

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **16/01/2025**

Nº de Recurso: **787/2024**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00011/2025

Modelo: N10250 SENTENCIA

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Teléfono: 981182091 **Fax:** 981182089

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MP

N.I.G. 15057 41 1 2021 0000403

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000787 /2024

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de [REDACTED]

Procedimiento de origen: F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000219 /2021

Recurrente: Basilio

Procurador: MARIA DE LOS ANGELES FERNANDEZ RODRIGUEZ

Abogado: MARIA TERESA ALVAREZ PORTELA

Recurrido: Silvia

Procurador: ANA LAGE PEREZ

Abogado: MARTA DIAZ PAZ

S E N T E N C I A

Nº 11/2025

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA-CIVIL-MERCANTIL

Ilmos/as.Magistrados:

D. PABLO GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, Pte.

D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID TREMOYA

Dª ZULEMA GENTO CASTRO

En A CORUÑA, a dieciséis de enero de dos mil veinticinco VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000219 /2021, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de [REDACTED], a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000787 /2024, en los que aparece como parte apelante, Basilio, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA DE LOS ANGELES FERNANDEZ RODRIGUEZ, asistido por el Abogado D. MARIA TERESA ALVAREZ PORTELA, y como parte apelada-impugnante, Silvia, representado por el Procurador de los

tribunales, Sr./a. ANA LAGE PEREZ, asistido por el Abogado D. MARTA DIAZ PAZ, MINISTERIO FISCAL; sobre ALIMENTOS, GUARDA Y CUSTODIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE [REDACTED] se dictó resolución de fecha 29-04-2024, en el procedimiento del que dimana este recurso, que contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

“Estimar la demanda promovida por doña Silvia, representada por la procuradora dona Teresa Maneiro Ces y asistida por la letrada doña Marta Díaz Paz, frente a don Basilio, representado por el procurador don Francisco Javier Salmonte Rosendo y asistido por la letrada doña Sara Sanmartín García, con la intervención del representante del Ministerio Fiscal, dada la concurrencia de un hijo menor de edad habido en común, y, en consecuencia, acuerdo la adopción de las siguientes medidas paterno-filiales:

1.- PATRIA POTESTAD. GUARDA Y CUSTODIA La titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponde conjuntamente a ambos progenitores. Se atribuye la guarda y custodia del hijo menor de edad habido en común a la madre, doña Silvia.

2.- RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y ESTANCIA DEL MENOR CON EL

PROGENITOR NO CUSTODIO (PADRE) No se establece el citado régimen 3.- DOMICILIO FAMILIAR Se atribuye el domicilio familiar a la demandante y al hijo menor de edad habido en común.

4.- PENSIÓN DE ALIMENTOS.

Se fija la pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio y a favor del hijo menor de edad habido en común en 100€ mensuale. Dicha suma se abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que a tal fin determine la progenitora custodia y será actualizable anualmente según el IPC, produciéndose la primera actualización en enero de 2025. Los gastos extraordinarios serán asumidos por ambos progenitores por mitad. No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas de este procedimiento.”

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida, y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, fue señalada audiencia para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- Ha sido Ponente el Ilmo/a. Magistrado/a D/D^a. **ZULEMA GENTO CASTRO.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Planteamiento del litigio La sentencia de 29 de abril de 2024, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de [REDACTED] estimó la demanda promovida por doña Silvia, frente a don Basilio, y acordó el ejercicio conjunto de la patria potestad de ambos progenitores sobre su hijo común, Jesús Carlos, nacido el NUM000 de 2021, con atribución de su guarda y custodia a la madre, sin establecer un régimen de comunicación y estancia del menor con su padre en atención a hallarse incurso en un procedimiento de atentado contra la integridad física y moral de su pareja. Además, atribuyó el uso del domicilio familiar a la demandante y fijó una pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio y a favor del hijo menor de edad en 100 euros mensuales, acordando que se abone dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que a tal fin determine la madre, actualizable anualmente según el IPC, con obligación de ambos progenitores de contribuir a los gastos extraordinarios del niño por mitad.

