2 de Badajoz condenó a doña María Inés como autora de dos delitos consumados de sustracción de menores en su modalidad de retención incumpliendo gravemente lo establecido por resolución judicial del art. 225 bis 2.2º del Código Penal . Se le impusieron dos años de prisión por cada delito y cuatro años de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad respecto de cada una de sus hijas. Asimismo, se condenó a la acusada al pago de 15.000 euros por responsabilidad civil.**
- xxii) **Dicha resolución fue confirmada por la sentencia de 20 de abril de 2021 de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Badajoz .**
- xxiii) **Recurrida en casación y por la resolución 351/2022, de 6 de abril, el Tribunal Supremo revocó en parte la condena y absolvió a doña María Inés de uno de los dos delitos objeto de acusación.**
- xxiv) **Doña María Inés , para dilatar la entrega de las hijas, interpuso una denuncia penal contra el señor Roque por presuntos abusos sexuales, solicitando al mismo tiempo la suspensión del régimen de guarda y custodia establecido por el auto de 21 de marzo de 2018. Esta denuncia terminó siendo sobreseída de forma provisional.**
- xxv) **El 25 de junio de 2021, en el curso del procedimiento del que trae causa este recurso de apelación, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zafra dictó sentencia atribuyendo la guarda y custodia de las menores a don Roque . Tal resolución, estableció un régimen de comunicación y visitas de las menores de edad con la progenitora no custodia, doña María Inés . Las visitas se desarrollarían de forma progresiva y supervisada a través del Punto de encuentro familiar (PEF).**
- xxvi) **A lo largo del último año en que se han desarrollado las visitas a través del PEF, se ha observado un adecuado desarrollo en el cumplimiento de dicho régimen, en el que ambos progenitores han mostrado colaboración e implicación para que se desenvuelva en condiciones óptimas a favor de las menores.**
- xxvii) **Las visitas que se vienen realizando demuestran un vínculo afectivo sano y fuerte y una comunicación proactiva entre María Inés y sus hijas. Y ello influye de forma positiva en el desarrollo psicoemocional de**



las niñas. Se ha visto reforzado también el apego entre las menores y la progenitora. Doña María Inés es una figura significativa en la vida de las menores y les aporta sentimientos de pertenencia y seguridad.

xxviii) En el momento actual, la conducta de María Inés es la que cabe esperar de una progenitora capaz y competente.

xxix) El régimen de visitas que se viene desarrollando a través del PEF abarca sábados alternos con dos horas de duración y todos los domingos durante otras dos horas de duración, compartidas con los abuelos maternos.

xxx) El actual régimen de visitas ha llegado a un punto en que lleva a la monotonía y al consiguiente desinterés de las menores. No se ajusta a parámetros relacionales normalizadores en tiempos, espacios o actividades. Al ser visitas acotadas y supervisadas no contribuyen a construir la necesaria relación espontánea entre las niñas y su madre e impiden estimular vínculos afectivos sanos, fuertes y facilitadores de un adecuado desarrollo cognitivo y emocional.

xxxi) Desde el 10 de abril de 2.019, don Roque junto a las menores, forma un núcleo de convivencia familiar estable en DIRECCION000 (Badajoz), integrado en el ámbito familiar paterno y en el entorno escolar de las menores, obteniendo las niñas excelentes resultados académicos.

TERCERO. Primer motivo del recurso: falta de legitimación activa del demandante para solicitar la custodia de Elisenda .

La progenitora recurrente insiste en esta alzada que el señor Roque no puede reclamar la custodia de Elisenda . Entiende vulnerados los arts. 24 CE y 217 LEC. Hace ver que no estamos ante una filiación matrimonial. Afirma que el actor, pese a ello, no ha probado su supuesta filiación biológica. Alega que no se puede trasladar a la madre la carga de probar que Elisenda no es hija del demandante. Argumenta que no se puede probar un hecho negativo y que, en todo caso, para reconocer la filiación, quien debe acudir al procedimiento declarativo correspondiente es el propio señor Roque .

A esta excepción se oponen tanto el Ministerio Fiscal como el señor Roque . El argumento es el mismo: la señora María Inés , en procedimientos judiciales, ha reconocido la paternidad del señor Roque .

Este motivo debe rechazarse.

Ciertamente, al menos en la filiación tradicional, no existe duda sobre la maternidad y, en cambio, no hay certidumbre sobre la paternidad.

Es verdad también que la presunción de paternidad se admite en las parejas casadas, por razones lógicas y de seguridad jurídica (arts. 116 y siguientes CC). Es una presunción fundada en la convivencia.

No obstante, cuando se trata de hijos o hijas no matrimoniales, según el art. 120 CC , la filiación paterna se puede reconocer por el padre de distintas formas: i) mostrando su conformidad en el momento de la inscripción de nacimiento; ii) mediante manifestación o reconocimiento ante el encargado del registro civil; iii) en documento público; y iv) en testamento.

En el presente caso, el señor Roque ha reconocido su paternidad sobre Elisenda desde el principio. Basta remitirse a todos sus escritos que ha presentado en vía judicial.

Y es verdad que el reconocimiento del hijo menor de edad precisa también del consentimiento del representante legal (art. 124 CC). Consentimiento que, en este supuesto, ha sido prestado por la señora María Inés . Cuando ella abandonó el domicilio familiar en febrero de 2016, estaba embarazada de Elisenda y, por medio de su abogada, comunicó a su pareja que quería poner fin a la relación y que pretendía pactar de forma amistosa un convenio regulador en todo lo que afectaba a la hija mayor y a la que venía de camino. Es más, en el procedimiento de medidas provisionales previas que fue promovido por el señor Roque , asumió la paternidad de este. Tanto es así que suscribió un convenio donde ambos progenitores ostentaban la patria potestad conjunta sobre las hijas y donde se fijaba un amplio régimen de visitas a favor del padre.

