

## **AP BARCELONA, SEC, 18, SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2004**

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana Maria García Esquiús

El recurso de apelación que formula el apelante Sr. Eusebio contra la sentencia dictada en fecha 15 de enero de 2003 se dirige a obtener la guarda y custodia de la hija menor de edad que la sentencia atribuye a la madre, mientras que la apelación que interpone la madre pretende el incremento de la pensión de alimentos a cargo del padre y a favor de la hija, a la suma de 360 euros mensuales.

La sentencia de la juzgadora de instancia lleva a cabo un detenido análisis de la situación existente y de las circunstancias concurrentes y finaliza adoptando las medidas que, en función de todas y cada una de estas circunstancias considera más oportunas, decisión que la Sala comparte tras el examen, de los autos.

Hemos de partir como precedente inmediato al presente procedimiento de divorcio, que las partes habían convenido de mutuo acuerdo la separación, ratificándose en el Convenio a presencia judicial por lo que en fecha 17 de julio de 1998 el mismo juzgado de instancia dictó sentencia de separación conyugal. En el Convenio que ambas partes habían suscrito voluntaria y libremente, se pactaba atribuir a la madre la guarda y custodia de la hija y una pensión de alimentos de 30.000 pesetas mensuales. Es importante tornar en consideración los pactos anteriores en las medidas en que los pactos alcanzados por los cónyuges en un previo convenio de separación deben ser respetados y cumplidos en tanto no se acredite una alteración sustancial de las circunstancias. El convenio no responde sólo a un momento puntual sino que tiene una clara vocación de futuro hasta el punto que es la propia ley, en especial los artículos 76, 77 y 78 del Código de familia de Catalunya, la que atribuye a los miembros de la pareja un amplio margen a la autonomía de la voluntad para regular los efectos de la situación de crisis, ya que en principio nadie está en mejores condiciones para determinar las consecuencias de la ruptura y los efectos tanto personales como económicos, que los propios interesados, que conocen perfectamente sus circunstancias personales y los medios con que cuentan.

Así pues habremos de analizar ahora si existen motivos nuevos para modificar el régimen de guarda pactado en convenio de separación y la sentencia concluye que no, valorando, acertadamente que si el intento de autolisis que el padre imputa a la madre como evidenciador de la situación de desequilibrio ocurrió en el mes de julio de 1998, durante la tramitación de la separación, tal incidente no impidió que el padre se aviniera a continuar el proceso de mutuo acuerdo por el que se atribuía a la madre la custodia de la niña. Es más, la prueba practicada a lo que lleva es a considerar que las dificultades existían durante el matrimonio, que la ruptura de la pareja fue traumática y probablemente agravó las dificultades personales de la madre y que a pesar de ello, el padre no reclamó para sí la custodia de la hija sino que prefirió que la menor, que apenas contaba entonces tres años y por lo tanto requería mayor atención y cuidados, continuara con la madre. Por el contrario, parece que el

estado de la madre ha evolucionado favorablemente, informando el psiquiatra Dr. Enrique que ha remitido el cuadro clínico de dependencias, persistiendo no obstante el trastorno depresivo.

El servicio técnico del SATAV (folios 117 y 188) desaconseja el cambio de guarda y custodia, pero detecta un rechazo de la menor al padre que no aparece justificado, que es consecuencia de la ausencia de contacto y en el que incide, muy negativamente, la postura de la madre y en cierta medida la rigidez del padre. Por lo tanto es en esta importantísima cuestión en la que hemos de incidir. Probablemente la situación de la hija manteniéndose la guarda y custodia a la madre no está siendo positiva para la menor, pero en la actualidad un cambio de custodia a favor del padre empeoraría la situación por lo que tampoco sería beneficiosa para la niña y no olvidemos que en la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores, constituye criterio preferente el interés supremo del menor, el denominado *favor minoris*, que como Principio básico y fundamental en esta materia es reconocido por la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (artículos 3.1, 18, 20 y 27) y sancionado en nuestra Legislación ya a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, de la Ley 8/1995, de 27 de julio, del Parlament de Catalunya, como en los preceptos contenidos en el Código Civil, artículos 92, 93, 94, 101, 154, 158 y 170, todos ellos inspirados en el mismo Principio. En igual sentido, el artículo 82 del vigente Código de Familia catalán, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, establece que «A l' hora de decidir sobre la cura dels fills i els altres aspectes a que fá referencia l' article 76, l'autoritat judicial ha de tenir en compte preferentment l' interés dels fills» (A la hora de decidir sobre el cuidado de los hijos y los otros aspectos a que hace referencia el artículo 76, la autoridad judicial ha de tener en cuenta preferentemente el interés de los hijos»).

Este Tribunal, dados los antecedentes del caso y los informes técnicos actuales, así como las medidas acordadas por la juzgadora de instancia destinadas a favorecer la reanudación de la relación entre padre e hija, estima que no es oportuno proceder al cambio de custodia que pretende el padre. Ahora bien, así como la fragilidad de la situación aconseja instar a la Direcció General d' Atenció al Menor, para que efectúen un seguimiento de la situación psicológica y social de la menor por si se hallaran en situación de desamparo, tal y como acordó la juez de instancia, también ha de requerirse de la forma más enérgica a la madre para que colabore en la realización de la terapia familiar a practicar en el Hospital de San Pablo a fin y efecto de poder iniciarse con normalidad un régimen de visitas del padre con la hija. El derecho del progenitor con quien el hijo no convive a relacionarse personalmente con él, no sólo está reconocido expresamente en el artículo 135 del Código de Familia, sino que reviste una importancia tal que de no poder ejercitarse causa un grave perjuicio al propio hijo. La niña necesita, para un correcto desarrollo emocional e intelectual, de la presencia del padre y de la madre y sólo en el caso de que se pudiera estimar que la relación personal es perjudicial podría limitarse la misma. No siendo éste el caso, la madre debe colaborar a que se produzca el acercamiento entre el padre y la hija en aras al bienestar de la menor, y si advierte un rechazo que con el distanciamiento se agravará todavía más, ha de contribuir a modificarlo hasta conseguir que, con toda normalidad, la niña

desea ver a su padre porque no se justifica causa alguna para lo contrario. Es a los progenitores, padre y madre, a quienes corresponde, en su labor educadora, enseñar a los hijos el valor de la relación familiar y el afecto.

La Sala además considera necesario advertir a la Sra. Susana, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 776.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas **podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda, modificación que podrá efectuarse en trámite de ejecución.**

En Sevilla, a 24 de junio de dos mil cuatro.

