

**AP Bizkaia A 93/2002 de 2 Enero 2002**

Pte.: Antonio García Martínez

**Resumen**

*En ejecución de sentencia de separación se modificó el régimen de guarda y custodia sobre el hijo de los litigantes, pasando ésta al padre. La madre demandada recurre en apelación. La AP considera plenamente justificado el cambio de custodia, dada la actitud obstruccionista de la madre en relación al cumplimiento del régimen de visitas establecido en favor del padre, lo que implica un incumplimiento y desatención de sus obligaciones relativas a la patria potestad. Indica también que, aun cuando el cambio de ambiente no sea beneficioso para el menor, más perjudicial sería que éste continuara sin mantener relación con uno de los progenitores.*

**Antecedentes de Hecho**

**Primero.**-Que el Auto de instancia de fecha 11 de abril de 2001 es de tenor literal siguiente:

PARTE DISPOSITIVA: "Procede la estimación de la ejecución instada por el Procurador de los Tribunales D. JUAN SETIÉN GARCÍA, en nombre y representación de D. Jesús María, contra D<sup>a</sup> Delia, atribuyendo la guarda y custodia del menor Josu al padre; la madre podrá comunicar con su hijo en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20,00 horas, así como la mitad de los periodos vacacionales escolares del menor de Navidad, Semana Santa y Verano, correspondiendo la elección de tales periodos los años pares a la madre y los impares al padre.

Asimismo, la madre habrá de contribuir a los alimentos de su hijo con una cantidad que represente el 20 % de los ingresos que por cualquier concepto pudiera percibir, fijándose en todo caso un mínimo a satisfacer que prudencialmente se fija en 10.000 pesetas mensuales, las que abonara por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o libreta de ahorro que al efecto designe el actor; dicha cantidad será objeto de actualizaciones anuales desde la fecha de la presente resolución en proporción a las variaciones que experimenten los ingresos de la obligada al pago."

**Segundo.**-Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el número 568/01 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

**Tercero.**-Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

**Cuarto.**-En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ.

### ***Fundamentos de Derecho***

**Primero.**-El recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Delia reprocha al auto objeto de impugnación no haber tomado en consideración el interés del menor, modificando la medida de guarda adoptada con el carácter de castigo y sin sopesar que el **cambio de custodia** no resulta beneficioso para aquél al provocar una ruptura plena y radical de su normalidad psíquica y social.

**Segundo.**-No niega la recurrente el incumplimiento del régimen de visitas y su **actitud reiteradamente obstruccionista**, según destaca la resolución recurrida, al normal ejercicio del derecho de comunicación con su hijo por parte del progenitor no custodio. Tampoco se cuestionan en el recurso **los múltiples requerimientos efectuados a la recurrente** al objeto de cumplierse con el régimen de visitas judicialmente acordado, ni el hecho de haberlos **desatendido impidiendo, de forma constante, los encuentros del padre y el hijo, y ello pese a ser apercibida de que podía incurrir en delito y alterarse la medida de custodia** adoptada en orden a garantizar al menor la presencia paterna en su desarrollo.

**Tercero.**-Así las cosas, es preciso recordar a la recurrente, y ello desde la perspectiva del interés del menor y el principio del "favor filii", que el régimen de visitas persigue el mantenimiento de la relación y el contacto habitual entre aquél y el progenitor con el que, tras la ruptura matrimonial, ya no convive, lo que resulta fundamental e imprescindible para cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras a un desarrollo equilibrado de los mismos y a una correcta y lo más completa formación de su personalidad. Es precisamente por lo anterior, y esto también parece olvidarlo la recurrente, **que es una grave irresponsabilidad y una evidente muestra de desatención y desarreglo en el ejercicio de la patria potestad, que, según el art. 154 del Código Civil (CC), se debe ejercer siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, educándoles y procurándoles una formación integral, resultando primario y elemental, tal y como se destaca por el art. 160 CC, el derecho del padre y la madre, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, a relacionarse con sus hijos menores, que quien ostenta la guarda y custodia obstaculice y dificulte el desarrollo del régimen de visitas impidiendo el contacto regular y normalizado entre el progenitor no custodio y su hijo, cuanto más que induzca en éste último el rechazo y desapego del primero.**

**Cuarto.**-También se debe recordar a la recurrente, cuya contumacia y prepotencia resultan sorprendentes, que, conforme a lo prevenido en el art. 94 CC, es el Juez y no ella quien determina el tiempo, el modo y el lugar de ejercicio del derecho que corresponde al progenitor no custodio de visitar a sus hijos menores, comunicar con ellos tenerlos en su compañía. Debiendo destacarse igualmente, habiendo resultado infructuosos y absolutamente baldíos cuantos requerimientos se han efectuado a la recurrente en fase de ejecución de sentencia, llegándose inclusive a iniciar un proceso penal frente a ella por estos mismos hechos, **que no existe ninguna seguridad de que en el futuro fuera a cambiar su actitud, pudiéndose suponer al contrario, y muy razonablemente, que**

en lo sucesivo, y salvo que las cosas se hiciesen tal y como ella pretende, siguiese obstaculizando e impidiendo el normal desarrollo del régimen de visitas judicialmente establecido.

**Quinto.**-Pues bien, en este contexto, la modificación de la medida que se acuerda por la resolución recurrida nos parece totalmente correcta, plenamente atinada y absolutamente procedente.

Negar que se han alterado las circunstancias cuando el incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor custodio ha sido reiterado y constante significa no admitir lo evidente. En este caso es manifiesto que las circunstancias se ven alteradas de forma sustancial y permanente. Y también es cierto e incuestionable que **esta situación es perjudicial para el menor que se acostumbra aparecer y a desarrollarse sin uno de sus progenitores llegando incluso a rechazarlo. No dudamos que la modificación de la atribución de la guarda y custodia le va a suponer al menor un cambio de vida que le obligará, con el coste natural que ello supone, a adaptarse e integrarse a la nueva convivencia. Pero también nos parece evidente que la dificultad que puede suponer al menor su aclimatación a esa nueva situación no puede resultar más perniciosa y perjudicial para él mismo que el hecho de desarrollarse y crecer sin oportunidad de mantener una relación normalizada con su padre que por no poder darse llegase a desfigurar de forma irreversible la imagen de éste provocando la ruptura de todo lazo afectivo y un rechazo definitivo carente de justificación y propiciado por la actitud de una madre cuyo comportamiento es indicativo de su ineptitud para ejercer la guarda y custodia de su hijo de la manera más beneficiosa y acorde al interés del menor.**

**Sexto.**-Es por ello, y teniendo en cuenta además, según se destaca en las aclaraciones al **informe pericial** de 7 de diciembre de 2000, **la necesidad imperiosa de que la relación entre el padre y el hijo sea continua, pues de lo contrario no habría posibilidad de que la distorsión que el menor sufre de la imagen paterna y de la situación familiar en general, normalizara;** así como la conveniencia de que, una vez iniciada la relación entre el padre y el hijo, esta funcione por sí sola, sin necesidad de una permanente supervisión que supondría un estrés añadido a la ya de por sí tensa situación familiar; y **dado que no ofrece duda la capacitación paterna para poder atender a las necesidades de su hijo,** siendo significativo y sumamente elocuente lo referido en el razonamiento jurídico tercero del auto de 1 de octubre de 1999, cuando destaca lo señalado en el informe pericial emitido por el psicólogo adscrito al Juzgado en cuyo apartado 2.3, párrafo décimo, se señala que: "Tras una negación inicial a permanecer junto a su padre en la sesión de evaluación, manejando argumentos relacionados con una imagen negativa de su padre, posteriormente acepta y el encuentro se desarrolla con todo normalidad. La conducta del padre para con el menor es suficiente como para que los incipientes temores del menor desaparezcan. Se observa una adecuada relación paterno-filial, en la que el menor interacciona muy positivamente con su padre, tomando incluso la iniciativa de las actividades, el contacto físico es cercano y no se observa ningún problema comunicativo", consideración la anterior de orden técnico que nos merece un especialísimo valor, en cuanto que basada, a diferencia de la contenida en el informe de 7 de diciembre de 2000, en el contacto directo con el menor, que tampoco apreciamos razones suficientes para catalogar como perjudicial para aquél la modificación de la atribución de la guarda y **custodia**, por todo lo que, y habida cuenta, finalmente, **lo actualmente dispuesto por el artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual: "El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen**

de guarda y visitas", se habrá de desestimar el recurso y confirmar el auto recurrido, y con imposición de costas, por razón de vencimiento y dado que a nuestro juicio el caso no presentaba serias dudas ni de hecho ni de derecho, a la parte recurrente (arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En atención a lo expuesto,

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S. M. el Rey.