En estas circunstancias, la filiación del señor Roque sobre Elisenda está determinada. No hace falta nada más. Por ello, como bien se recoge en la sentencia y se replica de contrario, quien en su caso debe impugnar la filiación paterna será la señora María Inés .

Por lo demás, la excepción de falta de legitimación activa se compadece mal con la doctrina de los actos propios. Reconocida la legitimación en procedimiento anterior, no puede negarse en procedimiento posterior.

Asimismo, como ha alertado la doctrina y la jurisprudencia, aunque la búsqueda de la verdad biológica es importante -en la medida en que afecta a la identidad de la persona-, hay que evitar que cualquier interesado pueda llevar sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Es evidente



que el interés del hijo prevalece sobre el interés del progenitor. Y para preservar ese interés superior hay que dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio de ese menor, sobre todo cuando de inicio se ha admitido una determinada relación de parentesco. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia cambió las reglas sobre las acciones de filiación para solucionar problemas de constitucionalidad. Pero con todo, como recoge la sentencia de pleno del Tribunal Supremo 441/2016, de 30 de junio, no se han resuelto bien los posibles conflictos de intereses entre los progenitores y los hijos en el ejercicio de las acciones de filiación. Para preservar el privilegiado estado civil de hijo puede ser necesario que el menor cuente con un defensor judicial. Sea como fuere, no es objeto de este procedimiento acción de filiación alguna. Solo queremos llamar la atención acerca de que la filiación es una cosa muy seria. Al mismo tiempo, uno no puede ser padre y dejar de ser padre según las estrategias procesales. No vale todo en los pleitos (art. 247 LEC).

En fin, Elisenda, como toda persona, tiene un interés jurídicamente protegido a la afirmación social de su propia verdad, a ser para los demás ciudadanos igual a sí misma y a que no sean alterados o tergiversados los elementos de su identidad. La fijación de la paternidad y de la maternidad contribuye en gran medida a la afirmación de su identidad personal.

CUARTO. Segundo y tercer motivo: impugnación de la atribución de la guarda y custodia de las menores a favor del señor Roque y, subsidiariamente, fijación de un régimen de visitas amplio.

Con carácter principal, María Inés propugna la implantación de una custodia compartida. Si no fuera así, interesa la ampliación de las visitas.

Empieza combatiendo los tres informes sobre los que la sentencia de instancia apoya el mantenimiento de la guarda que ejerce el padre sobre las hijas. Se trata de los informes de 11 de julio de 2018 y 19 de diciembre de 2019 de la trabajadora social doña Melisa y el de la psicóloga del Instituto de Medicina Legal, doña Natividad, emitido el 18 de julio de 2019.

Denuncia que las niñas llevan más de dos años sin saber nada de su madre y de los abuelos con los que se criaron. Dice que el padre impide incluso las conversaciones telefónicas. Recuerda que las niñas fueron bruscamente arrancadas de los brazos de su madre y que el señor Roque se las llevó a DIRECCION000. Hace ver que la única conclusión de los informes es que las menores están bien adaptadas.

Doña María Inés reprocha haber sido explorada solo una vez, en un informe de julio de 2018. Reseña que en el dictamen de 2019 no fue examinada. Llama la atención, además, sobre el carácter contradictorio de las conclusiones de unos y otros informes.

En síntesis, formula las siguientes objeciones: i) el informe de la trabajadora social de diciembre de 2019 carece de rigor técnico; ii) ese informe, sin ningún tipo de contraste, asume como ciertas las manifestaciones del progenitor custodio; iii) la trabajadora social no recabó ningún tipo de informe profesional, ni testimonios de terceras personas; iv) los distintos dictámenes emitidos son contradictorios; v) los propios informes dejan entrever que el señor Roque transmite a sus hijas la mala conducta de su madre, generando así un conflicto de lealtades; vi) es evidente la manipulación que el señor Roque ejerce sobre las niñas; vii) en el segundo informe se da por sentada la ruptura del vínculo con la madre, sin entrar a valorar las nefastas consecuencias de dicha ruptura; viii) que la exploración de las hijas se hizo en 2018, cuando solo tenían 3 y 5 años, de modo que el informe está desfasado; ix) que el régimen de custodia debe basarse en informes actualizados; x) se critica también el dictamen de la psicóloga por una supuesta carencia de rigor metodológico; xi) se insiste en que el progenitor custodio no puede ser un buen padre cuando resulta que impide la comunicación de las niñas con la familia materna; xii) se echan en falta pruebas psicométricas; xiii) no basta, se dice, con realizar una simple entrevista de corta duración; xiv) dicha pericial no resiste la contra pericial aportada por la recurrente, practicada por la psicóloga Tamara; y xv) se insiste en que doña María Inés tiene capacidades suficientes para el ejercicio de la custodia.

En fin, con carácter principal, la recurrente propugna una custodia compartida por semanas alternas.

Y de forma subsidiaria, como ya hemos adelantado, interesa un régimen de visitas más amplio. El propio recurso de apelación hacía ya alusión a los informes del Punto de encuentro familiar (PEF). A la vista de los informes recabados en esta alzada a través de la Junta de Extremadura, se incide en que el superior interés de los menores pasa por estar en compañía de su madre y de sus abuelos maternos. Se resalta que los propios técnicos del PEF aconsejan que las visitas se desarrollen de forma ya normalizada.

QUINTO. Alegaciones del Ministerio Fiscal en orden a la custodia y las visitas.

Se opone a la modificación de la custodia y alega que se debe continuar con el régimen progresivo de visitas programado en la resolución apelada.