*Vistos por* la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial los autos de modificación de medidas núm. 480/02-Bis, procedentes del Juzgado de Primera Instancia 2 de Alcalá de Guadaíra, promovidos por D. Octavio, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Consuelo Cubero Huertas, contra D<sup>a</sup> Silvia, representada por Da Eva Lama Falcón; siendo parte el Excmo. Sr. Fiscal; autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Da Eva Lama Falcón en nombre y representación de D<sup>a</sup> Silvia, contra la sentencia en los mismos dictada con fecha 11 de diciembre de 2002.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: Fallo:

Que estimando como estimo la demanda interpuesta por de Octavio, representado por D<sup>a</sup> Consuelo Cuberos Huertas, contra Silvia, representada por Da M<sup>a</sup>. José Muñoz Pérez, debo acordar y acuerdo la modificación las medidas personales acordadas en Sentencia con el contenido señalado en el Fundamento Tercero. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

**PRIMERO.-** Notificada a las partes dicha resolución y apelada por la parte demandada, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, previo emplazamiento a las partes por treinta días, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

**SEGUNDO-** Por resolución de 1 de junio de 2004, se señaló la Vista de este recurso para el día 23 de junio de 2004, a las 10.30 horas, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución,

**TERCERO-** En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Herrera Tagua.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la Procuradora D<sup>a</sup> Consuelo Cuberos Huertas, en nombre y representación de D. Octavio, a raíz de los reiterados y continuos incumplimientos del régimen de visitas establecido en la Sentencia de separación, respecto de sus hijos, por parte de la madre, Da Silvia, instó la modificación del régimen de guarda y custodia de conformidad con lo establecido en el artículo 776-3<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil **L2000177463** en ART 776 APA 3, a lo que se opuso la Sra. Silvia, dictándose Sentencia que acordó la modificación y atribuyó la guarda y custodia al padre, contra el que interpuso recurso de apelación por la Sra. Silvia.

**SEGUNDO.-** Como ya ha señalado esta Sala en anteriores resoluciones, en todas estas cuestiones caracterizada por la conflictividad en la que se encuentra afectados menores, el interés superior que necesariamente ha de ser objeto de protección preferente y singular, es el de menor, por encima de cualquier otro, es decir, “favor minoris”, que puede calificarse como el principio de carácter general y superior que ha de regir en esta materia, así se recoge en los Tratados Internacionales, en concreto en la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20- 11-80, ratificada por España el día 30-11-90 **L1990115270**; la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo L , y en nuestra legislación, así lo establece como principio rector de la política social la Constitución en su artículo 39-2 **L197813879** en ART 39 **APA 2**, y la Ley Orgánica 1/96, que en su artículo 2 **L1996113744** en ART 2 dispone que: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, principio que se ha recogido ampliamente en la doctrina jurisprudencial, así la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987 **J1\$87/3100**, dice: es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalearan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española **L197813879** en ART 39 y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil **L188911”**.

Teniendo en cuenta este principio, por lo que se refiere a la atribución de la custodia de los hijos menores de edad, es objeto de regulación en el artículo 159 del Código Civil **L188911** en **ART 159**, que en su anterior regulación atribuía siempre la custodia a la madre, en el supuesto de menores de siete años, salvo que hubiese motivos especiales que aconsejasen otorgarla al padre, dicha regulación fue reformada por la Ley 11/90 de 15 de octubre **L199W14773**, por aplicación del Derecho a la igualdad reconocido en nuestra Constitución **L197813879**, que nos dice: “Si los padres viven separados y no

decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”, como vemos no establece un criterio previo, sino que se tenga en cuenta el acuerdo de los padres y en defecto de esto, el Juez decida, teniendo en cuenta siempre el beneficio de los hijos, que es el único requisito, pero esencial, que ha de tenerse en la resolución de dicha cuestión. Ha de valorarse el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, volitivas y afectivas del menor, la convivencia con personas unidas con vínculos afectivos, la atención que pueden prestar al menor tanto en el orden material, como afectivo, las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor, teniendo en cuenta las que sean perjudiciales, la estabilidad en el empleo, el ambiente, etc., en definitiva exige tener en cuenta las mejores condiciones para el pleno desarrollo del hijo, desde luego teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción, en tal sentido el artículo 92 del Código Civil Liasen en ART 92, establece que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos será adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre que fueran mayores de doce años.

Pero en todo caso, la citada regulación parte de una premisa esencial y consustancial y es que, con independencia de que a patria potestad sea compartida, ante la imposibilidad de que la guarda y custodia sea conjunta de ambos progenitores, al cesar la convivencia en común de ambos, necesariamente ha de atribuirse a uno de ellos, es decir, que no es posible, o al menos aconsejable, teniendo en cuenta que el interés supremo digno de proteger sea el del menor que repartan entre los padres su custodia.

Esa participación en el desarrollo integral de los hijos, con la correspondiente convivencia con los mismos, especialmente no constituye un conjunto de derechos prioritarios para estos, sino más bien de deberes, respecto de los hijos. Entre estos deberes, cuando se ha producido la ruptura matrimonial, el progenitor que queda con la custodia de los hijos, salvo circunstancias concretas perjudiciales para el desarrollo de los menores, ni debe, ni puede realizar actos tendentes a enfrentar los hijos con el otro progenitor, o a provocar cierta predisposición negativa, salvo causa plenamente justificada, de ahí que deba especialmente esforzarse para que la comunicación de los hijos con el otro progenitor sea constante, fluida y pacífica, por el enriquecimiento e influencia positiva que supone para el desarrollo integral de los menores, ese contacto con ambos progenitores, especialmente con aquel que no tiene la guarda y custodia. Si se producen esos actos tendentes a entorpecer, perjudicar o enturbiar esa relación, es evidente que la influencia de esa progenitora que la realiza, es negativa para los menores, se está incumpliendo los deberes inherentes a la patria potestad, que como reiterada jurisprudencia ha señalado, es una institución establecida en beneficio de los hijos, y debe conllevar, bien la atribución de la guarda y custodia al otro progenitor, si lo ejecuta quien la tiene, o la suspensión de las visitas, si lo ejecuta quien no tiene la guarda y custodia.

**TERCERO.**- En los presentes autos se ha acreditado que D. Octavio y D<sup>a</sup> Silvia contrajeron matrimonio el día 4 de enero de 1992, fruto del cual nacieron Evaristo el día 18 de septiembre de 1993, y Rocío el día 18 de marzo de 1996. Por Sentencia dictada el día 17 de noviembre de 1999 en los autos 237/98, se acordó la separación matrimonial, se atribuyó la guarda y custodia de los hijos a la madre, manteniéndose el régimen de visitas establecido en las medidas provisionales. Con fecha 20 de mayo de 2002 se dictó Auto, en el que se señala que, ante la situación de conflictividad de los progenitores, se entendía necesario modificar el régimen de visitas y establecer otro controlado por especialista, de modo que el padre visitaría a los hijos desde las 10 horas hasta las 20 horas del sábado en el Punto de Encuentro Familiar de esta ciudad. Posteriormente se dictó providencia con fecha 28 de mayo de 2002, modificando las horas a 10,45 y 20,30, respectivamente.