### ***Fallo***

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Delia contra el auto dictado por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia número 5 de Baracaldo, con fecha de 11 de abril de 2001, en los autos de ejecución 10/00, debemos confirmar y confirmamos el auto recurrido, y con imposición de costas a la parte recurrente.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman. Fernando Valdés-Solís Cecchini.- Ignacio Olaso Azpiroz.- Antonio García Martínez.

## EL DERECHO

AP Salamanca A 35/2000 de , R 117/2000

Pte.: Fernando Nieto Nafria

### Resumen

*La Audiencia confirma el auto impugnado que ordenó a la apelante que facilite las visitas de la contraparte a la hija común en el modo y forma establecido en auto dictado en pieza separada de medidas provisionales, pues entiende que la actitud de la recurrente dirigida a privar al otro progenitor, cotitular de la patria potestad, de toda comunicación con la hija, con la excusa de suponer ello un peligro para su integridad física, sin tener en consideración las repercusiones que pueda tener en el desarrollo integral de la personalidad de la misma.*

### Antecedentes de Hecho

**Primero.**-Con fecha 7 de octubre de 1999 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de 1ª Instancia núm. 9 de Salamanca se dictó Providencia en el Incidente de Oposición y solicitud de adopción de Medida Cautelar de Suspensión de Régimen de Visitas en Medidas Provisionales núm. 164/1999, Rollo de Sala núm. 117/2000; que copiada literalmente es como sigue: "Dada cuenta. El anterior escrito presentado por el Procurador D. Valentín Garrido González, únase al incidente de oposición a las presentes medidas y dese traslado a la parte contraria. Se tiene por contestada la cuestión incidental y habiéndose solicitado por ambas partes se recibe el presente incidente a prueba por plazo de 20 días comunes para proponer y practicar toda la admitida y declarada pertinente, formándose pieza separada con la articulada por cada parte. En cuanto al requerimiento formulado por la parte actora, se acuerda acce der a lo interesado y en su consecuencia, requiérase a la parte demandada a través de su representación procesal, a fin de que facilite las visitas de la actora a su hija en el modo establecido en el Auto de medidas provisionales, bajo apercibimiento de desobediencia a la autoridad. En cuanto al resguardo de ingreso del "Banco B.", por importe de 240.000 pts. en concepto de pensión alimenticia de septiembre y octubre, dése traslado a las partes a los efectos oportunos".

Contra dicha Providencia se interpuso recurso de reposición por la Procuradora Dª Laura Nieto Estella en nombre y representación de Dª Lourdes que fue resuelto mediante Auto de fecha 27 de diciembre de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: "Acuerdo: Confirmar la Providencia recurrida en sus propios términos y, sin perjuicio o de las responsabilidades a que hubiere lugar, requiéranse de nuevo a la representación de la parte actora para hacerla saber que, de no comunicarse el domicilio, ya que dice ignorarlo, de Dª Lourdes, para que cumpla el régimen de visitas, se procederá a oficiar a la Policía Nacional y Guardia Civil, para que averigüe tal paradero y se requerirá personalmente, entonces, con apercibimiento de desobediencia a la autoridad Judicial a Dª Lourdes, para que facilite, en la forma acordada, y cumpla, con el régimen de visitas establecido".

**Segundo.**-Contra referida Auto se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Dª Laura Nieto Estella, en nombre y representación de la demandante -Dª Lourdes-, recurso que fue admitido en un solo efecto, y previo

emplazamiento de las partes se remitió testimonio de particulares a esta Ilma. Audiencia, recibido con fecha 17 de febrero de 2000.

**Tercero.**-Formado el oportuno Rollo y tramitado el recurso se señaló para la vista del recurso el día 27 de los corrientes, en cuyo acto por el Letrado apelante se solicitó la revocación de la resolución recurrida; solicitándose por el Letrado de la parte apelada su confirmación; y por el Ministerio Fiscal se solicita la confirmación, adoptándose en su caso, medidas de protección para la niña y para la madre.

**Cuarto.**-Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Fernando Nieto Nafría.

### **Fundamentos de Derecho**

**Primero.**-Es objeto del presente recurso la discrepancia de la recurrente con el proveído del Juez "a quo" de siete de octubre del pasado año, confirmado por Auto de veintisiete de diciembre siguiente, por el que se acuerda requerir a la misma -D<sup>a</sup> Lourdes- a que facilite las visitas de la contraparte -D. Zacarías- a la hija común en el modo y forma establecido en el Auto de 27 de julio del propio año dictado en la Pieza separada de medidas provisionales, bajo apercibimiento de desobediencia a la autoridad, para cuyo cumplimiento -según se añade en aquella resolución-, se requiere ala parte comunique a la Autoridad judicial el domicilio donde reside.

**Segundo.**-El recurso de reposición interesaba, y tal es por ende el objeto del presente, se dejaran sin efecto o difirieran tales requerimiento y apercibimiento hasta que por los peritos designados en el procedimiento principal se aconsejara cuando y como debía tener lugar el inicio, forma, modo y lugar de ejercicio del derecho de visitas a mantener por el padre con su hija; y ello en atención al peligro que según manifestaba -en vista de las circunstancias e indicios concurrentes en actuaciones civiles y penales- corría la vida de la recurrente y el parigual o mayor peligro al que la menor quedaría expuesta en el supuesto de que las comunicaciones puedan llevarse a efecto en los términos acordados en el Auto de medidas provisionales: "se establece derecho de visitas a favor del padre para que pueda ver a su hija Paula en la forma que libremente estipulen las partes; y si no lo hi cieren, los fines de semana de cada 15 días, pudiendo tener el padre a su hija consigo recogiénola a las 19 horas de los viernes y dejándola en el domicilio de la madre el domingo a las 21 horas, y asimismo la mitad de los períodos vacacionales".

Pretensión que -a la vista de las actuaciones remitidas- realmente encubre el deseo de la recurrente, puesto de manifiesto en el suplico de la demanda incidental de oposición al Auto de Medidas Provisionales, de que se suspenda cautelarmente el régimen de visitas acordado en el mismo; suspensión que, por si y ante sí, la recurrente ya ha puesto en práctica amparándose en la existencia -según afirma- de agresiones y amenazas de la contraparte que ponen en peligro tanto su vida como la seguridad y vida de la menor, no permitiendo el ejercicio del derecho conferido en dicho Auto de medidas.

**Tercero.**-Ante ello parece procedente -por más de conveniente en el presente- para fijar definitivamente y poder valorar debidamente la cuestión en litigio, -que parece fue mal comprendido por la parte recurrente, concitando al efecto auxilios externos a los propios de la defensa y de la jurisdicción- **realizar una síntesis doctrinal del derecho puesto en cuestión:**

#### A)- Naturaleza del derecho de visitas.-

Entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los Arts. 39.3 CE, 94 y 160 esencialmente CC, que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos. Al respecto la Sentencia del TS de 30 de abril de 1991 se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 160 C C.

Tal naturaleza determina la imposibilidad de abandono, renuncia, prescripción por no uso, de transacción y compromiso, o de delegación de su ejercicio a un 3º.

De aquí igualmente la discusión científica sobre la posibilidad jurídica de acordar la supresión de tal derecho, que no se admite ni se estima factible por algunos autores, conviniendo los más en admitir tal posibilidad, de interesarlo exclusivamente el bien del menor a virtud de la concurrencia de concretas circunstancias fácticas -ad exemplum, en palabras de la Sentencia del TS de 19 de octubre de 1992, en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo-, y cuya desaparición o modificación supondría la reconsideración de tan extremosa medida.

#### B)- Contenido del derecho.-

Consciente el legislador de la delicadeza de la presente materia, reacia a Una minuciosa reglamentación positiva, se conforma con establecer como criterio básico para la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores, el interés o la conveniencia de los mismos. Interés que, como también reconoce el legislador, puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar.

En este sentido el derecho de visita incluye además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia, concediéndose al Juez la regulación de los períodos de desarrollo de esta, frecuencia de la 2ª así como lugar, modo y tiempo, expresado en fechas y horas, de práctica de la 1ª.

#### C) - Ejercicio del derecho.-

La doctrina es igualmente consciente que el ejercicio de derecho de visita, en un triple aspecto, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los **cambios** de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor.