Admite que la presencia materna está resultando positiva para el desarrollo y la estabilidad emocional de las hijas. Pero sostiene que se debe continuar con la segunda etapa de intervención a través del PEF. Recuerda que las visitas supervisadas fueron recomendadas por el informe psicosocial del Instituto de Medicina Legal a la vista de la actitud obstructiva de doña María Inés .

SEXTO. Descargos del progenitor en cuanto a la custodia y las visitas.

El señor Roque también interesa que, en este aspecto, se confirme la sentencia de instancia.

Empieza destacando todas las vicisitudes que pasaron él y sus hijas. Recuerda que, tras unas medidas provisionales, se le reconocieron unas visitas que no fueron cumplidas. Que, a raíz de ello, por ese incumplimiento, se le concedió la custodia exclusiva, siendo lo cierto que la madre tuvo retenidas a las menores durante quince meses. Explica que fue necesaria la intervención de la policía para poner fin al secuestro. Resalta que, en el juicio oral que se siguió por un delito de sustracción, ella manifestó que jamás iba a entregar a las menores, no reconociendo la retención. Hace ver que, por esos hechos, las menores sufrieron un desequilibrio emocional enorme.

Manifiesta que, desde 2019, las niñas residen con su padre, que están en perfecto estado, haciendo vida de niñas, con rendimiento académico perfecto, con una familia extensa formidable y con un padre que las quiere y las cuida.

Añade que las trabajadoras del equipo psicosocial, que depusieron en el juicio, se decantaron por mantener la custodia actual. Desacredita el informe de la psicóloga doña Tamara , máxime cuando en otro procedimiento efectuó acusaciones muy graves contra su persona.

Hace alusión también a la campaña pública de desprestigio impulsada por la recurrente y conocida como "Mamá está castigada". Alega que acciones de este tipo no ayudan nada a la biparentalidad. Afirma que quien denigra a un padre públicamente no puede reconducir situación alguna.

Asimismo, defiende su inocencia. Trae a colación la denuncia por abuso y maltrato que interpuso su expareja, denuncia que fue archivada.

En cuanto a las visitas, defiende que deben seguir siendo supervisadas dado que subsiste el riesgo de sustracción de las menores. Recuerda también que la recurrente ha sido condenada a la pena de privación de la patria potestad. Declara que si se normalizan las visitas volverán las denuncias falsas y la manipulación de las niñas.

SÉPTIMO. El delito de sustracción de menores y su repercusión en las futuras estancias.

El art. 225 bis del Código Penal castiga al progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor.

Este delito afecta de forma directa y grave a bienes jurídicos de máxima raigambre constitucional, como son los derechos del menor a su estabilidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a su vida privada y familiar. Derechos que, sobre todo en las primeras etapas de la vida, están especialmente protegidos por la gran importancia que tiene el mantenimiento de su relación con ambos progenitores. En circunstancias normales, los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. El desarrollo de su personalidad depende mucho de ello. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen su identidad personal y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma los padres son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos.

El artículo 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si es contrario a sus intereses.

Asimismo, el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el de 20 de noviembre de 1989 establece que los Estados 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.

Demás está decir que el delito de sustracción parental es un delito grave. Como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los comportamientos de los progenitores que de manera arbitraria sustraen a sus hijos, privándoles de la relación parental con el otro progenitor, no solo comportan una lesión del derecho de este al contacto con el o la menor, sino también una lesión del derecho del o la menor a su vida privada y familiar (entre otras muchas sentencias, caso Luzi c. Italia de 5 de diciembre de 2019).



Ahora bien, ni el delito de sustracción de menores, ni la pena aparejada de privación de la patria potestad, comportan necesariamente que el progenitor condenado se vea privado del contacto con sus hijos. El art. 160.1 CC establece que los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa.

En este supuesto, no podemos perder de vista los acontecimientos ocurridos, incluida una sentencia firme condenatoria, pero esos acontecimientos no pueden condicionar para siempre las relaciones familiares futuras.

El interés superior del menor prevalece por encima de todo. Las medidas judiciales que se acuerden deben adoptarse teniendo en cuenta dicho interés. Así lo dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño. El art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, fija los criterios generales a los solos efectos de interpretar y aplicar en cada caso dicho interés.

En principio, ese interés exige que el menor siga conviviendo con sus progenitores. Salvo causas muy justificadas, no se puede privar al hijo de ese derecho.

La citada Convención reconoce como uno de sus principales derechos principales que el menor se relacione con sus progenitores. Salvo circunstancias excepcionales, deben mantenerse periódicamente relaciones personales y contactos directos con los menores. Los hijos deben ser cuidados por ambos progenitores. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor (art. 2.2º de la Ley Orgánica 1/1996).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos proclama que el derecho a estar con los hijos y el derecho de visitas se integran en el derecho a la vida familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos . Dicho tribunal ha declarado que para un progenitor y un hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, con independencia de la ruptura de las relaciones entre los progenitores.

Tanto es así que, como ya hemos dicho, aun cuando se produzca una privación de la patria potestad, ello no comporta necesariamente la ruptura de las relaciones con los menores.

La reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia hace hincapié en los derechos de los menores. En su preámbulo se expone que España debe fomentar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para garantizar el derecho del niño, niña o adolescente a desarrollarse libre de cualquier forma de violencia, perjuicio, abuso físico o mental, descuido o negligencia, malos tratos o explotación.

El art. 1.2 de dicha ley entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

Esto es, una forma de violencia es impedir a los hijos relacionarse de forma directa y permanente con sus progenitores.

OCTAVO. Decisión del tribunal en relación con la custodia: mantenemos la custodia monoparental a favor del padre.