En los presentes autos consta, sobradamente, los reiterados incumplimientos por parte de la Sra. Silvia de su obligación de llevar a los menores al Punto de Encuentro Familiar, como resulta de los folios 1 a 16, ambos inclusive, no llevó a los hijos los días 14-9-02, 21-9-02, 28-9-02, 5-10-02, 12-10-02, 19-10-02, 26-10-02, 2-10-02 y 10-11-02. En la Sentencia recurrida en los presentes autos, y no ha sido desvirtuado por la parte apelante, se recoge en sus Fundamentos de Derecho, que el incumplimiento del régimen de visitas por parte de la Sra. Silvia se venía realizando, al menos, desde el día 8 de junio de 2002, en todos se expresa motivos económicos, es decir, que no podía traer a los hijos a Sevilla, desde Alcalá de Guadaíra, pese a la cercanía, por tanto el gasto sería insignificante, sin embargo sus posibilidades económica si le permitieron irse durante el mes de agosto de 2002 de vacaciones, cuando la razón de establecer la visita en el citado Punto de Encuentro fue debido a sus reiterados incumplimientos. Además debe señalarse que fueron múltiples los requerimientos anteriores, a esta modificación, a la Sra. Silvia para que cumpliera el régimen de visitas, llegando en ocasiones, como se señala en el fundamento segundo, a abandonar su domicilio para evitar que se le notificasen los oportunos requerimientos. Esta actitud rebelde, reiterativa y obstruccionista no se apoyan en razones lógicas ni adecuadas, en ese sentido no se realiza el menor esfuerzo probatorio para acreditar la influencia negativa de ese contacto de los menores con el padre, que en la practica ha conllevado a que se le formule calificación provisional por el Ministerio Fiscal en el Procedimiento Abreviado 103/03 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alcalá de Guadaíra, por delitos de desobediencia y contra los derechos y deberes familiares.

Se ha practicado informe psicológico en esta alzada, a instancia de esta Sala, con las dificultades e inconvenientes que ha supuesto tener que realizarlo a bastante distancia, y que ha conllevado que el padre se tuviese que desplazar a Toledo, con el consiguiente coste económico, al corresponder a dicha provincia la población de residencia actual de la Sra. Silvia, Ocaña. En el mismo no se realiza ninguna referencia negativa a la Sra. Octavio, después de determinar que tiene un estilo de vida adaptado y actitudes parentales adecuadas, observa cierta desorientación y confusión ante la actitud negativa de los menores, con dificultades para favorecer dicha relación, ciertamente comprensible ante tantas dificultades para poder comunicarse con los hijos.

Con respecto a la Sra. Silvia señala que tiene una personalidad compulsiva con rasgos narcisistas que favorecen el menosprecio de la figura paterna, de ahí que durante la entrevista se observa una conducta sesgada, tendente a falsear la realidad en un sentido socialmente deseable, esos rasgos narcisistas se observan, al tratar de ocultar sus limitaciones personales, se muestra defensiva, no reconoce sus fallos, pretendiendo dar una imagen de seguridad. Con respecto a los menores, en el citado informe, se señala que los episodios de malos tratos que estos relatan son genéricos, sin concretarlos, se llega a afirmar por el perito que no son creíbles y frutos de la manipulación materna, Esta situación de conflictividad provoca que el menor tenga un deficiente desarrollo escolar y escasa integración en su lugar de residencia. Ambos menores son manipulados por la madre, como se señala en las conclusiones.

**CUARTO.-** Este cúmulo de circunstancias adversas, con patente y notorio perjuicio para los menores, hacen aconsejable modificar la guarda y custodia de los mismos, al estimarse que la madre no cumple con los deberes inherentes a dicha guarda y custodia, y en definitiva a la patria potestad, por ello ha de desestimarse el recurso de apelación, confirmando la Sentencia recurrida, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 en relación el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLO**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Da Eva Lama Falcón, en nombre y representación de Da Silvia, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de la Instancia 2 de Alcalá de Guadaira, en el Juicio de modificación de medidas núm. 480/02 Bis, con fecha 11 de diciembre de 2002, la debemos confirmar y confirmamos en todos sus términos, con imposición a la apelante de las costas del recurso.

Y en su día, devuélvase las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos. Juan Márquez Romero.- José Herrera Tagua.- Conrado Gallardo Correa.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, D. José Herrera Tagua, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Secretario de lo que certifico.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sala Sala 2ª. 17-1-2005    PONENTE:  
Guillermo Jiménez Sánchez \* SENT:8/2005 REC:6469/2002**

## **Verificados en 1ª Instancia incumplimientos del régimen de visitas se modifica la custodia sin que puedan ser ignorados los hechos por la Audiencia**

EXTRACTOS

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLAMOS

### **EXTRACTOS**

"... Pues bien, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta resolución, para llegar a alterar el régimen de guarda y custodia sobre el hijo menor del demandante el Juez de Primera Instancia relata primeramente las incidencias habidas en el cumplimiento del régimen de visitas. Así alude a las sucesivas quejas del demandante ante el Juzgado en relación con el incumplimiento del régimen de visitas y a los requerimientos judicialmente efectuados a la madre para que facilitase las visitas acordadas; a la necesidad de que, dadas las graves dificultades surgidas, se convocara una comparecencia de los progenitores para informar a la madre de la posibilidad de imponerle multas coercitivas si no facilitaba las visitas; e incluso de la eventualidad de la modificación del régimen de guarda. Igualmente el Juez acordó dirigirse a la policía local para que comprobase los problemas que pudieran surgir en el cumplimiento del régimen de visitas, lo que efectivamente se hizo en dos ocasiones. A la vista de ello el órgano judicial acordó un reconocimiento psicológico del menor, cuyo resultado evidenció que cuando éste manifestaba no querer ir con el padre no era capaz de dar ninguna razón, por lo cual, dada la buena relación con el padre y con los hermanos, concluye que no existe una causa objetiva y razonable a tal negativa, sino que ella es producto de la influencia de la madre, única explicación plausible de que el niño manifieste al perito que "su padre le quiere cortar el cogote", "si me voy con mi padre no le dará dinero a mi madre" o "si me pongo malo no me dan la medicina que tengo que tomar y me da bronquitis".

En segundo lugar califica tales incidencias como incumplimiento por la madre de las obligaciones derivadas del régimen de visitas acordado judicialmente, incumplimiento que, no sólo impide el contacto regular con el padre, sino también con los hermanos, y además constata que la madre ha



favorecido la culpabilización del niño haciéndole creer que su subsistencia económica dependía de su permanencia con ella.

Concluye que la prueba pericial y la testifical de un pariente próximo de la madre revelan que el menor se encuentra bien atendido con el padre y que existe una buena relación con los hermanos, por lo que el interés del menor aconseja atribuir la custodia al padre, lo que justifica además en que no existe otra vía para poner fin a la situación creada por la madre frente a la cual no han surtido efecto sucesivos requerimientos e, incluso, la imposición de una multa coercitiva.