Contra la citada resolución se interpuso recurso de apelación por el Sr. Basilio en el que solicitaba la revocación de la sentencia, que estima que no se halla motivada y que infringe el artículo 98.2 CC, por no tener en cuenta el principio del interés superior del menor solicitando que, en su lugar, se fije un régimen de custodia compartida del niño, pues según la jurisprudencia debe ser el régimen normal y no excepcional y además porque la sentencia no argumenta circunstancia alguna que determine la no capacitación del otro progenitor para ejercer en igualdad de tiempos la custodia del hijo menor.

Tanto el ministerio fiscal como la Sra. Silvia se opusieron a su estimación y esta, a su vez, impugnó la sentencia en el único extremo relativo a la cuantía de la pensión de alimentos respecto de Jesús Carlos dado que el demandado se encuentra desempleado por causas que solo a él son imputables, percibe una prestación mensual de 281 euros, vive con su madre quien sufraga sus gastos y posee un vehículo. En consecuencia, solicita que la cuantía ascienda a 200 euros mensuales.

Resulta relevante indicar que, tras el dictado de la sentencia recurrida, el Sr. Basilio fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de A Coruña en sentencia de 18 de marzo de 2024 como autor de UN DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES del artículo 173 p 2 y 3 del CP, a la pena de UN AÑO, NUEVE

MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse en línea recta a una distancia inferior a 300 metros de la persona de Silvia, de su domicilio y lugar de trabajo aunque no se encuentre en ellos y de comunicarse con ella por cualquier medio, ya oral, escrito o telemático por el plazo de cinco años y prohibición del derecho y tenencia de armas por el plazo de cuatro años y un día con pérdida de la licencia o permiso de armas; y de TRES DELITOS DE MALOS TRATOS SOBRE LA MUJER del apartado 1 y 3 del artículo 153 del CP, a la pena para cada uno de ellos de CINCUENTA Y SIETE DÍAS TRABAJOS EN

BENEFICIO DE LA COMUNIDAD (171 días en total) prohibición de aproximarse en línea recta a una distancia inferior a 300 metros de la persona de Silvia, de su domicilio y del lugar de trabajo aunque no se encuentre en ellos y de comunicarse con ella por cualquier medio ya oral escrito o telemático por el plazo de un año (3 años en total) y prohibición del derecho y tenencia de armas por el plazo de dos años y un día (6 años y 3 días en total); y UN DELITO DE MALOS TRATOS SOBRE LA MUJER del apartado 1 del artículo 153 del CP, a la pena de TREINTA Y CINCO DÍAS DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD prohibición de aproximarse en línea recta a una distancia inferior a 300 metros de la persona de Silvia de su domicilio y del lugar de trabajo aunque no se encuentre en ellos y de comunicarse con ella por cualquier medio ya oral escrito o telemático por el plazo de dos años y prohibición del derecho y tenencia de armas por el plazo de dos años En la declaración de hechos probados de la sentencia penal consta: "Probado y así se declara por conformidad que Basilio mantuvo una relación sentimental de dos años con Silvia, con la que convivía en el domicilio familiar, si bien, con la hija menor de edad de ésta fruto de otra relación y el hijo común menor de edad de dos meses en el momento de los hechos, en la planta de arriba de la casa y residiendo en la planta baja el padre de Silvia y los fines de semana un hermano. Durante la relación, en los últimos meses anteriores a la denuncia (junio de 2021) Basilio con ánimo de perturbar la pacífica convivencia familiar y menoscabar la integridad psíquica y física de Silvia, comenzó a proferirle insultos como "que no valía para nada, puta, zorra, asquerosa, que andaba con otros hombres, payasa, retrasada", y a tener conductas como escupirle o tirarle del pelo, con ánimo de infravalorarla y menospreciarla, llegando a controlarle el móvil y en las redes sociales y romperle hasta seis teléfonos por no dejarle tenerlo en modo silencio por creer el acusado que habla con otros hombres, así como conductas como controlar sus movimientos e impidiéndole quedar con amigas.-En una ocasión, la primera, estando en el coche ambos y en presencia de la hija menor, Silvia le recriminó que las dejase esperándole tres horas y Basilio reaccionó de forma agresiva y le dijo "puta, os voy a matar, voy a dejar caer el coche por un barranco, me voy a suicidar con vosotras" y comenzó a darle golpes al coche, atemorizando a Silvia y a la menor.-Aproximadamente en el mes de marzo de 2021 en la cocina del domicilio le recriminó que fumara delante de los niños y le dijo expresiones tales como "puta, zorra de mierda, no te quiero ver delante", agarrándola y dejándole un moratón, si bien Silvia no fue al médico.-Unos quince días antes de la denuncia, en mayo de 2021, en la cocina, tras una discusión por el mismo motivo de fumar, le dirigió de nuevo la expresión "puta" y propinó un golpe a la puerta, y la agarró con fuerza del brazo y zarandeó, sin dejarle marcas esta vez y todo ello en presencia de la hija menor.-En otra ocasión, por idéntico motivo en la habitación le dijo "puta, sinvergüenza" y la cogió de los brazos y empujó sobre la cama cayendo encima y tuvo un hematoma en el brazo izquierdo, en presencia de los dos hijos menores.-En otra ocasión que habían ido a Arteixo, estando en el coche, la llamó puta y llegó a levantarle dos uñas por intentar arrancarle el bolso, y escupió. Silvia no fue al médico".