#### D) - Regulación de su ejercicio.-

Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo; -Sentencia del TS de 21 de julio de 1993- pues, como señala el Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, como principio general que debe informar su aplicación. "el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala los Arts. 10 CE y 5 de la Ley de Parlamento de Cataluña 8/1995, así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor.

Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose por ello al Juzgador -como antes hemos recogido- amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor; siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales -así Sentencia del TS de 22 de mayo de 1993, que a su vez cita la de la propia Sala de 9 de marzo de 1989- a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elecubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución mas idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores, evitando al menor -ex Art. 158.3 CC- los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón.

**Cuarto.**-A la luz de las anteriores consideraciones obtenemos de los autos objeto de recurso las siguientes conclusiones:

a) Haberse privado a D. Zacarías, padre de la menor, unilateral y radicalmente, de toda comunicación con su hija, así como de toda posibilidad de ejercicio de visita concedido en el Auto de medidas provisionales -hechos manifiestos-,

b) La hija común -Paula, de 5 años de edad- no presenta patología alguna, precisa del afecto, cariño y relación con ambos padres, quienes se hallan obligados a no negativizar una y otra figura, resolviendo sus encontrados intereses en beneficio de la menor, que tiene derecho a vivir una infancia feliz con referencia positiva y clara de ambos padres -del Informe psicológico de la niña emitido a instancia de la Fiscalía de Menores-.

c) El demandado D. Zacarías, aun presentando rasgos paranoides y obsesivos, psicorigidez y componentes depresivos -derivados de su residencia como Policía en el País Vasco y haber sido sujeto de una atentado terrorista- no tiene tendencia a desviación psicopática, ni constancia de actitudes de hostilidad interpersonal o contrarias al orden social, que sistemáticamente evita en cuanto transgresoras de normas sociales así como -por su psicorigidez- el involucrarse en comportamientos fuera de la Ley -del Informe psiquiátrico emitido por el

competente perito Sr. B.B., especialista en neurología, psiquiatría y psicología clínica-;

d) La conflictividad matrimonial -junto a la descalificación de su persona y la presión social a la que se ha visto sometido como consecuencia del seguimiento de los presentes autos-, actúa sobre el demandado como un fuerte factor de desestabilización y descompensación, que no basta para alterar su equilibrio mental ni para convertirlo en una persona violenta o socialmente peligrosa -del propio Informe-;

e) No existe en autos no ya prueba sino ni siquiera indicio alguno que permita considerar como reales y ciertas las lesiones, agresiones y amenazas, tanto personales como telefónicas, denunciadas por la recurrente; como incierta resulta la denuncia de hallarse en posesión el demandado de armas de fuego o de haber disparado con ellas sobre o en las cercanías de la recurrente (del Auto de archivo dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Instrucción núm. 5 de las de esta Ciudad del día 22 de enero de 2000, en Diligencias Previas seguidas de núm. 899/1999 que fueron iniciadas el día 27 de septiembre de 1999 y a las que se acumularon: las Diligencias informativas de prevención núm. 17/1999 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Torrejón de Ardoz; el Juicio de Faltas núm. 664/1999 del Juzgado de Instrucción núm. 13 de los de Madrid);

f) No existió motivo ni razón alguna para que el Instructor adoptara las medidas de seguridad cautelares interesadas por la solicitante -petición a que se adhirió el Ministerio Fiscal-, 8 meses después de iniciadas las primeras actuaciones penales, de prohibición de residencia en toda la provincia de Salamanca, y prohibición de acercarse a la solicitante y a sus hijos por un tiempo no inferior a 3 años, por total ausencia de datos objetivos que permitieran razonadamente calificarlos como proporcionados y adecuados al hecho enjuiciado y no como decisión absolutamente arbitraria, contraria a lo proclamado por el Art. 9.2 CE y proscrita por el Art. 24 de la misma, a modo de medidas de seguridad predelictuales declaradas primeramente inconstitucionales y después directamente derogadas por el vigente CP en sus Arts. 1.2 y 6 -del propio Auto de archivo y denegación de las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante y el Ministerio Fiscal.

**Quinto.**-Y es que, como indica el Dr. B.B., al advenir el interrogatorio propuesto por las partes, siempre le impresionó -como psicólogo- la actitud de D<sup>a</sup> Lourdes, claramente manipuladora de la situación, impresión que igualmente obtenemos los componentes del Tribunal del cúmulo de datos aportados en las actuaciones - y en tanto los mismos no se vean sustancialmente modificados-, en cuanto expresión de una voluntad encaminada a privar al otro progenitor, cotitular de la patria potestad, de toda comunicación con la hija menor, con la excusa de suponer ello un peligro para su integridad física, sin tener en consideración las repercusiones que pueda tener en el desarrollo integral de la personalidad de la misma.

**Sexto.**-Lo dicho supone la desestimación del recurso formulado y la exigencia de cumplimiento del derecho de visita en el modo y forma acordado en resolución firme -aunque no definitiva- de veintisiete de julio del pasado año, sin definir aquel a que los peritos supuestamente designados en el procedimiento principal evacuen sus informes, por tratarse la recurrida de una resolución ajena a los mismos y no radicar por tanto el fondo de la cuestión en la forma, modo y lugar de ejercicio del derecho, cuya atribución -tanto como su modificación o suspensión en uno u otro sentido- corresponde en todo caso y en exclusiva a la jurisdicción, sino en el modo y forma de ejercicio y puesta en práctica de una

resolución judicial cuyo cumplimiento se desconsidera en base a hechos y circunstancias solamente existentes en la imaginación de la recurrente.

**Séptimo.**-Ello no obstante, con el solo objeto de facilitar el cumplimiento y ejercicio del derecho; evitar toda situación conflictiva interpersonal; armonizar los contrapuestos intereses de las partes; y, **sobremanera, evitar a la menor los evidentes perjuicios que de la ausencia de aquel se están generando y derivando para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón;** dejamos sin efecto el requerimiento y apercibimiento de desobediencia formulados, insistiendo en el acuerdo contenido en el Auto de medidas, de instar a D<sup>a</sup> Lourdes provea lo necesario para que el padre, en beneficio de la menor, pueda desarrollar el derecho de referencia, lo que perfectamente puede lograrse -si desea seguir manteniéndose alejada de toda vista y contacto con la contraparte-, designando al Juzgado, por medio o a través de su representación, un Centro de acogida de menores, de cuyo lugar el padre podrá recoger y entregar a la menor en las horas, días y períodos acordados, dejando a la absoluta libertad de criterio del Juzgador "a quo" tanto la aprobación del Centro cuanto el cumplimiento forzoso del derecho referenciado, de no acceder la recurrente, bajo su responsabilidad, a cumplir tal mandato en un plazo prudencial no superior al mes, una vez desvanecidos o mejor demostrada la inexistencia objetiva de los motivos que la impulsaron a su incumplimiento y, desde luego a la parte, **de persistir D<sup>a</sup> Lourdes en él, a instar, a través del oportuno procedimiento, la atribución al mismo de la guarda y custodia de su mejor hija, cual así se prevé para tal supuesto por la regla 3<sup>a</sup> del Art. 776 LEC de 7 de enero del corriente año.**

### **Fallo**

Se confirma sustancialmente el Auto de 27 de diciembre de 1999 por el que se confirmaba en sus propios términos la Providencia de siete de octubre precedente, dejando sin efecto o revocando expresamente el requerimiento y apercibimiento de desobediencia acordados para su forzoso cumplimiento, que quedan sustituidos por la comunicación de D<sup>a</sup> Lourdes por medio ó a través de su representación causídica, y aprobación por el Juzgado, de un Centro de Menores, a través del cual y sin ponerse las partes en contacto puedan hacer efectivo el derecho de visita concedido en las horas, días y períodos acordados; devolviendo al Juzgado "a quo" la libertad de criterio para hacer cumplir tales resoluciones de no acceder la recurrente a atender la invitación cursada en un plazo prudencial no superior al mes; no haciendo expresa condena en las costas causadas a ninguna de las partes.

Notifíquese el presente Auto a las partes y remítase certificación del mismo al Juzgado de procedencia.

Así lo acordaron, mandan y firman. Fernando Nieto Nafría.- Fernando Anaya-Pérez.- Jaime Marino Borrego.