5. Pues bien nos encontramos por tanto ante una resolución judicial en primera instancia que se basa en la constatación de ciertos hechos y en la ineficacia de las medidas judiciales acordadas como consecuencia de ellos, y que valora estas circunstancias como justificativas de un cambio del régimen de custodia en beneficio del mantenimiento del trato del menor con su padre y sus hermanos, que conviven con éste. Por el contrario la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación interpuesto frente a tal resolución, tras reconocer las facultades del Juez para acordar lo mejor para el menor sin sujeción al principio dispositivo, se limita a razonar que "no concurren razones que justifiquen una modificación del régimen de custodia en su momento acordado, ya que no han sobrevenido nuevas circunstancias que justifiquen una modificación de una medida de tanta trascendencia para la vida del menor, sino la adopción por el juzgado a quo de cuantas medidas sean necesarias para garantizar su ejecución, de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de enjuiciamiento civil".

No resulta constitucionalmente admisible que, una vez que el Juez de Primera Instancia explicita ciertos hechos ya señalados con anterioridad (sucesivos incumplimientos del régimen de visitas, culpabilización del menor en cuanto a la subsistencia de su madre, buena relación con el padre y los hermanos negada por la madre, etc.), éstos sean simplemente ignorados por la Audiencia Provincial al afirmar lisa y llanamente que no han sobrevenido circunstancias que justifiquen la variación del régimen de custodia del menor, sin que ello venga precedido de una diferente apreciación de tales circunstancias o de la valoración jurídica que merezcan al Tribunal. La afirmación de que no se han producido circunstancias nuevas, o la de que,

habiéndose producido, no revisten entidad justificativa de un cambio del régimen de custodia, no pueden constituirse en un juicio apodíctico, sino en la conclusión de un razonamiento que desmonte la argumentación del órgano judicial cuya motivada resolución se apelaba. Así lo exige el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, quien había obtenido ya una resolución judicial favorable a sus pretensiones que le es revocada sin que se expresen las razones que conducen a tal decisión.

Finalmente cabe anotar que el déficit de motivación que acabamos de apreciar no resulta contradicho por una genérica referencia a la necesidad de agotar los medios de ejecución forzosa de los que puede servirse el Juez a tenor de lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento civil, pues la resolución apelada ya expresa la actividad desenvuelta para lograr el cumplimiento espontáneo (comparecencia y requerimiento a la madre), la utilización de uno de los medios establecidos en el art. 776.2 LEC (multa coercitiva) y, finalmente, la adopción de una medida prevista expresamente en este texto legal (en concreto, en el art. 776.3 LEC) para el caso de incumplimiento reiterado (modificación del régimen de guarda y visitas). Frente a ello la Audiencia, ni concretó qué tipo de medidas resultarían más adecuadas, ni razonó por qué motivo la adoptada se revela como inadecuada para los intereses del menor. ..."

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 15 de noviembre de 2002 el Procurador don Álvaro Arana Moro dedujo demanda de amparo en nombre y representación de don Jesús Manuel Sánchez de Paz contra la resolución judicial de la que se hace mérito en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos que se encuentran en el origen de esta demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Los cónyuges don Jesús Manuel Sánchez de Paz, hoy demandante de amparo, y doña María del Rosario Rodríguez Arrocha obtuvieron Sentencia de separación de mutuo acuerdo el 12 de febrero de 1999. En el convenio regulador de la separación ambos cónyuges acordaron que la custodia de su hijo menor, nacido en 1994, así como la de su hija, correspondiera a la madre, mientras que el otro hijo del

matrimonio quedó bajo la custodia del padre. Con posterioridad, por determinadas circunstancias familiares, la hija decidió marchar a vivir con su padre. Con fecha 23 de noviembre de 2000 se dictó Sentencia de divorcio a instancia de don Jesús Manuel Sánchez de Paz, el cual solicitó la custodia de su hijo menor, petición que no fue atendida por el Juez al estimar que no se había acreditado un cambio relevante de las circunstancias concurrentes cuando ambos progenitores habían decidido, de mutuo acuerdo, en el proceso de separación que este hijo permaneciera con su madre.

b) Como consecuencia de ciertas incidencias (a las que luego se hará mención) habidas en la ejecución del régimen de visitas aprobado judicialmente, el Juez de Primera Instancia dictó Auto, de fecha 28 de diciembre de 2001, en el que modificó la resolución sobre la guarda del menor acordada en Sentencia de 23 de noviembre de 2000 y atribuyó a don Jesús Manuel Sánchez de Paz la guarda y custodia de dicho hijo, estableciéndose a favor de doña María del Rosario Rodríguez Arrocha un régimen de visitas.

Para llegar a tal determinación el Juez razonó del siguiente modo:

"Es a partir del mes de agosto de 2001 cuando se tiene en este Juzgado conocimiento cierto de los problemas que está planteando el cumplimiento del régimen de visitas establecido a favor del padre: en fecha 14 de agosto comparece en el Juzgado D. Jesús Manuel Sánchez Paz, informando de que hace mes y medio que no puede ver a su hijo; por parte de D<sup>a</sup> María del Rosario Rodríguez Arrocha se manifiesta que no se opone a que el niño vea a su padre, pero que es el niño el que no desea estar con él. Finalmente, se lleva a cabo la entrega del menor a su padre.

En fecha 11 de septiembre de 2001 comparece nuevamente en este Juzgado D. Jesús Manuel Sánchez Paz, y nuevamente solicita que se le ampare en su derecho a relacionarse con su hijo: se acuerda requerir a D<sup>a</sup> María del Rosario Rodríguez Arrocha para que cumpla estrictamente la resolución judicial en la que se establecía el régimen de visitas.

En fecha 9 de noviembre D. Jesús Manuel Sánchez Paz acude nuevamente al Juzgado con el mismo propósito, por lo que a la vista de las graves dificultades que está planteando el

cumplimiento del régimen de visitas se acuerda convocar a las partes a una vista, que se celebra en fecha 14 de noviembre, y en la que se informa directamente por el Juez de este Juzgado a D<sup>a</sup> María del Rosario Rodríguez Arrocha de que es su responsabilidad, como titular de la custodia de su hijo, garantizar el cumplimiento del régimen de visitas acordado; y se le informa de que cualquier incumplimiento será sancionado mediante la imposición de multas coercitivas, y que el incumplimiento reiterado del régimen acordado podrá incluso determinar la modificación del régimen de guarda del menor.

A fin de garantizar el cumplimiento del régimen de visitas, y para facilitar la constancia de los acontecimientos, se acuerda oficiar a la Policía Local de Breña Alta, lugar del domicilio de D<sup>a</sup> María del Rosario Rodríguez Arrocha, solicitándoles que, en el caso de que se les informe por cualquiera de las partes de este procedimiento de que se están planteando problemas sobre el cumplimiento del régimen de visitas, acudan al lugar para comprobar qué es lo que está ocurriendo, y den cuenta de ello al Juzgado.