Como es sabido, en el caso de los menores, es imprescindible que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

El art. 92.7 CC dispone que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentarse contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

En el presente caso, como ya hemos visto, María Inés ha sido condenada penalmente por un delito de sustracción de menores. Este delito, más que sobre la libertad, incide en el derecho del niño a desarrollarse en un ambiente estable y a relacionarse con ambos progenitores. En consecuencia, puede entenderse que este delito quedaría extramuros de la previsión del citado art. 92.7 CC . Y al estarse ante una norma excepcional y limitativa de derechos, su interpretación debe ser necesariamente restrictiva.

Ahora bien, aunque en abstracto la custodia compartida es el mejor régimen de guarda, la medida que finalmente se adopte sobre la guarda y custodia debe estar fundada en el interés del concreto menor.

La sentencia del Tribunal Supremo 215/2019, de 5 abril , explica que la custodia compartida se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Una de las premisas de la custodia compartida es que sea materialmente realizable. Es necesario que entre los progenitores exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura efectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Ciertamente y aunque es recomendable, no hace falta que los padres se lleven bien. La existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia no excluye el sistema de custodia compartida. Este requisito se ha mitigado mucho, pero no hasta el extremo de eliminarlo.

En el presente caso, nos encontramos en un contexto donde, por los episodios vividos, los progenitores conviven de forma hostil. A esa conclusión, con claro sentido común, llega el juez de instancia. En cierto modo, la secuencia de los acontecimientos habidos explica la actual conflictividad. El padre estuvo casi dos años sin ver a sus hijas al ser retenidas por la madre. Y a su vez, esta progenitora ha pasado otros dos años sin relacionarse con ellas a raíz del delito consumado de sustracción de menores. Más allá del evidente y lamentable perjuicio que han sufrido estas niñas, estos episodios han sido terreno abonado para que la crispación haya ido en aumento. Esa larga suspensión de los contactos con las menores que, de forma legítima o ilegítima, han sufrido ambos progenitores ha supuesto para ambos un daño grave. Evidentemente, no podemos poner en el mismo plano las privaciones habidas. No cabe duda de que el señor Roque ha sufrido un notable daño moral en su derecho a la vida privada y familiar. Como es natural, los comportamientos ilícitos tienen unas repercusiones muy diferentes en todos los aspectos, tanto jurídicos como personales. Pero la realidad es que, con independencia de su razón de ser, ambos progenitores se han visto privados durante muchos meses del contacto con sus hijas.

Tampoco ha ayudado nada la denuncia formulada contra el padre por unos supuestos abusos sexuales sobre la hija mayor; denuncia que fue sobreseída. Del mismo modo, si examinamos el expediente judicial, podemos comprobar la multiplicidad de procedimientos e incidentes que se han seguido entre ambas partes. Es una manifestación más de lo mal que se llevan. Situación que corrobora la trabajadora social en su informe de fecha 11 de diciembre de 2.019, al indicar que el conflicto interparental continúa polarizado, sin evidenciarse posibilidades a corto plazo de recuperar un diálogo suficiente que permita una atención compartida de la crianza. Del mismo modo el informe de 11 de julio de 2018 de la Unidad de Valoración Integral de Violencia de Género, para poder implementar una eventual custodia compartida, exigía practicar una terapia familiar para superar la hostilidad existente y restaurar la comunicación. La propia sentencia hoy recurrida es muy elocuente al respecto. Entre otras consideraciones, el juez decía lo siguiente: << *Conflicto, que está polarizando las diferencias entre D. Roque y Dña. María Inés , y que lejos de alcanzar una fase de estancamiento o descenso, se encuentra en fase de escalada* >>.

Con todos estos antecedentes, casi de forma inevitable, la relación entre los progenitores no es que se haya deteriorado, es que se ha roto. Estamos en un estado de alta conflictividad. Conflictividad que, en los últimos meses se ha podido rebajar, pero que sigue subsistiendo.

En estas circunstancias, la custodia compartida no es el sistema óptimo para los menores, a cuyo interés y necesidades debemos atender de manera primordial al adoptar el régimen de guarda. La custodia compartida no es un mero reparto del tiempo de convivencia de los niños o adolescentes con cada uno de los progenitores, sino un sistema de guarda que requiere una cooperación entre ambos, una implicación mutua en el compromiso de la crianza y el desarrollo de los hijos comunes tras la ruptura como pareja de los padres (sentencia del Tribunal Supremo 729/2021, de 27 de octubre).

Además, siendo verdad que, últimamente, ha existido un cambio cierto como consecuencia de la reanudación de las visitas, no hay base para modificar la custodia. Pasar de unas visitas en el PEF a una custodia compartida es un salto cualitativo. Las hijas no vienen conviviendo y pernoctando con su madre desde hace mucho tiempo. No hay ni siquiera una adaptación previa a través de unas visitas normalizadas.

Y lo más importante, la custodia actual está desarrollándose de forma eficiente y no hay indicio alguno que revele rastro de contrariedad en el ejercicio de la guarda por parte del padre. La sentencia de instancia es clara al respecto: << *Desde el 10 de abril de 2.019, D. Roque junto a las menores, forma un núcleo de*



convivencia familiar estable en esta ciudad, integrado en el ámbito familiar paterno y en el entorno escolar de las menores, obteniendo las niñas excelentes resultados académicos. Constituye una situación iniciada desde que las menores tenían 4 y 2 años de edad respectivamente y consolidada desde hace dos años que permite generar arraigo en las niñas y cuya continuidad resulta aconsejable en interés y desarrollo de éstas, evitando así posibles perjuicios y problemas de adaptación que para las menores podría representar la constitución de un nuevo entorno familiar y escolar, habida cuenta que llevan ese mismo período de tiempo sin tener contacto alguno con la progenitora>>>.