**AP Barcelona S 6 Octubre 1999**

Pte.: Marcial Subirás Roca

**Resumen**

*La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia que atribuyó la guarda y **custodia** de los menores a su padre. Entiende la Sala que si ambos progenitores están capacitados para la guarda y **custodia** de los menores, y si la atribución que de ella se hizo a favor de la madre no dio el resultado deseable, no solo por la obstinada **obstrucción** del régimen de visitas concedido al padre, sino que para obtener un total distanciamiento paterno-filial, antes que dar normal cumplimiento a un régimen de visitas, impuesto, sin impedimento alguno para su debido cumplimiento, llegó a extremos de entrega y recogida de los menores en el Juzgado de Guardia, lo más prudente es la atribución de la guarda y **custodia** de los menores a su padre.*

En la ciudad de Barcelona, a 10 de junio de 1999.

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección 12 de esta AP, los presentes autos de Modificación de Medidas, núm. .885/1996 seguidos por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 18 de Barcelona, a instancia de D. Juan representado por él Procurador Sr. Bassedas y dirigido por la Letrada Dª Asunción Pagés, contra Dª Agustina, representada por el Procurador Sr. Simó, y dirigida por la Letrada Dª Asunción Sallés; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por Agustina contra la Sentencia dictada en los mismos el día 31 de julio de 1998, por el Sr. Juez del expresado Juzgado, habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

***Antecedentes de Hecho***

**Primero.**-La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: Fallo.- Que estimando en parte la demanda formulada por el Procurador D. Jordi Bassedas Ballus, en nombre y representación de D. Juan Manuel, contra Dª Agustina, representada por el Procurador D. Ricardo Simó Pascual y contra el Ministerio Fiscal, dispongo:

1º) Se atribuye la guarda y **custodia** de los menores Agustí y Juan Manuel a su padre D. Juan Manuel, así como el ejercicio cotidiano de la patria potestad, manteniendo compartida su titularidad con la Sra. Agustina. Para garantizar la adecuada estabilidad de los menores se acuerda el seguimiento de la evolución psicológica de los mismos por el Gabinete Psico-Social adscrito a los Juzgados de Familia.

2º) Se fija un régimen de visitas a favor de la Sra. Agustina consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la hora de la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas, ampliándose en caso de "puentes", una tarde

intersemanal que se concreta en los miércoles si las partes no pactan otro día desde la hora de la salida del siguiente, y mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa, correspondiendo a la madre la 1ª mitad de dichas vacaciones en los años impares y la 2ª mitad en los años pares. En cuanto a las vacaciones de verano corresponderá los meses de julio a la madre en los años impares y el mes de agosto en los años pares y agosto en los años impares.

3º) No se hace pronunciamiento alguno relativo al domicilio de la calle ..., núm. ..., cuarto primera, al no tener carácter de domicilio familiar, sin perjuicio de que las partes puedan ejercitar las acciones. relativas a la propiedad.

4º) Como pensión alimenticia para los hijos menores, Agustí y Juan Manuel, la Sra. Agustina entregará al Sr. Juan Manuel para su administración "la cantidad mensual de 50.000 pts., correspondiendo 25.000 pts. por cada uno de los hijos.

5º) La cantidad anterior se pagará mensualmente por adelantado, dentro de los 5 primeros días de cada mes, y por doce mensualidades al año. Dicha cantidad será anualmente actualizada según el IPC que publique el INE, de forma automática por el obligado al pago sin necesidad de previo requerimiento. Realizándose la próxima revalorización el próximo 1º de enero de 1999. La cantidad mensual será ingresada en la cuenta corriente o cartilla de ahorros que señale el beneficiario.

6º) Se dejan sin efecto las Medidas Tutelares acordadas por Auto de fecha 20 de diciembre de 1995 dictado en pieza de medidas tutelares dimanante de este pleito principal, pues serán sustituidas por las adoptadas en la presente Resolución.

7º) No se hace expresa imposición de costas".

**Segundo.**-Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación por Agustina y admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las mismas, habiéndose adherido al recurso el Ministerio Fiscal, se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la Vista Pública el día 27, de abril de 1999, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

**Tercero.**-En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales. salvo el plazo para dictar Sentencia.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Marcial Subiras Roca.

### **Fundamentos de Derecho**

Se aceptan y dan por reproducidos los fundamentos legales de la Sentencia recurrida.

**Primero.**-Ha sido objeto de debate en el presente procedimiento, cual de" los dos progenitores cuya patria potestad tienen compartida Sobre los hijos menores habidos del matrimonio, ha de ser el que tenga atribuida su guarda y **custodia**. Dicha atribución cuyo **cambio** se interesó en demanda por parte del padre, había sido confiado a la madre por Sentencia de divorcio de 23 de enero de 1995, que en nada afectó a dicha medida la Sentencia dictada en apelación de 7 de noviembre de 1996.

Es principio elemental, necesario, indeclinable, inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos, el de que es su interés el que debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el llamado "bonum filii" ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos CC (Arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170), y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares.

**Segundo.**-Los Arts. 92 a 94 CC regulan la situación de los hijos en los supuestos de separación, nulidad y divorcio, estableciendo un régimen común para los 3 supuestos, a cuyo efecto corresponde al Juez determinar la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad y el ejercicio de esta (Arts. 90 y 92 CC) El progenitor encargado de la guarda de los hijos tendrá las facultades que deriven de su patria potestad y responderá de su actuación ante el Juez, quien podrá suspender o variar las facultades del guardador en beneficio de los hijos.

El guardador deberá cuidarlos, educarlos, alimentarlos e instruirlos (Arts. 92 y 93), velar por ellos, tenerlos en su compañía y **procurarles una formación integral de acuerdo con su personalidad, (Art. 154)**, pero ello conectado con el derecho que el Art. 94 CC otorga en favor del progenitor no guardador, de visitar a los hijos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía durante los días y temporadas que se fijen y en los lugares que se señalen y que corresponde al Juez determinar, cuya finalidad es el de evitar que la ruptura que entre los progenitores se produce, pueda extenderse a las relaciones entre hijos y padres, como consecuencia de la falta de convivencia de estos.

**Tercero.**-**El debido ejercicio de la guarda y custodia** que de los hijos se hace en favor de uno de los progenitores, y para lo cual quedó acreditado que ambos progenitores se hallan capacitados, **no dependerá pues del cumplimiento parcial que los deberes de guarda conlleva, sino de la totalidad que de los mismos se deriven, de, los que no son ajenos el procurar que el régimen de visitas que se concede al progenitor no custodio sea desarrollado con plenitud de, normalidad**, cumpliéndolo en la forma establecida en Sentencia, o comunicando al Juzgador que la fijó los impedimentos que su cumplimiento comporta, u otras causas que aconsejen su modificación, pero en ningún supuesto actuando arbitrariamente, a su conveniencia, o con voluntario deseo de privar al padre de toda relación con los hijos.

Como relata la Sentencia **ha quedado reiteradamente evidenciada la actitud obstruccionista de la madre** de que el régimen de visitas del padre con sus hijos tuviera efectividad, con reiteradas e infructuosas comparecencias judiciales a fin de que se diera cumplimiento al régimen de visitas paterno-filial judicialmente establecido, cuya actitud egoísta ya se a voluntaria o reflejo de las tensiones y enfrentamientos que quedaron subyacentes tras la ruptura convivencial judicialmente decretada, no terminaron con la Sentencia de divorcio, traspasando del ámbito, estrictamente limitado a los propios progenitores, para afectar su influencia materna a las relaciones paterno-filiales, que los hijos han llevado con la misma agresividad que los padres, **con paulatina y constante destrucción de la figura paterna.**

La reiteración de tal incumplimiento del régimen de visitas en favor del padre, culminó por Auto de 20 de diciembre de 1996, en el que tras extensa motivación que se desarrollaba, y **apreciando una situación de riesgo de los menores Agustí y Joan Manuel**, se impuso a ambos litigantes la obligación de concertar para sus hijos la estancia y seguimiento del curso escolar en régimen de internado para fijar seguidamente un régimen de comunicación paterno/materno-filial.

Sin analizar la necesidad de tal medida, de la pericial psiquiátrica realizada por el Dr. B., solo se puede concluir que **ambos progenitores se hallan capacitados para el ejercicio de la guarda y custodia de los menores**, que el internamiento de los menores sirvió para aminorar la actitud reacia de los hijos para con la figura del padre, y se concluye que si bien parece cierto que durante un tiempo las descalificaciones hacia el padre fueron continuas, en la actualidad no puede asegurarse que persistan.