SEGUNDO.- La protección de los menores frente a los episodios violentos La reciente STS del 17 de diciembre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:6249) recalca que "El preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ya nos advierte de los graves perjuicios que las conductas violentas generan sobre los menores, y así podemos leer:

«Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o exparejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma».

El art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, norma que, a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta

los siguientes criterios generales: a) La protección de sus necesidades básicas, «tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas» y

c) «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia».

La Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166(INI)), en el apartado N, considera que:

«[L]os niños también pueden sufrir la denominada «violencia presenciada» en el hogar y el entorno familiar, al asistir a cualquier tipo de maltrato a través de actos de violencia física, verbal, psicológica, sexual y económica contra personas de referencia o significativas desde el punto de vista afectivo; que esta violencia tiene consecuencias muy graves para el desarrollo psicológico y emocional del niño, por lo que es esencial prestarle la debida atención en las separaciones y los acuerdos de custodia parental, garantizando que el interés superior del menor sea la consideración primordial, en particular para determinar los derechos de custodia y visita en los casos de separación; que la violencia presenciada no siempre es fácil de reconocer y que las mujeres víctimas de violencia doméstica viven en un estado de tensión y dificultades emocionales; que, en los casos relacionados tanto con la violencia doméstica como con cuestiones de protección de la infancia, los tribunales deben remitirse a expertos con conocimientos y herramientas para evitar tomar decisiones contra la madre que no tengan debidamente en cuenta todas las circunstancias».

No ofrece duda, pues, que la violencia en el hogar genera un evidente impacto emocional de indiscutible carga negativa constitutivo de un factor de riesgo para el equilibrio de la salud mental, tanto de las víctimas directas que la sufren como de los convivientes que la presencian, y máxime si se trata de menores de edad que se encuentran en pleno proceso de desarrollo de la personalidad, carentes de los resortes adecuados para superar tan inadmisibles comportamientos sin repercusiones nocivas en su ulterior integración en la vida adulta. Tampoco, puede generar discusión entender que constituye maltrato psicológico el hecho de infundir temor mediante actos de intimidación, amenazas o comportamientos violentos sobre las cosas y personas.

Consciente de ello, el Legislador, al modificar el art. 94 del CC, estableció, en su párrafo tercero, que:

«No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos.

Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

No obstante, se hace una salvedad, conforme a la cual «[L]a autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial».

Tal precepto ha sido interpretado por la STC 106/2022, de 13 de septiembre, al resolver un recurso de inconstitucionalidad, en la que se señaló que:

«Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH Saleck Bardi c. España, § 52), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011)».