Es más, el informe psicológico del Instituto de Medicina Legal, emitido el 18 de julio de 2019, deja claro que, para el bien de las niñas, debía ser el padre el custodio de estas. Primero, en atención a los acontecimientos protagonizados por la madre, que, de forma deliberada, consciente y por intereses propios, privó a las menores de su relación con la figura paterna, perjudicando el desarrollo psicoevolutivo de las niñas. Y segundo porque se verificó que el padre es una persona responsable, capaz de aceptar los sentimientos ajenos y es sensible a las necesidades de las menores.

Asimismo, no podemos desautorizar este último informe por el hecho de que no fueran exploradas las hijas. La psicóloga, con buen criterio técnico, prescindió de su examen al ser niñas de corta edad (en 2019, tenían 5 y 3 años). Además, ya habían sido exploradas previamente. El interés superior exige que, en los procedimientos judiciales, se evite victimizar a los menores. Cosa distinta es respetar siempre el derecho a ser escuchados. En este concreto caso, en esta alzada, hemos prescindido de la exploración dada la falta de madurez de las niñas. La mayor, hoy día, solo tiene siete años. Puede ser hasta perjudicial exponerla a una entrevista, cuya justificación principal es su derecho a ser escuchada. Con esa edad es difícil que la menor pueda comprender siquiera el sentido y alcance de ese derecho.

Por otro lado, a los presentes efectos y por sí solo, el informe psicológico aportado por la apelante poco recorrido probatorio tiene; máxime cuando, como apunta la resolución impugnada, no aporta ningún dato sobre la idoneidad concreta de Roque o María Inés, para el ejercicio de la guarda y custodia de las menores.

Y para terminar, conviene traer a colación la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. Para ponderar los distintos criterios que componen el interés superior del menor, atiende entre otras cosas a la estabilidad y a la necesidad de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro (art. 2.3).

Por todo lo expuesto, confirmamos la custodia aprobada en primera instancia.

NOVENO. Decisión del tribunal sobre las visitas: fijamos un régimen normalizado.

La apelante pide la ampliación de las visitas con fundamento en los informes del PEF. Según los mismos, las menores están felices y contentas cuando están en compañía de su madre, por lo que no hay razón alguna para limitar las estancias con la progenitora. Considera palmario que el régimen fijado en sentencia resulta inadecuado para proteger el derecho de las menores a relacionarse con su madre.

Este motivo se estima y, además, se amplía la petición. Demás está decir que, al estarse en materia de orden público, el tribunal no está sometido al principio dispositivo (arts. 751 y 752 LEC).

Como expusimos en el fundamento jurídico séptimo, el hecho de ser condenada por un delito de sustracción de menores no impide que, según los casos, pueda establecerse un régimen de visitas ordinario.

En el momento actual y por las circunstancias concurrentes, las visitas a través del PEF no respetan el interés superior de las hijas.

Como es sabido, en los procesos de familia, realmente la litispendencia es limitada. En las materias no disponibles, el objeto del proceso es dinámico, puede incluso ampliarse.

Reconocemos que los acontecimientos determinantes de la responsabilidad penal de doña María Inés supusieron un acto de violencia para las hijas y el padre. Admitimos también que perjudicaron gravemente el interés superior de las niñas. Eso es una realidad inequívoca.

Ahora bien, entre esos hechos y el día de hoy, han pasado muchas cosas y parte de ellas han sido positivas. Las secuelas del hecho delictivo fueron indudablemente profundas y, en la práctica, perjudicaron a toda la familia, incluida la propia María Inés, que estuvo casi dos años sin ver a sus hijas.

Pero a partir de la sentencia que es objeto aquí de recurso, poco a poco, se ha reconducido la situación. Se ha producido una restauración paulatina de la convivencia familiar. Ha sido irremediamente lenta, pero la evolución ha sido buena. Y ello gracias a la instauración del régimen progresivo de visitas a través del PEF, que certeramente aprobó el juez de instancia.



Pero llegados a este punto y como se ha puesto de manifiesto por el informe emitido a instancia de este tribunal por la Junta de Extremadura, ese régimen de visitas está ya agotado.

En el contexto actual, como han reflejado los técnicos en su informe, el modelo de visitas del PEF ya no es operativo, ha quedado desfasado, no permite progresar en el fortalecimiento del vínculo entre las menores y su madre.

La sombra del delito podrá ser alargada, pero aquí solo decidimos en función del interés superior del menor. El interés de los padres queda relegado a un segundo plano. Y los informes recientes y el propio desarrollo de los acontecimientos están aconsejando ya que se normalice la situación de estas niñas. La sentencia apelada, con buen criterio, también se detenía en la oportunidad y perentoriedad de las visitas: *<< Es necesario su establecimiento y fijación, pues el vínculo materno-filial se encuentra interrumpido desde hace dos años y existe el serio peligro de perderse de no reanudarse su continuación de forma inmediata... pues ningún apego quedaría en las menores hacia su madre más allá de un vago recuerdo >>*.

Los jueces resolvemos pensando en los hijos, no en los progenitores. Las relaciones familiares, como la experiencia enseña, no siempre son fáciles. De por sí es complicado para los progenitores solventar los problemas consecutivos a una situación de ruptura, como es el hecho, entre otros casos, de tener que compartir las estancias con los menores. El tránsito de la convivencia en común a la convivencia separada no siempre se lleva bien y, a veces, como aquí ha ocurrido, es un desastre.