A la misma valoración se llega en informe Psicológico de seguimiento emitido por la Dirección General de Medidas de Justicia Juvenil, en la que en su valoración contempla la alternativa de " **la custodia paterna como de mayor garantía para el cumplimiento con mas seguridad de un régimen de visitas**, y por contra la relación materno filial que provocó el ingreso de los menores en un centro parece se ha modificado en la actualidad, pero no se puede asegurar su continuidad en el caso de que sea la Sra. Agustina quien ostente la **custodia**."

**Cuarto.**-En atención a todo lo expuesto, **si ambos progenitores están capacitados para la guarda y custodia de los menores, y si la atribución que de ella se hizo en favor de la madre no dio el resultado deseable, no solo por la obstinada obstrucción el régimen de visitas concedido al padre, sino que para obtener un total distanciamiento paterno-filial**, antes que dar normal cumplimiento a un régimen de visitas, impuesto, sin impedimento alguno **para su debido cumplimiento, llegó a extremos de entrega y recogida de los menores en el Juzgado de Guardia, lo mas prudente, es la medida acordada en Sentencia de atribución de la guarda y custodia de los menores a su padre, y que para garantizar la adecuada estabilidad de los menores se haga un seguimiento de la evolución psicológica de los mismos**, pues lo inadecuado sería reincidir en una guarda y **custodia** cuyas garantías de integro cumplimiento no pueden objetivarse.

**Quinto.**-El Ministerio Fiscal sostiene en su recurso como apelante adherido, que la atribución de la guarda y **custodia** en favor del padre, se haga en principio para el curso escolar 1998/1999, pudiéndose replantear su atribución en ejecución de Sentencia, a la vista de las circunstancias concurrentes del Gabinete psicosocial, y una vez normalizada la situación. La petición fiscal configura la actuación paterna mas **como remedio, de una situación por él no provocada**, que de una verdadera alternativa que constituye sobre la guarda y **custodia** de los menores, hijos, matrimoniales, y como ya se refleja en Sentencia toda posible modificación de la atribución de la guarda al padre dependerá no solo de la adaptación que los hijos realicen según seguimiento del Gabinete Psico-social, sino de la esmerada que resulte, **pero en ningún caso constituye un tránsito normalizador para llevar a la situación anterior que quedó acreditado ser inadecuada**, sino que de desarrollarse con plena normalidad en su función de guarda y **custodia** y redundar en beneficio de los hijos, con ello se acreditaría la necesidad del **cambio** operado en su atribución que de por sí justificaría su permanencia. Por otra parte el régimen de visitas fijado para la madre en Sentencia, es lo suficientemente amplio y normalizado y ajustado casi en su integridad, a las peticiones del Ministerio Fiscal contenidas en su escrito de adhesión al recurso, que procede desestimar.

**Sexto.**-No se aprecian circunstancias excepcionales que impidan -la aplicación a esta apelación del criterio del vencimiento objetivo que prescribe el párrafo tercero del Art. 896 LEC.

Vistos los artículos de pertinente aplicación.

### **Fallo**

Que desestimando el recurso de Apelación interpuesto por la apelante principal y el Ministerio Fiscal, como apelante adherido, contra la Sentencia dictada en fecha 31 de julio de 1998 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 18 de Barcelona, en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con expresa imposición de las costas causadas en la presente alzada a D<sup>a</sup> Agustina.

Y firme que sea esta Resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan M. Jiménez de Parga Gastón.- Antonio López-Carrasco Morales.- Marcial Subirás Roca.

## EL DERECHO

### AP Barcelona S 5 Marzo 1999

Pte.: Pascual Ortuño Muñoz

#### Resumen

*Estima la AP parcialmente los recursos de apelación planteados por la demandada y el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de 1ª Instancia que estimó parcialmente la demanda de divorcio al indicar la Sala que de los hechos y consideraciones establecidos en el pleito queda acreditado que el interés de los menores exige la adopción de la medida de **que la madre recupere la guarda y custodia de los hijos**.*

En la ciudad de Barcelona, a 3 de mayo de 1999.

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección 12 de esta AP, los presentes Autos de Divorcio, núm. 344/1996 seguidos por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Arenys de Mar, a instancia de D. Alejandro representado por el Procurador D. José Rafael Ros y dirigido por el Letrado D. Luis Álvarez, contra Dª Nuria, representada por el Procurador D. Ángel Joaniquet Ibarz, y dirigida por la Letrada Dª María Antonia Rigot; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por Dª Nuria y adheridos D. Alejandro y el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada en los mismos el día 30 de mayo de 1998, por el Sr. Juez del expresado Juzgado, habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

#### **Antecedentes de Hecho**

**Primero.**-La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente. "Fallo: Que estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador D. Manuel Oliva Vega, en nombre y representación de D. Alejandro, contra Dª Nuria, representada por la Procuradora Dª Blanca Quintana Riera, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio de ambos cónyuges, celebrado el día 17 de junio de 1983, con los efectos legales inherentes a tal declaración; sin hacer especial imposición de costas y acordando las siguientes medidas:

a) La atribución de la guarda y **custodia** de los dos hijos habidos en el matrimonio, Jordina y Martí, al padre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad compartida.

b) Como régimen de visitas la madre podrá ver a sus hijos del siguiente modo:

Días intersemanales: los lunes y miércoles de cada semana, que los recogerá a la salida del colegio reintegrándolos al centro escolar a la mañana siguiente.

Fines de semana alternos: desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas que deberá reintegrarlos al domicilio del padre.

Mitad de las Vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y Verano, eligiendo en caso de desacuerdo la madre los años pares y el padre los impares. Respecto a los "puentes" escolares, se distribuirán alternativamente entre los progenitores.

c) D<sup>a</sup> Nuria abonará la cantidad mensual de 40.000 pts. en concepto de pensión de alimentos para los dos hijos. Dicha cantidad será actualizada en el mes de enero de cada año conforme a las variaciones que experimente el IPC en el conjunto nacional que publique el INE u Organismo que le sustituya."

**Segundo.**-Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación por D<sup>a</sup> Nuria, habiéndose adherido al mismo D. Alejandro y el Ministerio Fiscal y admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las mismas, se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la vista pública el día 23 de marzo de 1999, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

**Tercero.**-En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar Sentencia, debido a la acumulación de señalamientos pendiente en esta Sala.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

Se admiten los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, salvo en lo que se dirá.

### **Fundamentos de Derecho**

**Primero.**-La Sentencia dictada en instancia es objeto de impugnación en virtud del recurso interpuesto por la parte demandada, al que se adhirió el Ministerio Fiscal y la representación del actor, que se circunscriben, en cuanto al de la esposa y el Ministerio Público, a la impugnación de la medida por la que se atribuye la **custodia** de los hijos menores al padre, interesando que ambos menores queden confiados a la madre; por su parte el actor solicita que se mantenga la Sentencia de Instancia, con las modificación del régimen de visitas materno-filial, cuya reducción postula, y la contribución de demandada a los alimentos de los hijos, que interesa quede fijada en la cifra de 60.000 pts. mensuales.

**Segundo.**-Por lo que se refiere al primero de los motivos del recurso, que tiene por objeto la impugnación de la medida por la que se atribuye al padre la **custodia** de los hijos menores, Jordina (nacida el 12 de enero de 1984), y Marti (nacido el 12 de septiembre de 1987), tanto la representación de la esposa como el Ministerio Fiscal consideran perjudicial para los intereses de los mismos el **cambio** de la asignación de la guarda habitual que venía establecido desde la separación matrimonial, aduciendo que es la madre la que dispone de mejores condiciones para atender los cuidados que los mismos necesitan, lo que implica que deba ser analizada la fundamentación de la medida referida.

La juzgadora de instancia fundamenta la medida en tres circunstancias que, de forma complementaria, justifican "prima facie" que los menores queden con el padre. La primera de ellas es la **constatación de las tensas relaciones existentes entre ambos progenitores, que han deteriorado la estabilidad psicológica de los hijos, con reiteración de incidencias en la ejecución de la Sentencia** y recíprocas denuncias por incumplimientos; en segundo término, por la opción de los propios menores, especialmente de la hija Jordina, que desean pasar a vivir

habitualmente con el padre y, finalmente, en las consideraciones que se desprenden del dictamen psico-social, del que extrae la conclusión de que, aun cuando sea como el menor de los males, los hijos deben permanecer bajo la **custodia** paterna, como expresión de una realidad social impuesta ya por el desenvolvimiento de los acontecimientos. La representación del demandante sostiene que debe ser mantenida la medida establecida en la Sentencia impugnada por los propios razonamientos que la misma contiene y, esencialmente, por la igualdad en los derechos de ambos progenitores, en su vertiente constitucional, así como por la falta de capacidad de la madre, que da mayor preferencia a su nueva relación sentimental que al cuidado de los hijos.