Los problemas en la entrega del menor se repiten, y por la Policía Local de Breña Alta se deja debida constancia de lo ocurrido en informes de fecha 16 de noviembre y 28 de noviembre.

A la vista de todo ello se acuerda convocar a las partes a una vista que se celebra el día 20 de diciembre de 2001, una vez que se ha practicado por la psicóloga de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Breña Alta informe sobre la situación del menor y las posibles causas de las dificultades de cumplimiento del régimen acordado. La citada vista, celebrada a los efectos de resolver, previa contradicción entre las partes, y de conformidad con lo previsto en el art. 776.3 LEC, sobre la posible modificación del régimen de guarda, es la que da lugar a la presente resolución.

Segundo. La resolución de la cuestión planteada debe partir, necesariamente, de la determinación de cuáles puedan ser las causas de la negativa del niño... a acudir con su padre, pues según se manifiesta por su madre es ésta la única razón del incumplimiento del régimen de visitas. Para ello resulta de inestimable ayuda el informe pericial elaborado por la psicóloga de los Servicios Municipales, que fue sometido al debate contradictorio de las partes.

En primer lugar, en el referido informe se indica que el niño exterioriza su oposición a acudir con su padre, pero se constata que no se puede determinar ninguna causa objetiva para ello: es decir, el niño dice que no quiere ir con su padre, pero no es capaz de indicar por qué. Es más, la psicóloga autora del informe subraya que la relación entre el niño y su padre es muy buena (hace expresa referencia al hecho de que en una de las pruebas a las que es sometido el niño, la realización de un dibujo de la familia, el padre aparece pintado justo al lado del propio niño, cogiéndole por la mano, lo que explica la perito que es signo indicativo de la buena relación y del aprecio del niño por su padre, si verdaderamente existiera un problema grave -malos tratos- el padre nunca habría aparecido en ese lugar en el dibujo, posiblemente ni siquiera habría aparecido). Manifiesta también la perito que ha podido constatar la muy buena relación entre el niño y sus dos hermanos mayores (debe añadirse que la hermana mayor, es madre de un niño de corta edad que también vive con ellos). En suma, que se ha descartado pericialmente que la negativa del niño a estar con su padre responda a una causa objetiva y razonable.

Descartado lo anterior el informe apunta la única causa posible del comportamiento del niño: la existencia de influencias externas, que al niño se le haya enseñado que debe negarse a ir con su padre, o que se haya influido sobre él en ese sentido. Esta es la hipótesis que considera correcta la perito, como consecuencia inevitable de lo expuesto en el párrafo anterior: no aparece motivo alguno para la mala relación entre el niño y su padre; y cuando el niño desconecta de la situación por la que se le pregunta, por ejemplo haciéndole dibujar o hablando de qué es lo que le gusta o desea, su padre siempre aparece a su lado.

Dicho lo anterior, los datos de los que se dispone resultan claramente indicativos de que la influencia sobre el niño solamente puede proceder de la madre, pues es la titular de la guarda, o del ámbito de la misma, del que es ella responsable: el menor se encuentra, como se ha dicho, bajo su guarda, y los contactos con el padre han sido limitados; se ha constatado que el menor justifica su negativa a ir con su padre en razones que no son propias de un niño (dice, según explica la Sra. perito, que "su padre le quiere cortar el cogote", "si me voy con mi padre no le dará dinero a mi madre" ó "si me pongo malo no me dan la medicina que tengo que tomar y me da bronquitis");

el informe pericial constata que en realidad el niño hace una valoración muy positiva (como no debe ser de otra forma en un niño de esa edad) de su padre; en el primero de los informes policiales unidos a las actuaciones (a ambos se ha hecho referencia anteriormente) se constata por el agente informante la actitud "impasible" de la madre cuando se la solicitaba su colaboración para que facilitara la marcha del niño con su padre, y se indica que se limitaba a decir "el niño está ahí si quiere ir, pero es él el que no quiere".

Las valoraciones anteriores ponen de manifiesto un grave incumplimiento por parte de la madre de sus obligaciones con relación a su hijo, especialmente en lo referente a su obligación de facilitar la relación del niño con su padre y, para ello, el correcto desenvolvimiento del régimen de visitas, que en este caso permite además al niño mantener la relación con sus hermanos. Y, de otra parte, que la madre, con su actitud, ha favorecido la culpabilización del niño: es inaceptable que se haga creer a un niño que si se pone enfermo su padre y sus hermanos no le van a dar medicinas; o que la subsistencia económica de su madre depende de que él permanezca con ella.

Debe añadirse la constatación pericial, así como a través de la prueba testifical practicada (se ha dispuesto, en este sentido, tanto del testimonio de los hijos mayores del matrimonio como de una pariente próxima de la propia D<sup>a</sup> María del Rosario Rodríguez Arrocha) de que el niño está bien y correctamente atendido en la casa de su padre. Todo ello, unido, como se ha recalcado por el Ministerio Fiscal en la vista celebrada, a la buena relación del niño con sus hermanos, determina que se estime procedente, en interés del menor, modificar la guarda del mismo, que corresponderá a su padre, D. Jesús Manuel Sánchez de Paz (arts. 776.3 LEC en relación con los arts. 159, 92, 94 y 158.3 CC). Y ello por cuanto aparece que no existe otra vía para poner fin a la situación creada por D<sup>a</sup> María del Rosario Rodríguez Arrocha, a pesar de los sucesivos requerimientos, realizados incluso personalmente por el Juez que firma esta resolución, e incluso imposición de una multa.

La modificación de la guarda determina la necesidad de establecer un régimen de visitas a favor de la madre en este caso, que deberá ser coincidente con el anteriormente establecido a favor del padre.

Finalmente, debe indicarse que, a la vista de lo avanzado del curso escolar, y dado que por la Sra. perito se ha insistido en que el desarrollo escolar del niño resulta correcto, deberá evitarse que el mismo cambie de centro escolar. El cambio, durante este curso, solamente se llevará a cabo si resulta absolutamente necesario, y previa constatación de la necesidad y de que no se perjudica al niño, por este Juzgado (art. 158.3 CC)".

c) Deducido recurso de apelación por doña María del Rosario Rodríguez Arrocha la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el Auto impugnado en este recurso de amparo, acordó revocar íntegramente el Auto recurrido en apelación y mantener las medidas acordadas en la Sentencia de divorcio dictada el 23 de noviembre de 2000. De este modo, en lo que ahora interesa, quedaba inalterado el régimen de guarda y custodia del menor a favor de su madre. El razonamiento de la Audiencia que conduce a esta decisión es el siguiente:

"A la vista de las manifestaciones de las partes, y de las restantes actuaciones practicadas en la instancia, este Tribunal estima procedente la impugnación planteada.

Nos encontramos en el caso de autos, ante un supuesto incumplimiento por parte de la madre del régimen de visitas en su día acordado por la sentencia de divorcio, a favor del padre del menor. Incumplimiento que es denunciado por éste, con el objeto de que se acuerde judicialmente la ejecución de dicho régimen de visitas.