Todos, incluidos los jueces, nos debemos al interés superior del menor. Sí, las medidas relativas a la protección, guarda y custodia se hacen depender de ese interés (por citar las más recientes, sentencias del Tribunal Supremo 405/2022, de 18 de mayo ; 338/2022, de 28 de abril ; 238/2022, de 28 de marzo y 131/2022, de 21 de febrero). Por ello, la decisión a tomar no es un premio o un castigo a los progenitores (así lo ha recordado numerosas veces el Tribunal Supremo, entre otras véanse las sentencias, 561/2018, de 10 de octubre y 665/2017, de 13 de diciembre). No lo es, ni puede serlo. No hay ganadores, ni vencidos. El régimen de custodia es consecuencia de un pronóstico fundado y motivado en interés del menor. Lo que hicieron o dejaron de hacer los progenitores en un momento dado es importante de cara a ese pronóstico, pero no es siempre determinante. La parentalidad es dinámica y, por eso, las medidas pueden modificarse en función de las circunstancias. Y lo más importante: la cordialidad y la colaboración son la base para poder compartir la parentalidad. Los menores, en los procesos de divorcio, pueden verse perjudicados si no se relacionan con sus progenitores, no atienden a sus necesidades o no les dedican tiempo. Para favorecer el desarrollo psicomotor, cognitivo, afectivo y relacional de los hijos, es fundamental que los padres y las madres se conduzcan con responsabilidad y eviten el conflicto. Está en juego el bienestar del menor. Tenemos que mirar por el bien de Debora y Elisenda . Debemos adoptar aquella medida que más les convenga: como apunta la sentencia del Tribunal Supremo 319/2022, de 20 de abril , el interés superior requiere una valoración particularizada de cada caso en atención a las circunstancias concurrentes.

Es verdad que, con delitos por medio, alcanzar esa ansiada normalización no es fácil. Pero la realidad es que, desde un punto de vista jurídico, doña María Inés ya ha sido condenada por lo que hizo. No podemos perder de vista lo que pasó, pero tampoco debemos dejar de ver la realidad presente. Para decidir aquí sobre el mejor régimen de guarda y visitas, tenemos que partir del estado de hecho existente en la actualidad. Y en situaciones difíciles, a veces hay que tomar decisiones difíciles si queremos progresar y alcanzar el fin último, el bienestar del menor. Aquí tan solo pretendemos que dos hermanas, además de un padre, tengan también una madre a tiempo completo.

Y dicho objetivo es plausible gracias a la nueva realidad que, en los informes de 6 y 9 de febrero de 2022, plasma el equipo técnico del PEF.

Los especialistas nos han hecho llegar los siguientes datos: *<<(i) El actual régimen de visitas ha llegado a un punto en que lleva a la monotonía y al consiguiente desinterés de las menores. No se ajusta a parámetros relacionales normalizadores en tiempos, espacios o actividades. Al ser visitas acotadas y supervisadas no contribuyen a construir la necesaria relación espontánea entre las niñas y su madre e impiden estimular vínculos afectivos sanos, fuertes y facilitadores de un adecuado desarrollo cognitivo y emocional. (ii) A lo largo de los meses en que se han desarrollado las visitas a través del PEF, se ha observado un adecuado desarrollo en el cumplimiento de dicho régimen, en el que ambos progenitores han mostrado colaboración e implicación para que se desarrolle en condiciones óptimas en favor de las menores. (iii) Las visitas que se vienen realizando demuestran un vínculo afectivo sano y fuerte y una comunicación proactiva entre María Inés y sus hijas. Y ello influye de forma positiva en el desarrollo psicoemocional de las niñas. Se ha visto reforzado también el apego entre las menores y la progenitora. Doña María Inés es una figura significativa en la vida de las menores y les aporta sentimientos de pertenencia y seguridad. iv) En el momento actual, la conducta de María Inés es la que cabe esperar de una progenitora capaz y competente >>*.



A la vista de estas consideraciones, por el bien de las hijas, urge ya establecer un régimen de visitas ordinario, debiendo ambos progenitores no solo respetarse mutuamente, sino infundir sobre las hijas el cariño y el respeto debidos hacia la figura tanto del padre como de la madre.

En consecuencia, establecemos como régimen de estancias, relación y comunicación a favor de doña María Inés , en defecto de acuerdo, que la madre permanezca en compañía de sus hijas menores de la siguiente manera:

I) Periodos escolares.

a) Fines de semana. La madre permanecerá con sus hijas los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana (o primer día lectivo en caso de haber puente escolar), en que las llevará al centro escolar donde cursen sus estudios.

b) Visitas intersemanales. Tarde-noche de los miércoles. La madre permanecerá con sus hijas la tarde-noche de los miércoles desde la salida del colegio hasta el jueves por la mañana que las llevará al centro escolar donde cursen sus estudios.

c) Puentes escolares. Estos se unirán al fin de semana más cercano y, por tanto, se disfrutará por el progenitor a quien pudiera corresponder dicho fin de semana.

II) Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

a) Vacaciones de verano. Comprenderá desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el día inmediatamente anterior al inicio del colegio a las 20.00 horas. Se repartirán en periodos quincenales, que se disfrutarán alternativamente por los progenitores, comenzando a elegir periodo (1ª o 2ª quincena inicial) los años pares la madre y los impares el padre. Los periodos que no sean susceptibles de división quincenal se repartirán por periodos exactamente iguales entre los progenitores, y la elección de estos corresponderá según lo indicado.

b) Vacaciones de Navidad. Corresponde a cada progenitor disfrutar de la mitad de este periodo vacacional, que comenzará el último día lectivo a la salida del colegio hasta el día inmediatamente anterior al inicio del colegio a las 20.00 horas, dividiéndose por tanto en dos periodos iguales de tiempo, correspondiéndole elegir a la madre los años pares y al padre los impares.

c) Vacaciones de Semana Santa. Cada progenitor podrá disfrutar de la compañía de sus hijos la mitad de este periodo vacacional, que comenzará el último día lectivo a la salida del colegio hasta, el día inmediatamente anterior al inicio del colegio a las 20.00 horas, dividiéndose por tanto en dos periodos iguales de tiempo, correspondiéndole elegir a la madre los años pares y al padre los impares.

d) A falta de acuerdo, cada progenitor recogerá a las menores en el domicilio del progenitor en ese momento custodio.

e) Una vez finalizados los periodos de vacaciones comenzará a regir de nuevo la alternancia de fines de semana y visitas intersemanales, correspondiendo el primer fin de semana después de las mencionadas vacaciones al progenitor que no hubiera disfrutado de las menores el último periodo de vacaciones.