TERCERO. - Régimen de custodia compartida y régimen de comunicación y visitas con el hijo menor. Valoración probatoria El artículo 92.7 CC prescribe que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con

ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

La STS del 10 de julio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4147) considera "la guarda y custodia compartida como modelo generalmente beneficioso para el interés de los menores, pero no de fijación incondicional con abstracción de la cuidadosa valoración de las circunstancias concurrentes." Y añade que "lo expuesto no significa que la custodia compartida sea el modelo de comunicación entre los progenitores y sus hijos que deba adoptarse incondicionalmente en todos los casos de fijación de medidas relativas a los menores en los procesos judiciales, prescindiendo de las concretas circunstancias concurrentes; pues existen factores negativos que desaconsejan acordar una medida de tal naturaleza, que puede resultar contraproducente para la estabilidad emocional y desarrollo de la personalidad de los niños en contra de la finalidad pretendida con su adopción".

Así se ha expresado, también, el Tribunal Constitucional cuando enseña que, para valorar lo que resulta más beneficioso para el menor, "ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio" (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

A su vez, el ya mencionado artículo 94 CC establece que "no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos".

Así, el examen de las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado nos lleva a coincidir con las motivadas razones de la sentencia de instancia que excluyen la posibilidad de establecer una custodia compartida sobre Jesús Carlos o, subsidiariamente, un régimen de visitas del padre con el menor cuando en el momento de dictarse la resolución apelada este ya se hallaba incurso en un procedimiento penal por atentar contra la integridad física y moral de su pareja, doña Silvia, en presencia de Jesús Carlos y de la hermana de este, en el que ahora ha recaído la sentencia que hemos transcrito en el primer fundamento de derecho.

Además, ha quedado acreditado que el recurrente no ha visto a su hijo desde que este tenía tres meses, contando ahora con tres años, ni ha demostrado la más mínima preocupación por él, por su manutención o su salud, manteniendo hábitos tóxicos, que ya tenía cuando convivía con Silvia y los dos menores, y mostraba conductas de extrema agresividad que han merecido el consiguiente reproche penal con penas de prisión y alejamiento de doña Silvia, tanto de su domicilio como de su lugar de trabajo, aunque aún no haya podido reincorporarse a su puesto.

En conclusión, el recurrente no reúne las condiciones necesarias para poder asumir la función de progenitor custodio ni poder mantener visitas con un niño de tan solo tres años, que no lo conoce, sin que se acredite su rehabilitación, ni si ha cumplido las penas de prisión y si ha iniciado terapias psicológicas respecto de su actitud agresiva y violenta, y de sus adicciones.

Ha mostrado comportamientos inadecuados para que Jesús Carlos pueda desarrollarse en el ambiente de cariño y seguridad que le corresponde.

Por último, debemos indicar que no se ha dado audiencia al menor, Jesús Carlos, por su corta edad, considerando que sería contraproducente para él.

CUARTO.- Impugnación de la cuantía de la pensión alimenticia a cargo del progenitor no custodio Procede, por el contrario, la estimación parcial de la impugnación de la sentencia que realiza doña Silvia para elevar la pensión alimenticia a cargo del Sr. Basilio, fijada en 100 euros mensuales, pues estimamos que los ingresos de este (281 euros mensuales), unido a que sus gastos sean cubiertos por su madre y al hecho de hallarse en condiciones de encontrar empleo, le permiten afrontar una pensión mensual de 150 euros.

QUINTO.- Costas y depósito En atención a la clase de procedimiento, no haremos especial pronunciamiento sobre costas procesales.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación y estimamos parcialmente la impugnación de la sentencia.

Revocamos la resolución recurrida en el único extremo relativo a la cuantía de la pensión de alimentos a cargo del demandado que elevamos a la cifra de 150 euros mensuales, confirmando todos los demás extremos de la sentencia.

No procede realizar especial pronunciamiento sobre las costas procesales de esta alzada.

Acordamos la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que habrá de fundarse en la infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional, y que habrá de interponerse en el plazo de veinte días a partir de su notificación. El escrito de interposición se ajustará a las prescripciones del artículo 481 de la LEC, así como a las que la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo tiene establecidas y han sido publicadas en el BOE. Al interponer el recurso habrá de acreditarse la constitución del depósito legalmente exigido.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En caso de interponer recurso de casación, su presentación se tiene que adaptar al acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo del 8.9.2023, publicado en el BOE del 21.9.2023, el cual adjuntamos.

En los escritos de interposición y oposición del recurso de casación, las partes deben manifestar el cumplimiento de todos los requisitos a los que hace referencia el citado acuerdo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.