Sin perjuicio de que tratándose de medidas relativas a menores, el Juez puede acordar lo que estime por conveniente, atendidas las circunstancias del caso, y especialmente el interés superior del menor, a cuya protección deben propender todos los poderes públicos, sin sujeción por tanto al principio dispositivo que rige las contiendas civiles, es lo cierto que en el presente caso, no concurren razones que justifiquen una modificación del régimen de custodia en su momento acordado, ya que no han sobrevenido nuevas circunstancias que justifiquen la modificación de una medida de tanta trascendencia para la vida del menor, sino la adopción por el Juzgado a quo de cuantas medidas sean necesarias para garantizar su ejecución, de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

3. El demandante de amparo alega que la Audiencia Provincial, sin haber presenciado personalmente las pruebas practicadas ante el Juez de Primera Instancia, revocó la resolución de éste incurriendo en un gravísimo error de apreciación del material probatorio obrante en los autos, pues, a pesar de la abundante prueba practicada (pericial psicológica, policial y testifical) y de su detallada valoración por el Juez de instancia, el Auto impugnado emplea tan sólo dos líneas para revocar la resolución apelada sin realizar una ponderación concreta y específica de las razones empleadas por el Juez de instancia al acordar la modificación de las medidas inicialmente adoptadas en la Sentencia de divorcio. Tan simplista razonamiento, manifiesta el recurrente, pudo estar influido por el sentido feminista de la Magistrada Ponente.

A su entender en el proceso judicial quedó probado y constatado que la madre no dejaba que el menor viese al padre, y decía que actuaba así de acuerdo con lo que quería el niño. Tal afirmación quedó descartada por la prueba practicada, y así lo estimó el Juez en el Auto apelado.

Como consecuencia de lo anterior considera que se han vulnerado los derechos a la igualdad (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE). Añade, además, que asimismo se ha vulnerado el art. 9.3 CE, en tanto que garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la seguridad jurídica, y no se ha otorgado la protección que corresponde a la infancia de acuerdo a lo establecido en los tratados internacionales (art. 39.4 CE).

4. Mediante providencia de 20 de noviembre de 2003 la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder al demandante de amparo y al Ministerio público un plazo de diez días para que formularan alegaciones en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda [art. 50.1 c) LOTC].

5. El demandante de amparo formuló alegaciones el 13 de diciembre de 2003, insistiendo en la argumentación vertida en la demanda.

6. El Fiscal, mediante escrito presentado el 17 de diciembre de 2003, interesó la inadmisión de la demanda al estimar que



carecía de contenido constitucional que justificase una decisión sobre el fondo mediante Sentencia. Comienza por aludir al carácter formal de la invocación del art. 14 CE, por cuanto la demanda no contiene fundamentación alguna en relación a la vulneración del principio de igualdad. Del mismo modo razona que no pueden esgrimirse en amparo derechos que no se encuentren contenidos en los arts. 14 a 29 CE y la objeción de conciencia, por lo que no cabe invocar con éxito la vulneración de los derechos recogidos en los arts. 9.3 y 39.4 CE.

Aborda seguidamente la aducida vulneración del art. 24.1 CE que, pese a la falta de un desarrollo completo, cabe entender realizada por la utilización de expresiones tales como que la resolución judicial emplea tan sólo dos líneas de razonamiento, así como por hacer a dicha resolución el reproche de falta de objetividad, con lo que, en definitiva, se está aludiendo a la falta de motivación y a la arbitrariedad de la resolución recurrida en amparo.

Estima el Ministerio público que la resolución judicial está suficientemente motivada, en la medida en que el mantenimiento de la custodia del menor por la madre se hace con fundamento: a) en el hecho de no haber sobrevenido circunstancias que aconsejen el cambio del régimen de guarda del menor; b) en que la modificación de la medida puede tener trascendencia para el menor; y, finalmente, c) en que el cumplimiento del régimen de visitas puede llevarse a cabo mediante las previsiones existentes en la Ley de enjuiciamiento civil. Cierra su razonamiento aludiendo a que la solución tomada por la Audiencia Provincial es conforme con la naturaleza del recurso de apelación, en el cual es posible la revisión de los hechos y la aplicación del Derecho llevada a cabo por el Juez de instancia, cuyo criterio no ha de prevalecer forzosamente por el hecho de haber presenciado las pruebas de modo directo, máxime cuando las practicadas en instancia se hallan documentadas, de manera que es posible su apreciación por el órgano de apelación. Finalmente entiende el Fiscal que el examen de los autos no permite afirmar que el informe psicológico concluya que, en todo caso y de modo incontestable, la custodia del menor por el padre sea la solución más idónea para aquél, independientemente de que tal informe pueda ser sopesado por los órganos judiciales en el ejercicio de sus competencias.

7. La Sala Segunda de este Tribunal, en providencia de 22 de abril de 2004, acordó, de conformidad con el art. 11.2 LOTC, la admisión a trámite de la demanda de amparo. Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife y al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Santa Cruz de la Palma a fin de que, en plazo no superior a diez días, remitiesen a este Tribunal certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo núm. 214-2002 y a los autos 271-99, respectivamente, debiéndose emplazar por el Juzgado a quienes hubieran sido parte en el proceso, excepción hecha del recurrente en amparo, para que en el término de diez días pudiesen comparecer en el presente recurso.

8. La Sala Segunda acordó, mediante providencia de 4 de julio de 2004, tener por personado y parte en el procedimiento al Procurador don Jesús Manuel Dorremochea Aramburu, en nombre y representación de doña María del Rosario Rodríguez Arrocha, quien previamente se había personado mediante escrito presentado el 1 de junio anterior.

En la misma providencia se acordó dar vista a las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio público, por plazo de veinte días, para que, conforme determina el art. 52.1 LOTC, pudieran formular las alegaciones que estimasen convenientes.

9. El Fiscal evacuó el traslado conferido el 6 de julio de 2004. Tras describir los hechos sustanciales que condujeron al dictado de la resolución impugnada reproduce su criterio desfavorable a la estimación de la demanda, ya expresado en su informe de 17 de diciembre de 2003.

Descartada la cobertura en vía de amparo de los derechos recogidos en el art. 9.3 y 39.4 CE, y rechazada la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) en la medida en que la demanda no contiene una fundamentación precisa sobre tal vulneración, el Ministerio público aborda la cuestión de si la resolución impugnada incluye o no una motivación suficiente, no arbitraria y razonable que supere el canon con el que se vienen enjuiciando por este Tribunal las resoluciones judiciales cuando se aduce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Para abordar esta cuestión recuerda que, según la doctrina jurisprudencial que cita, el derecho a la

tutela judicial efectiva se satisface con una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, que es garantía frente a la arbitrariedad o irrazonabilidad de los poderes públicos. Ahora bien, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone, ni una extensión prefijada de tal motivación, ni la exhaustividad de la respuesta dada por los órganos judiciales, siendo admisible la motivación por remisión y la utilización de modelos estereotipados siempre que permitan conocer los motivos de la decisión adoptada.