DÉCIMO. Impugnación del establecimiento y cuantía de la pensión de alimentos.

La apelante entiende vulnerados los artículos 93 , 142 , 145 y 146 CC y 217 LEC . Postula que los alimentos deben quedar fijados en 150 euros por hija. Alega que, en la sentencia de instancia, no se concretan ni acreditan en proporción correcta los medios y las necesidades de las menores. Entiende que existe falta de motivación, pues no se justifica suficientemente el montante establecido. Rechaza que la cuantía se haya calculado sobre la base del auto de medidas provisionales.

Resalta las siguientes circunstancias: i) que el señor Roque tiene unos ingresos anuales de 55.598 euros; ii) que en la solicitud de medidas provisionales previas el padre propugnó unos alimentos de 300 euros; y iii) que no se justifican las necesidades de las niñas.

El progenitor custodio replica que doña María Inés es médico anestesista, con todo el tiempo del mundo para ejercer su profesión, ya que sus hijas no están bajo su cuidado, pudiendo realizar guardias hasta llegar a cobrar mensualmente 5.000 euros.

Este motivo debe rechazarse.

Como es sabido, el deber de dar alimentos tiene naturaleza imperativa, es una obligación natural, que resulta del hecho de la procreación y es contenido ineludible de la patria potestad (arts. 110 y 154 CC). Es una



de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico y tiene incluso rango constitucional (art. 39).

Conforme al art. 93 CC, el juez debe determinar en todo caso la contribución de cada progenitor al sustento de los hijos. Es obligación elemental de los padres sostener los hijos. Ciertamente, el art. 146 CC pone en relación la necesidad del alimentista con el patrimonio del alimentante. El principio *favor filii* preside esta materia y determina que el derecho de los hijos a ser alimentados tenga un valor preferente. De ahí que la satisfacción de las necesidades de los hijos prime sobre la satisfacción de las propias necesidades de los progenitores, que han de sacrificarse por ellos.

En este caso, en primera instancia, los alimentos se fijaron en 350 euros mensuales por cada hija bajo los siguientes criterios: i) que así se determinaron en el proceso de medidas previas; ii) que María Inés es anestesista; iii) y que ella contaba con ingresos mensuales de entre 2.800 a 3.000 euros.

Pues bien, pese a la discrepancia de la progenitora alimentante, no entendemos infringido el principio de proporcionalidad recogido en el art. 146 CC.

No se puede confundir la ausencia de motivación con la falta de proporcionalidad. Aunque la sentencia omite los ingresos del progenitor custodio y no concreta las necesidades de las hijas, es evidente que no prescinde de estos factores a la hora de fijar los alimentos. Los tiene en cuenta, pues, de lo contrario, la cuantía de los alimentos sería mayor.

La pensión de alimentos se ha calculado en función de las necesidades de las hijas y teniendo en cuenta el poder adquisitivo de ambos progenitores. La situación económica de los progenitores es desde luego saneada. Uno y otro tienen buenos ingresos. Y si hablamos de doña María Inés, por su cualificación profesional, médica anestesista, que realiza guardias, resulta irrisorio postular unos alimentos mensuales por hija de 150 euros. Estamos hablando de una cuantía de alimentos cercanos al mínimo vital. Por supuesto, esos pretendidos alimentos no cubren las necesidades de las hijas. Y es obvio que, atendiendo a todos los elementos concurrentes, unos alimentos de 350 euros por hija son por completo proporcionados para una persona con la capacidad económica de la madre. Sus recursos, como es obvio por su profesión, son notables. No se olvide que el montante de los alimentos no es lineal, ha de atenderse a los usos y circunstancias de la familia, que en este caso eran evidentemente los propios de una familia acomodada.

UNDÉCIMO. Último motivo: impugnación del pronunciamiento relativo a la obligación de que las partes se sometan a una terapia familiar.

La progenitora recurrente rechaza someterse a terapia alguna con carácter obligatorio.

En primer lugar, niega rotundamente cualquier tipo de actitud hostil contra su expareja. Y en segundo lugar, defiende que los arts. 91 y 158 CC solo permiten al órgano judicial adoptar las disposiciones oportunas para proteger a los menores de edad.

Para la recurrente es una imposición no deseada, máxime cuando ninguno de los progenitores la ha solicitado. Asume que puede ser una medida conveniente para los menores, pero siempre con carácter voluntario. Cita jurisprudencia al respecto.

De contrario, el señor Roque no se opone a este motivo, si bien está dispuesto a someterse a terapia familiar si así lo consideran oportuno los profesionales.

Este motivo se acoge.

Estamos ante una cuestión controvertida. Algunos juzgados y tribunales, eso sí, los menos, imponen de forma coactiva estas terapias con fundamento en el interés superior del menor.