**Tercero.**-La resolución de la controversia determina que, dejando sentado con carácter previo **el más escrupuloso respecto al principio de igualdad entre el hombre y la mujer en orden al ejercicio de las funciones parentales, derivado de los postulados del Art. 14 CE y, en especial, de lo que establecen los Arts. 92 y 159 CC, modificado éste último por la Ley 11/1990, de 15 de octubre sobre no discriminación por razón de sexo, es prioritario el análisis de las circunstancias que concurren para determinar, de forma objetiva, cuál es el "interés del menor", en orden a procurar a los hijos del matrimonio en crisis el mayor grado de estabilidad emocional, afectiva y material, como garantía del derecho de los mismos al libre desarrollo de su personalidad y a la superación positiva de los traumas psicológicos que han padecido, como consecuencia de la traumática separación de sus progenitores y el mantenimiento de la tirantez y el desafecto que han venido condicionando, tanto el desenvolvimiento normal del ejercicio de las funciones parentales tras la separación, como las anomalías en el cumplimiento del régimen de visitas.**

Es de considerar que, producida la crisis de la relación entre los litigantes, los hijos quedaron bajo la **custodia** de la madre por la decisión consensuada de ambos progenitores, plasmada en convenio regulador que fue aprobado por la Sentencia de separación de 2 de enero de 1995. Tal dato revela que el actor, en aquél momento, estimaba como más beneficioso para sus hijos, que permanecieran junto a su madre, sin que entonces planteara cuestión alguna sobre la idoneidad de uno u otro, ni sobre la falta de capacidad de la esposa para desempeñar las responsabilidades que se le encomendaban. Es a partir de la estabilización de las relaciones afectivas entre la esposa y un tercero cuando comienzan a surgir los problemas, que culminan con una denuncia de la hija mayor contra su propia madre (folio 162), que es utilizada por el actor para fundamentar la pretensión de la demanda inicial de estas actuaciones, junto con las reticencias que ambos hijos le verbalizan en cuanto a la relación con la nueva pareja de la madre y, finalmente, con la expresión del deseo de ambos de pasar a convivir con el padre, que quedó de manifiesto en las reiteradas exploraciones judiciales practicadas (folios 171, 172, 391 y 392) No obstante lo anterior, que a primera vista ofrece la impresión del acierto en la resolución de la juzgadora de instancia, **el análisis de las razones alegadas por los hijos ponen de manifiesto que los deseos expresados por los mismos vienen absolutamente condicionados por dos circunstancias relevantes, ambas destacadas con claridad en el primer informe psicossocial practicado por el equipo técnico en sede de medidas provisionales, (folios 155 a 159), cuales son el rechazo de los menores a las normas educativas que la madre les impone, frente a la laxitud que el padre les ofrece en este ámbito, rechazo que es más acusado en la hija de 13 años -entonces-, a la que el padre tolera que fume y a la que permite salidas nocturnas en los fines de semana en los que permanece con el mismo, de hasta la una hora de la madrugada; y, en segundo lugar, al sentimiento de abandono que la actitud del padre suscita en los hijos, que tienden a protegerlo, ya que el mismo**

vive solo en una peculiar vivienda sita en un antiguo depósito de agua en pleno campo, y carece de relaciones estables habituales, frente a la posición más fuerte y consolidada socialmente que aprecian en la madre.

Tales motivaciones, que ponen de relieve la **manipulación** sentimental de los hijos por el actor, no pueden en modo alguno ser los elementos de convicción determinantes para la adopción de una medida tan drástica como la que contiene la Sentencia de Instancia, al retirar la confianza a la madre en el ejercicio de la **custodia** habitual de sus hijos. Ha de considerarse, por otra parte, que los sentimientos de los menores son fluctuantes, tal como se desprende de las exploraciones judiciales, en las que reiteran que se encuentran bien con la madre en el aspecto material, pero no en el afectivo y que, especialmente la hija Jordina, quiere ir a vivir con el padre porque tiene mayor comunicación con él, pero no porque se encuentre mal con la madre. **Esta Sala ha expresado en reiteradas resoluciones, que el interés del menor, como principio básico para delimitar la atribución de la custodia a uno u otro progenitor, no puede sustentarse exclusivamente en la voluntad de los niños, toda vez que, tanto por su corta edad, como por su falta de experiencias vitales, tienen una personalidad todavía inmadura y fácilmente influenciada por circunstancias subjetivas externas y por impulsos egoístas de bienestar o comodidad a corto plazo.** Por tal razón los textos legales encomiendan la decisión a los adultos, bien a los progenitores obrando de consuno, o bien a la **autoridad judicial** que, sopesando todas las circunstancias concurrentes, ha de adoptar la decisión que proceda, aun cuando ésta sea contraria a las determinaciones que los menores hayan verbalizado, **pues ni corresponde a éstos la opción hasta que alcanzan la mayoría de edad, ni debe hacerse recaer sobre los mismos la responsabilidad de la elección, ni resulta lícito generar en los mismos sentimientos de culpa por la preferencia mostrada hacia un progenitor, respecto al otro.**

Por otra parte, de los informes psicosociales emitidos por el SATAV, (folios 155 a 159 y 380 a 384), se infiere que **los menores presentan determinadas anomalías conductuales y especial rechazo hacia la figura materna, por el complejo sistema de lealtades al que se han visto sometidos, que han aflorado después de que la guarda estuviese encomendada al padre** desde la anómala resolución adoptada en el incidente de oposición a las medidas provisionales de divorcio que, de forma irregular, fueron admitidas y tramitadas, **presentando una situación de riesgo en cuanto a la estabilidad psicológica de los menores**, cuando la edad de la pubertad comienza y precisan de referentes claros, de la comprensión y aceptación de normas básicas convivenciales, y de una necesaria disminución del estado de tensión en el que viven, por los sentimientos que les reporta ser conocedores de la importancia que sus opiniones tienen para la resolución de la controversia entre sus progenitores, cuando en realidad, **la opción de los hijos ha de ser ponderada, como un elemento de juicio más, con el resto de las circunstancias que concurren**, para adoptar la decisión que, en cualquier caso, corresponde a la autoridad judicial, como ya se ha expresado anteriormente. Del resto de los informes psicológicos aportados por las partes, que tienen la naturaleza de prueba documental de parte, **no puede tomarse en consideración el emitido por la psicóloga Sra. D<sup>a</sup> Delfina (folio 199), al adolecer de los requisitos más elementales para que ofrezca valor científico, toda vez que no indica los instrumentos de diagnóstico empleados**, ni ha intentado siquiera mantener una sola entrevista con la madre del menor, antes de aventurar un diagnóstico tan contundente como el que expresa; el resto de los informes (folios 320 a 340), ponen de relieve el grado de tensión que están viviendo los hijos de los litigantes como consecuencia de la disputa por su **custodia** que están manteniendo sus progenitores, que ya ha provocado la sensación de una falsa madurez en la niña,

origen de graves anomalías conductuales, e importantes problemas psicológicos, incluso de retraso escolar, en el niño.

De las anteriores consideraciones se desprende la procedencia de revocar la Sentencia de Instancia, en cuanto a la medida adoptada sobre la **custodia** y residencia habitual de los hijos, devolviendo la misma a la madre, al haber quedado plenamente acreditado que el interés de los menores exige la adopción de tal medida, tanto por el entorno afectivo de la misma, incluida la estabilidad familiar que presenta, como por la capacidad demostrada para imponer a los menores el respeto a las normas que, habida cuenta de su edad, precisan. Es de constatar, en tal sentido, **que mientras los niños han permanecido con la madre, ésta ha garantizado adecuadamente el mantenimiento de las relaciones de los hijos con el padre, mientras éste se ha mostrado incapaz de asegurar la misma relación con la madre, desde que tiene encomendada la guarda de los mismos.** Finalmente **es de reprochar al actor la responsabilidad en la génesis de la problemática suscitada, toda vez que, de forma inconsciente en parte, ha situado a los hijos en la disyuntiva de elegir entre sus progenitores,** rompiendo el equilibrio existente tras el primitivo pacto de separación, en virtud del cual se estableció que los hijos mantendrían la residencia habitual con la madre. Para obtener su propósito ha fomentado en los hijos falsas expectativas y ha emprendido una desproporcionada batalla legal, sin que existieran causas fundadas para alterar lo convenido ni la decisión judicial que fue adoptada en la Sentencia de separación que, atendidas a las anteriores razones, ha de ser mantenida con motivo del divorcio.