Centrándose en la resolución judicial impugnada insiste en que el texto de la misma revela que la revocación de la decisión del Juez de Primera Instancia se basó en que no concurrían circunstancias nuevas que justificasen la modificación del régimen de custodia del hijo menor; en la trascendencia para el menor de un cambio en el régimen de custodia; y, finalmente, en la posibilidad de hacer cumplir el régimen de visitas acordado judicialmente a través de los medios previstos en la Ley de enjuiciamiento civil. El hecho de que el Auto impugnado no se mueva en la valoración específica de cada uno de los elementos tomados por el Juez, detalladamente explicitados en la resolución judicial, no quiere decir que la Sala no los haya tomado en consideración, ni que su decisión esté ayuna de razonamiento. Según el Fiscal es precisamente la ausencia de nuevos acontecimientos o circunstancias lo que lleva a no alterar el régimen de guarda del menor, e insiste además en que el informe psicológico practicado no permite afirmar como necesariamente más beneficiosa para el menor la custodia paterna, sino que tal informe tiene un carácter neutral.

Finalmente el Ministerio público entiende que el canon de enjuiciamiento de la resolución judicial ha de ser en general de interdicción de resoluciones inmotivadas, arbitrarias o patentemente erróneas, sin que en este caso deba utilizarse el canon reforzado a que se refieren las SSTC 221/2002 y 71/2004, pues, a diferencia de lo acontecido en los casos enjuiciados en estas resoluciones, no está comprometido ahora un derecho material, como lo era la integridad física y moral del menor, ni tampoco se ha producido, como entonces, un lapso de tiempo prolongado entre la decisión del Juzgado y la de la Audiencia.

10. Por providencia de 13 de enero de 2005, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 17 del mismo mes y año.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. La cuestión suscitada en el presente recurso de amparo es si el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 23 de septiembre de 2002, estimatorio de recurso de apelación deducido contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa Cruz de la Palma sobre modificación del régimen de custodia del hijo menor del demandante de amparo y de quien en otro tiempo fuera su esposa, vulneró o no el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por falta de motivación suficiente. A esta queja añade también el demandante de amparo las de las vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), del principio de igualdad (art. 14 CE) por el pretendido sesgo feminista que habría guiado a la Magistrada Ponente de tal resolución, de los principios de legalidad, jerarquía normativa y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y, finalmente, de la protección que a la infancia corresponde conforme a los tratados internacionales (art. 39.4 CE).

2. Como en tantas ocasiones nuestra primera tarea ha de centrarse en la delimitación de lo que pueda considerarse en correcto rigor técnico el tema que hemos de afrontar en este recurso de amparo, pues buena parte de los reproches efectuados a la resolución judicial hubieran merecido una resolución de inadmisión a limine si no fuera porque, además, junto a ellos se formula una queja que autónomamente considerada reviste entidad suficiente como para hacer preciso un pronunciamiento sobre ella mediante Sentencia de este Tribunal.

La apuntada irrelevancia constitucional resulta evidente en el caso de la alegación referente a la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), que el demandante considera responde al sesgo feminista que alimenta la resolución judicial impugnada, consecuencia de la condición femenina de la Ponente del Auto dictado por la Sección de la Audiencia Provincial (integrada, junto a ella, por otros dos Magistrados varones). Tal afirmación no sólo resulta ser una prevención gratuita que no puede derivarse de hecho alguno, ni se revela de ningún pasaje de la

resolución judicial, sino que, si bien se mira, tampoco viene acompañada de una argumentación seria que ponga en evidencia el ánimo infundado de favorecer los intereses o la postura procesal de la mujer frente al marido. Se trata más bien de una alegación reducida a un par de frases, que se deslizan con cierta ligereza y que, desde luego, no disponen de ningún razonamiento acabado que pueda llevarnos a entender levantada la carga que pesa sobre todo demandante de, además de abrir la vía del amparo, proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente es de esperar y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 167/2004, de 4 de octubre).

Otro tanto cabe afirmar respecto de la alegada vulneración de los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica que se recogen en el art. 9.3 CE, así como de la ignorancia de la tutela que corresponde a la infancia conforme a los tratados internacionales (art. 39.4 CE) temas que, además de no constituir núcleos autónomos de razonamiento, sino más bien simples digresiones respecto de la cuestión principal planteada en el recurso, que luego se estudiará, se refieren a principios o derechos que no resultan protegibles por sí a través del recurso de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.1 LOTC, en relación con los arts. 161.1 b) y 53.2 CE.

Finalmente se alude en la demanda al derecho a un proceso con todas las garantías y a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), pero tal alusión se realiza en el marco y al servicio de la denuncia de las deficiencias de motivación que se reprochan al Auto impugnado, pues viene a enfatizar la necesidad de una adecuada motivación en las resoluciones judiciales que revoquen la del órgano ante el cual se practicaron las pruebas que se encuentran en la base de la resolución adoptada. Esta relación de subordinación entre una y otra queja justifica una respuesta conjunta de ambas al abordar la principal, en la que se subsume el resto, tarea que pasamos inmediatamente a realizar.

3. Como acabamos de recoger, y admite el Ministerio público, en las alegaciones efectuadas el demandante de amparo denuncia la falta de motivación de que adolecería el Auto de la Audiencia Provincial, revocatorio de la resolución del Juez de Primera Instancia por medio de la cual se atribuyó al demandante de amparo la guarda y custodia de su hijo menor,

que hasta entonces tenía la madre. Tal queja puede entenderse vertida en el conjunto del escrito de demanda, y alcanzaría concreción en los pasajes en que se alude a las escasas líneas empleadas para revocar el Auto del Juzgado en contraste con el abundante razonamiento de éste, así como en las referencias al simplismo de la argumentación de la Audiencia Provincial.

Para abordar el estudio de si el Auto frente al que se demanda nuestro amparo respeta o no el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva bueno será recordar la doctrina constitucional sobre el contenido primigenio de este derecho fundamental, esto es, el derecho a una resolución fundada en Derecho sobre la integridad de las pretensiones formuladas ante la jurisdicción. A tal efecto es suficiente recordar, con la STC 172/2004, de 18 de octubre, que "el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que también puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; y 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras muchas). Asimismo, hemos dicho que la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos (por todas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4). También es doctrina reiterada la de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la

arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; y 5/1986, de 21 de enero, entre otras). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; y 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6). En suma, el art. 24 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; y 10/2000, de 31 de enero, FJ 2)".