El art. 91 CC, resumidamente, dispone que el juez determinará las medidas en relación, entre otras cosas, con los hijos. Y el art. 158 CC, entre el catálogo de medidas que contempla, permite al juez hacer las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

La reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de julio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en su art. 26, promueve el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva. También exhorta a las administraciones públicas a proteger a los menores en los casos de ruptura familiar, adoptando las medidas oportunas.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su art. 17 exige a los progenitores su colaboración activa en las medidas aprobadas por la administración pública competente en las situaciones riesgo de menores.



Por su parte, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente establece que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento del paciente. Tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad justifica en algunos supuestos la actuación médica en contra de la voluntad del paciente, en casos de riesgos vitales y cuando no se puede obtener la oportuna autorización de las personas a él vinculadas.

Con este panorama jurídico, es difícil que un progenitor pueda ser obligado a someterse a un tratamiento terapéutico de carácter familiar. Las terapias forzosas, en la medida en que limitan derechos fundamentales, precisan una justificación razonable y un ponderado juicio de proporcionalidad. Y sobre todo deben tener una cobertura legal expresa. En la adopción de las medidas, las buenas intenciones no es motivación suficiente.

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en la ley. El TEDH, con ocasión de la interpretación del art 5 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, ha dictado numerosas sentencias proclamando que la regla general es la de una vida en libertad, de manera que las privaciones de ésta son tasadas. Las excepciones son limitadas y, además, exigen una interpretación restrictiva.

En fin, no existiendo una normativa expresa habilitante que, por razones del interés superior de los menores, faculte la posibilidad de imponer tratamientos forzosos no entendemos factible la medida aprobada por la sentencia de instancia. Por ello, dejamos sin efecto su carácter imperativo.

Agotados con este todos los motivos del recurso, debemos revocar en parte la sentencia de instancia, en los términos ya indicados.

DUODÉCIMO. Efectos del nuevo régimen de visitas.

Por aplicación del arts. 106 CC y 774.5 LEC, nuestro pronunciamiento sobre las visitas es eficaz desde esta sentencia.

Únicamente, para evitar posibles divergencias, dado que la notificación de esta resolución va a tener lugar una vez ya finalizado el curso escolar, aprobamos que el periodo de vacaciones de este verano se compute desde el 1 de julio. Habrá que dividirlo en los términos ya expuestos y, al estarse en año par, a falta de acuerdo, será la madre quien elija primero.

DECIMOTERCERO. Costas y depósito.

Estimado en parte el recurso y dada la naturaleza de la materia, no se imponen las costas de esta alzada (art. 398 LEC). Asimismo, ordenamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Primero. Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por doña María Inés contra la sentencia de 25 de junio de 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zafra en el procedimiento de guarda y custodia 547/2016 y, en consecuencia, fijamos un nuevo régimen de visitas a favor de la madre, disponemos que la terapia familiar sea simplemente con carácter voluntario y confirmamos en todo lo demás dicha resolución.

Segundo. A partir de esta sentencia, establecemos como régimen de estancias, relación y comunicación a favor de doña María Inés, en defecto de acuerdo, que la madre permanezca en compañía de sus hijas menores de la siguiente manera:

l) Periodos escolares.

a) Fines de semana. La madre permanecerá con sus hijas los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana (o primer día lectivo en caso de haber puente escolar) en que las llevará al centro escolar donde cursen sus estudios.

b) Visitas intersemanales. Tarde-noche de los miércoles. La madre permanecerá con sus hijas la tarde-noche de los miércoles desde la salida del colegio hasta el jueves por la mañana que las llevará al centro escolar donde cursen sus estudios.

c) Puentes escolares. Estos se unirán al fin de semana más cercano y, por tanto, se disfrutará por el progenitor a quien pudiera corresponder dicho fin de semana.



II) Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

a) Vacaciones de verano. Comprenderá desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el día inmediatamente anterior al inicio del colegio a las 20.00 horas. Se repartirán en periodos quincenales, que se disfrutarán alternativamente por los progenitores, comenzando a elegir periodo (1ª o 2ª quincena inicial) los años pares la madre y los impares el padre. Los periodos que no sean susceptibles de división quincenal se repartirán por periodos exactamente iguales entre los progenitores, y la elección de estos corresponderá según lo indicado.

b) Vacaciones de Navidad. Corresponde a cada progenitor disfrutar de la mitad de este periodo vacacional, que comenzará el último día lectivo a la salida del colegio hasta el día inmediatamente anterior al inicio del colegio a las 20.00 horas, dividiéndose por tanto en dos periodos iguales de tiempo, correspondiéndole elegir a la madre los años pares y al padre los impares.

c) Vacaciones de Semana Santa. Cada progenitor podrá disfrutar de la compañía de sus hijos la mitad de este periodo vacacional, que comenzará el último día lectivo a la salida del colegio hasta, el día inmediatamente anterior al inicio del colegio a las 20.00 horas, dividiéndose por tanto en dos periodos iguales de tiempo, correspondiéndole elegir a la madre los años pares y al padre los impares.

d) A falta de acuerdo, cada progenitor recogerá a las menores en el domicilio del progenitor en ese momento custodio.

e) Una vez finalizados los periodos de vacaciones comenzará a regir de nuevo la alternancia de fines de semana y visitas intersemanales, correspondiendo el primer fin de semana después de las mencionadas vacaciones al progenitor que no hubiera disfrutado de las menores el último periodo de vacaciones.

Tercero. El periodo de vacaciones de este verano se computará desde el 1 de julio, se dividirá en los términos ya expuestos y, al estarse en año par, a falta de acuerdo, será la madre quien elija primero.

Cuarto. No se imponen las costas en esta alzada y acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los arts. 469 (en relación con la disposición final 16ª LEC) y 477 LEC, de los que conocerá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la disposición adicional 15ª LOPJ, la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.