

## **GUARDA Y CUSTODIA**

**Se mantiene la guarda y custodia a favor de la madre, pero con el apercibimiento de que debe colaborar a que se produzca el acercamiento entre el padre y la hija advirtiéndole a la misma que 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 de sentencia**

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

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María García Esquius

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 tener 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 Codí de Família 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 desee 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.' 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.**