**Cuarto.**-La medida anterior condiciona el resto de las que fueron acordadas en instancia sobre distinto presupuesto, por lo que es necesario modificar las mismas, tal como establece el Art. 91 CC, sobre las bases siguientes:

a) Restituida con carácter inmediato la **custodia** de los hijos a la madre, el régimen de comunicación paterno-filial ha de concretarse atendiendo a la circunstancia de que el mismo ejerce trabajos los fines de semana, por lo que se establece una comunicación intersemanal con pernocta, y la tarde del sábado, desde que el mismo termine su jornada laboral, hasta el domingo cuando inicie la misma, además de un mes en el verano de los de julio y agosto y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y semana santa.

b) Para la cobertura de las necesidades alimenticias de los hijos comunes, a tenor del nivel de vida de la familia, los ingresos acreditados de uno y otro progenitor y los precedentes pactos del convenio regulador de la separación, han de situarse en torno a las 30.000 pts. mensuales para cada hijo con cargo al padre, soportando el resto de la carga la madre, a excepción de los gastos de naturaleza extraordinaria, por su naturaleza imprevisible que, si se producen, serán soportados por mitad entre ambos progenitores.

**Quinto.**-La estimación de los recursos de apelación formulados por la demandada y el Ministerio Fiscal y el carácter subsidiario del sostenido, en forma de adhesión, por el actor, determinan que no proceda especial declaración sobre costas causadas en esta alzada, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 896 LEC.

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

**Fallo**

Que, estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por D<sup>a</sup> Nuria, parte demandada, y por el Ministerio Fiscal, y declarando sin objeto el recurso formulado por adhesión, con carácter subsidiario, por el actor D. Alejandro, contra la Sentencia de fecha 30 de mayo de 1998 del juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 3 de Arenys de Mar, sobre divorcio, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución impugnada respecto a los extremos relativos a las medidas reguladoras de los efectos de la disolución del vínculo matrimonial, que quedarán fijadas en los siguientes términos:

**a)** Manteniendo la patria potestad sobre los hijos comunes, Jordina y Marti, de forma compartida entre los progenitores, se asigna la **custodia** y residencia habitual de los menores a la madre.

**b)** El régimen de comunicación, visitas y estancias de los hijos con el padre será, durante el curso escolar, de fines de semana alternos, desde la salida del trabajo del padre en los sábados, hasta el domingo cuando haya de incorporarse a sus actividades laborales, además de una tarde intersemanal, la de los miércoles en ausencia de acuerdo, desde la salida del colegio, hasta la entrada en el centro escolar al siguiente día jueves; los períodos vacacionales de Navidad y semana santa, serán distribuidos por mitad entre ambos progenitores, correspondiendo al padre la primera mitad en los años pares y la segunda en los impares; y durante el verano los menores permanecerán con el padre un mes entero, de los de julio o agosto, que serán distribuidos de común acuerdo entre los litigantes, atendiendo al periodo vacacional del padre, aun cuando si tal acuerdo no fuese posible, corresponde rá al padre el mes de julio en los años pares, y el de agosto en los impares.

**c)** En concepto de alimentos, el padre contribuirá a los de los hijos con 60.000 pts. Mensuales.

**d)** La anterior cantidad se actualizará, en lo sucesivo, y sin necesidad de previo requerimiento cada primero de año, con el IPC del ejercicio anterior; y debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada en todos los demás extremos. En cuanto a costas, no se hace especial pronunciamiento respecto a las devengadas en la alzada, por lo que cada parte atenderá las causadas a su instancia.

Una vez que alcance firmeza esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.- Pascual Ortuño Muñoz.- Marcial Subirás Roca.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento

## EL DERECHO

### AP Gipuzkoa A 32/1998 de 3 Noviembre 1998

Pte.: Yolanda Domeño Nieto

#### Resumen

*La Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma el auto apelado recaído en separación matrimonial manteniendo los pronunciamientos sobre la **guarda** y **custodia** de los hijos menores al padre y si no acredita una serie de condiciones, será la madre la que ejerza la **guarda** y **custodia** del hijo menor. No se establece régimen de visitas de la madre con la hija pero sí con el hijo. La esposa recurrente solicita que se acuerde la nulidad del procedimiento y se le conceda la patria potestad por modificación de las condiciones existentes. Esta sala entiende que no procede lo solicitado, pues el juez puede establecer las medidas oportunas razonandolas incluso modificar las adoptadas en la Sentencia de Separación a fin de que los hijos se encuentren en debidas condiciones y no sufran perjuicio alguno, máxime si dicho acuerdo es adoptado con audiencia de ambas partes. No se ha infringido norma alguna ni ocasionado indefensión. Debe ser desestimado el motivo consistente en que no se ha justificado que se haya producido una modificación de las circunstancias existentes, que no se ha acreditado la existencia de malos tratos de su compañero a su hija. La decisión tomada por la Juzgadora de la Instancia en el auto acordando la **guarda** y **custodia** de los hijos pase al padre una vez cumplimentados los requisitos que se le exigían resultaba en ese momento razonable y ha de ser mantenida aunque provisionalmente y en tanto no se dilucide la cuestión con más decisión y detalle y con la practica de la prueba oportuna y pertinente en el procedimiento de modificación de medidas instado por el esposo por lo que el auto impugnado debe ser confirmado.*

En Donostia-San Sebastián, a 11 de marzo de 1998.

La Ilma. AP esta capital, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de incidente, seguidos con el núm. 368/1995 ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de San Sebastián, a instancia de Dª Fátima, representada por el Procurador Sr. Odriozola y defendida por el Letrado Sr. Ferro Múgica, contra D. Ángel, defendido por el Letrado Sr. Castro, con intervención del Ministerio Fiscal; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el mencionado Juzgado en fecha 12 de septiembre de 1997.

#### **Antecedentes de Hecho**

**Primero.**-Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de San Sebastián se dictó Auto en fecha 12 de septiembre de 1997, que contiene la siguiente Parte Dispositiva: "Se acuerda atribuir la **guarda** y **custodia** de los hijos menores del matrimonio formado por D. Ángel y Dª Fátima, María y Mikel, al padre, medida que se hará efectiva desde el momento en que se dicta el presente auto, si bien condicionada a que D. Ángel, en el plazo de cinco meses, y dado que en San Sebastián no

tiene condiciones para ocuparse adecuadamente de sus hijos, acredite, por haber manifestado el mismo que se va a trasladar a Ciudad Real, las condiciones en que allí vive, presentando ante este Juzgado: contrato de trabajo o justificante de estar realizando una actividad laboral, contrato de alquiler de vivienda en dicha localidad o que por cualquier otro título est ocupando una vivienda, que haya establecido contacto con los servicios sociales de esa localidad, exponiendo su situación familiar. Si en el plazo fijado de 5 meses, D. Ángel no ha justificado tales extremos, la **guarda y custodia** del hijo menor pasar nuevamente a la madre. No se establece régimen de visitas de la madre con la hija, que por su edad, podrá relacionarse con aquélla libremente. D<sup>a</sup> Fátima podrá tener en su compañía al hijo menor, durante todas las vacaciones escolares, con excepción de 15 días en verano, que se fijarán de acuerdo entre las partes, o en su defecto del 1 al 15 de agosto, que los pasar el menor con su padre, así como todos los fines de semana que coincidan con otras fiestas y que por lo tanto no sean exclusivamente de 2 días, sino que haya puente escolar".

**Segundo.**-Notificada a las partes la Resolución de referencia se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue admitido y efectuados los oportunos emplazamientos se elevaron los autos a este Tribunal en fecha 31 de octubre de 1997, ante el cual compareció la parte apelante, actuando como parte apelada el Ministerio Fiscal, a quienes se dio traslado para instrucción, señalándose la vista para el día 25 de febrero de 1998, que se celebró con asistencia de ambas, solicitándose por la parte apelante la nulidad del procedimiento y subsidiariamente la revocación del auto y por el Ministerio Fiscal la confirmación del mismo.

**Tercero.**-En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

**Cuarto.**-Ha sido Ponente en esta Instancia la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Yolanda Domeño Nieto.