4. La aplicación de esta doctrina al caso ahora enjuiciado ha de conducirnos al examen de si la resolución de la Audiencia Provincial permite o no tomar cabal conocimiento de las razones por las que se estimó incorrecta la resolución apelada, pues, aun cuando suele ponerse el acento en el carácter de novum iudicium del recurso de apelación (con lo que se sitúa el foco en los poderes del órgano ad quem), no cabe olvidar que tal medio de impugnación no se configura pura y simplemente como un replanteamiento de lo sometido al Juez de instancia, sino como un medio de fiscalización de una resolución judicial que ha de combatirse en su resultado y fundamentación, de tal modo que ni aquél ni ésta pueden sencillamente ignorarse por más que para esta labor de enjuiciamiento se dote al órgano llamado a realizarla de unos poderes frente a la fijación de los hechos muy semejantes (aun cuando no idénticos) a los del órgano que conoció en primera instancia. Consecuencia de lo anterior es que el enjuiciamiento constitucional de la adecuación de la motivación de una resolución judicial toma en consideración, no solamente lo planteado por las partes desde el inicio del proceso, sino también, y esencialmente, las razones ofrecidas por la resolución judicial impugnada, las cuales habrán de ser avaladas o contradichas por el órgano a quem. Es más, la necesidad de hacer explícitas las razones que conducen a un determinado fallo se hace más patente cuando la resolución de segunda instancia corrige la resolución apelada, pues, mientras que para la confirmación del criterio del órgano a quo puede ser suficiente con razonar la falta de disenso

con su criterio, para la revocación de toda resolución es preciso expresar con claridad, aun cuando sea brevemente, las razones que conducen a ello.

Pues bien, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta resolución, para llegar a alterar el régimen de guarda y custodia sobre el hijo menor del demandante el Juez de Primera Instancia relata primeramente las incidencias habidas en el cumplimiento del régimen de visitas. Así alude a las sucesivas quejas del demandante ante el Juzgado en relación con el incumplimiento del régimen de visitas y a los requerimientos judicialmente efectuados a la madre para que facilitase las visitas acordadas; a la necesidad de que, dadas las graves dificultades surgidas, se convocara una comparecencia de los progenitores para informar a la madre de la posibilidad de imponerle multas coercitivas si no facilitaba las visitas; e incluso de la eventualidad de la modificación del régimen de guarda. Igualmente el Juez acordó dirigirse a la policía local para que comprobase los problemas que pudieran surgir en el cumplimiento del régimen de visitas, lo que efectivamente se hizo en dos ocasiones. A la vista de ello el órgano judicial acordó un reconocimiento psicológico del menor, cuyo resultado evidenció que cuando éste manifestaba no querer ir con el padre no era capaz de dar ninguna razón, por lo cual, dada la buena relación con el padre y con los hermanos, concluye que no existe una causa objetiva y razonable a tal negativa, sino que ella es producto de la influencia de la madre, única explicación plausible de que el niño manifieste al perito que "su padre le quiere cortar el cogote", "si me voy con mi padre no le dará dinero a mi madre" o "si me pongo malo no me dan la medicina que tengo que tomar y me da bronquitis".

En segundo lugar califica tales incidencias como incumplimiento por la madre de las obligaciones derivadas del régimen de visitas acordado judicialmente, incumplimiento que, no sólo impide el contacto regular con el padre, sino también con los hermanos, y además constata que la madre ha favorecido la culpabilización del niño haciéndole creer que su subsistencia económica dependía de su permanencia con ella.

Concluye que la prueba pericial y la testifical de un pariente próximo de la madre revelan que el menor se encuentra bien atendido con el padre y que existe una buena relación con los



hermanos, por lo que el interés del menor aconseja atribuir la custodia al padre, lo que justifica además en que no existe otra vía para poner fin a la situación creada por la madre frente a la cual no han surtido efecto sucesivos requerimientos e, incluso, la imposición de una multa coercitiva.

5. Pues bien nos encontramos por tanto ante una resolución judicial en primera instancia que se basa en la constatación de ciertos hechos y en la ineficacia de las medidas judiciales acordadas como consecuencia de ellos, y que valora estas circunstancias como justificativas de un cambio del régimen de custodia en beneficio del mantenimiento del trato del menor con su padre y sus hermanos, que conviven con éste. Por el contrario la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación interpuesto frente a tal resolución, tras reconocer las facultades del Juez para acordar lo mejor para el menor sin sujeción al principio dispositivo, se limita a razonar que "no concurren razones que justifiquen una modificación del régimen de custodia en su momento acordado, ya que no han sobrevenido nuevas circunstancias que justifiquen una modificación de una medida de tanta trascendencia para la vida del menor, sino la adopción por el juzgado a quo de cuantas medidas sean necesarias para garantizar su ejecución, de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de enjuiciamiento civil".

No resulta constitucionalmente admisible que, una vez que el Juez de Primera Instancia explicita ciertos hechos ya señalados con anterioridad (sucesivos incumplimientos del régimen de visitas, culpabilización del menor en cuanto a la subsistencia de su madre, buena relación con el padre y los hermanos negada por la madre, etc.), éstos sean simplemente ignorados por la Audiencia Provincial al afirmar lisa y llanamente que no han sobrevenido circunstancias que justifiquen la variación del régimen de custodia del menor, sin que ello venga precedido de una diferente apreciación de tales circunstancias o de la valoración jurídica que merezcan al Tribunal. La afirmación de que no se han producido circunstancias nuevas, o la de que, habiéndose producido, no revisten entidad justificativa de un cambio del régimen de custodia, no pueden constituirse en un juicio apodíctico, sino en la conclusión de un razonamiento que desmonte la argumentación del órgano judicial cuya motivada resolución se apelaba. Así lo exige el derecho a la tutela judicial efectiva

del demandante de amparo, quien había obtenido ya una resolución judicial favorable a sus pretensiones que le es revocada sin que se expresen las razones que conducen a tal decisión.

Finalmente cabe anotar que el déficit de motivación que acabamos de apreciar no resulta contradicho por una genérica referencia a la necesidad de agotar los medios de ejecución forzosa de los que puede servirse el Juez a tenor de lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento civil, pues la resolución apelada ya expresa la actividad desenvuelta para lograr el cumplimiento espontáneo (comparecencia y requerimiento a la madre), la utilización de uno de los medios establecidos en el art. 776.2 LEC (multa coercitiva) y, finalmente, la adopción de una medida prevista expresamente en este texto legal (en concreto, en el art. 776.3 LEC) para el caso de incumplimiento reiterado (modificación del régimen de guarda y visitas). Frente a ello la Audiencia, ni concretó qué tipo de medidas resultarían más adecuadas, ni razonó por qué motivo la adoptada se revela como inadecuada para los intereses del menor.

## **FALLAMOS**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional,  
POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA  
CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Jesús Manuel Sánchez de Paz y, en consecuencia:

1º Declarar que se ha vulnerado el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º Restablecerlo en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 23 de septiembre de 2002, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior a su dictado para que por dicho órgano judicial se pronuncie nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental invocado.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a diecisiete de enero de dos mil cinco.