### **Fundamentos de Derecho**

**Primero.**-Por parte de D<sup>a</sup> Fátima se ha interpuesto recurso de apelación contra el Auto de fecha 12 de septiembre de 1997, dictado por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 3 de San Sebastián, en solicitud de que se acuerde la nulidad del procedimiento y, subsidiariamente, se revoque la mencionada Resolución y se dicte otra por la que se le conceda la patria potestad, por no haberse modificado las condiciones existentes, y alega para fundamentar su recurso, por una parte, que no se ha justificado que se haya producido una modificación de las circunstancias, que no se ha acreditado la existencia de malos tratos de su compañero a su hija, que no es aplicable el Art. 94 CC, que no debe beneficiársele a él cuando ha incumplido sus obligaciones y en concreto la relativa al pago de la pensión y que en el informe solo se recomienda el **cambio** de la medida por una simple desavenencia, pero esto es lógico entre personas que conviven, y, por otra parte, que no constituye además causa de urgente necesidad que motive la modificación, que debió tramitarse la solicitud de modificación de medidas por el trámite de la Disposición 5<sup>a</sup>, que es por la que se resolvió el divorcio, y que es una causa de nulidad, al haberse prescindido de las normas legales que le han ocasionado indefensión.

A la vista de los términos en que ha sido formulado el presente recurso es evidente que se alega por el apelante, en primer lugar, y aún cuando no ha sido ese el orden utilizado, que se ha producido una infracción de normas procesales

causantes de indefensión, razón por la cual solicita la nulidad de las actuaciones, y en segundo lugar, que no se han valorado adecuadamente las actuaciones, razón por la cual procede llevar a cabo el examen de las actuaciones, a fin de determinar si dicha nulidad resulta o no procedente y si han sido o no adecuadamente valoradas las actuaciones practicadas.

**Segundo.**-Y por lo que respecta a la primera petición formulada y una vez verificado el examen de las actuaciones, y más concretamente de las contenidas en el testimonio remitido a esta Instancia, lo primero que se constata es que no procede acceder a la nulidad pretendida por la apelante en el presente caso, por cuanto que si bien es cierto que el trámite procedente para modificar las medidas acordadas en una Sentencia de separación es desde luego el consistente en interponer el oportuno procedimiento incidental sobre modificación de medidas conforme a lo establecido en la disp. adic. 5ª de la Ley 30/1.981 de 7 de julio, procedimiento que ha sido ya interpuesto por D. Jesús, según puso de manifiesto el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, también es cierto que en casos de urgente necesidad, y fundamentalmente cuando se encuentra en cuestión el bienestar de los hijos habidos en el matrimonio, el Juzgador puede sin duda alguna, razonándolo adecuadamente en una Resolución, adoptar en forma provisional, y a resultas de la Resolución definitiva que se dicte en el procedimiento de modificación de medidas entablado, las medidas que estime oportunas, incluso modificando las adoptadas en la Sentencia de separación, a fin de que los mencionado hijos se encuentren en debidas condiciones y no sufran perjuicio alguno que pueda finalmente repercutir en su adecuado desarrollo, máxime si dicho acuerdo es adoptado con audiencia de ambas partes, que en el acto de la comparecencia pueden efectuar las alegaciones oportunas acerca de la pretensión formulada, y con apoyo en los pertinentes informes de los adecuados profesionales, tal y como sucedió en el presente caso, y puesto que no se ha infringido norma alguna ni se ha ocasionado indefensión a ninguna de las partes del procedimiento, es evidente que no concurren los dos requisitos que para acordar la nulidad de las actuaciones señala el Art. 238 LOPJ, en su pfo. 3º, y que por ello no procede acceder a la petición formulada en tal sentido por la apelante.

**Tercero.**-Y ha de ser igualmente desestimado el segundo motivo de recurso alegado por Dª Fátima y consistente, como ya se ha indicado, en que no se ha justificado que se haya producido una modificación de las circunstancias existentes, que no se ha acreditado la existencia de malos tratos de su compañero a su hija, que no es aplicable el Art. 94 CC, que no debe beneficiársele a él cuando ha incumplido sus obligaciones y en concreto la relativa al pago de la pensión y que en el informe solo se recomienda el **cambio** de la medida por una simple desavenencia, pero esto es lógico entre personas que conviven, por cuanto que a la vista de las actuaciones testimoniadas y remitidas a esta Instancia, y fundamentalmente a la vista de la comparecencia efectuada por D. Jesús y Dª Fátima en fecha 4 de junio de 1997 ante la Juzgadora de Instancia y a la vista de los informes emitidos por Dª Ana, psicóloga, y D. Pedro, Diplomado en trabajo social, profesionales ambos adscritos al Juzgado de Familia, y en los que se expresa que "Teniendo en cuenta la presente situación se recomienda que Lourdes pase a vivir temporalmente con su padre y que se realice a la mayor brevedad posible una evaluación completa de todo el sistema familiar" y que "Teniendo en cuenta la escasa convicción con la que el niño relata los hechos y su comportamiento poco natural y espontáneo, se valora la posible **influencia** de los adultos que conviven con él ante la **negativa** de ir con su padre", en el primero de ellos, y que "María se siente no querida por su madre. Siente que no se le ha apoyado en aquellos momentos de tensión y enfrentamiento con Carmelo. María no acepta esta nueva relación de su madre y

lo demuestra rebelándose contra él", que "La actual situación de Ángel dificulta el poder ofrecer a sus hijos un ambiente normalizado en San Sebastián.

**Afectiva y emocionalmente ofrece más garantías que Fátima, quien demuestra manipular excesivamente a los menores, principalmente a Mikel.** La situación actual de Ángel puede cambiar si se traslada a la localidad de Socuéllamos, donde contaría con un empleo una vivienda y donde conviviría con su actual pareja y sus hijos", que "Ángel muestra a lo largo de las entrevistas una actitud colaboradora. **Reconoce en todo momento que los menores deben relacionarse con ambos padres. Es éste quien ofrece mayores garantías de que la relación de los menores con ambos progenitores se mantenga en el tiempo.** Por su parte la actitud de Fátima, tal y como ha mostrado hasta ahora, es de **imposibilitar que Mikel se relacione con su padre manipulando al menor para que sea éste quien no quiera ir con él**, cuando en realidad no es así", y que "Fátima en ningún momento demanda ni lucha por recuperar a su hija. No hace ningún esfuerzo para conseguir que María restablezca la relación con ella", en el 2º de los mencionados, **es evidente que resultaba de todo punto necesario adoptar con la necesaria rapidez y urgencia la medida más adecuada en relación a María y Mikel**, hijos de D. Jesús y D<sup>a</sup> Fátima, **a fin de evitar que la situación** en la se encontraban los mismos, sobre todo la niña, en permanente conflicto con su madre y rechazando de forma total y absoluta al compañero de la misma, **podiera finalmente repercutir de forma negativa en su normal desenvolvimiento y desarrollo**, que por supuesto ha de verificarse a ser posible de forma conjunta, evitando la separación de los dos hermanos, por lo que la decisión tomada por la Juzgadora de Instancia en el Auto de fecha 12 de septiembre de 1997, acordando que la **guarda y custodia** de los 2 niños pasase a ser ejercida por el padre, una vez cumplimentados por el mismo los requisitos que en él se le exigían, resultaba en ese momento de todo punto razonable y ha de ser mantenida en esta Instancia, aunque por supuesto provisionalmente y en tanto no se dilucide la cuestión controvertida con más precisión y detalle y con la práctica de toda la prueba oportuna y pertinente en el procedimiento de modificación de medidas instado por D. Jesús, por lo que el auto impugnado ha de ser confirmado y desestimado, en lógica consecuencia, el recurso de apelación interpuesto contra el mismo.

**Cuarto.**-Aún cuando ha sido desestimado el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Fátima, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión debatida y la excepcionalidad de la medida acordada, modificando provisionalmente lo dispuesto en la Sentencia de separación, resulta oportuno no efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a las costas devengadas en la presente Instancia, las cuales deberán ser satisfechas por cada parte las por ella causadas y las comunes por mitad.

### **Fallo**

La Sala acuerda: Que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Fátima contra el Auto de fecha 12 de septiembre de 1997, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de San Sebastián, manteniendo los pronunciamientos en ella contenidos y no efectuando imposición alguna de las costas devengadas en la presente Instancia, las cuales deberán ser satisfechas por cada parte las por ella causadas y las comunes por mitad.

Así, por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Luis Barragán Morales.- Yolanda Domeño Nieto.- Ane Maite Loyola Iriondo.