

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 24 de juliol del 2018

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, i els magistrats M.I. Sr. Vincent ANIÈRE i M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En data 20-04-2016 la representació processal del Sr. M.M.T.J. va presentar demanda d'adopció de mesures paterno-filials contra la Sra. M.L.A., i després d'invocar els antecedents de fet que consten en el cos de la demanda i els fonaments de dret aplicables al cas, sol·licitava que es dictés sentència en el sentit d'establir la guarda i custòdia compartida entre els progenitors respecte la filla menor de nom A., això és per setmanes senceres efectuant-se el canvi el dilluns a la sortida del centre escolar, portant el pare o la mare custodi a la seva filla a l'escola el dilluns pel matí i recollint-la per la tarda l'altre progenitor al que li pertocui per torn: per les

vacances escolars, entén que s'han de repartir per meitats entre els progenitors, corresponent-li a la mare la primera meitat els anys senars i la segona els anys parells, tenint en compte que el repartiment per meitats no podrà excedir mai de quinze dies seguits per tal de que la menor concernida no pugui romandre separada massa temps de l'altre progenitor no custodi; ha de quedar entès que durant les vacances es troben suspesos els contactes de setmanes alternes i que el còmput de les vacances comença el dia següent a la sortida de l'escola fins a l'últim dia de vacances dividit per dos, anant a buscar la menor a l'escola el qui li pertoca el primer torn i, reintegrant-la a l'escola el primer dia de retorn de les vacances aquell progenitor que la tingui el segon torn; pels dies de celebració, aniversari i/o onomàstiques de la menor, els pares s'han de concedir un dret de visita per a que el progenitor que no es trobi en la seva companyia pugui compartir amb la menor aquell dia, tot i respectant el calendari i les obligacions escolars de la mateixa; qualsevol viatge a l'estranger de la menor haurà de ser prèviament autoritzat pel progenitor que no estigui en companyia de la menor, el qual haurà de conèixer en tot moment el lloc i l'adreça i telèfon de contacte de la destinació prevista; pels dies de celebració i aniversaris de cada progenitor la filla d'aquests els hauria de poder visitar i compartir amb els mateixos, respectivament, mig dia; els pares hauran de facilitar i permetre la comunicació de la menor amb l'altre progenitor cada dia per telèfon o bé per internet, o altre canal de comunicació similar; les despeses d'alimentació, allotjament i de vestimenta de la menor les han d'assumir cada progenitor quan estigui la mateixa en la seva companyia, pagant la meitat de totes les altres despeses de la mateixa els dos pares fins que la menor assoleixi la seva independència econòmica; en el cas de que la menor cursi estudis superiors a l'estranger, els pares hauran de pagar la meitat de totes les seves despeses fins assolir aquella la seva independència econòmica.

II.- Per escrit de data 25-05-2016 la Sra. M.L.A. s'oposava a les pretensions de l'adversa. Insistia en què l'aute del 23-04-2014, dictat en fase

d'execució de sentència trobava els seus orígens en la seriosa discrepància entre els litigants respecte del centre escolar on s'havia d'escolaritzar la seva filla comú i que l'opció que ella proposava era l'adequada. Que entre ambdós litigants hi havia diferències de criteri i situacions que revesteixen i tenen una connotació penal i han estat per ella denunciades, i en aquest ordre d'idees feia menció de que es trobava en curs un procediment en el que l'adversa estava processat per dos presumptes delictes menors, el continuat de maltractaments en l'àmbit domèstic i el d'amenaques no condicionals. Entenent que els afers penals en curs són del tot incompatibles amb la custòdia compartida.

III.- obert el judici a proves, van ser practicats els diferents mitjans probatoris proposats pels litigants.

Així mateix el Ministeri Fiscal informà en data 08-01-2018 que es dictés resolució amb els següents pronunciaments: mantenir la pàtria potestat compartida entre els progenitors; fixar un règim de guarda i custòdia compartida, tenint en compte les consideracions dels informes socials emesos i de l'informe pericial psicològic obrant a les actuacions, i posant de relleu tal i com es desprèn de la sentència dictada pel M.I. Tribunal de Corts el dia 24-11-2017, que la progenitora va manifestar a la vista oral de la causa que les relacions amb el Sr. M.M.T.J. eren correctes, no considerant en aquell moment la Sra. M.L.A. adequat d'acordar la prohibició d'entrar en contacte amb el mateix; fixar un repartiment dels períodes de vacances escolars, onomàstiques i dates assenyalades, per meitats entre els progenitors; que cadascun dels progenitors es faci càrrec de les despeses de la menor mentre es trobi en la seva companyia, i que ambdós progenitors es facin càrrec de les despeses extraordinàries generades per la menor a raó del 50%.

IV.- L'Hble. Tribunal Unipersonal va dictar Sentència, en data 21-02-2018, amb la següent part decisòria:

“que estimant majoritàriament la demanda principal de modificació de mesures paternofiliars interessada pel Sr. M.M.T.J. contra la Sra. M.L.A., ha d'atribuir als darrers la custòdia compartida de llur filla menor d'edat de nom A., a raó d'una setmana amb cadascun d'ells segons s'ha descrit en el I.- Resultant, fixant-se tanmateix el repartiment de les vacances escolars per meitats entre els litigants, no havent-hi lloc a partir d'ara a fixar cap pensió d'aliments, si bé, divent cada progenitor assumir per meitats les despeses extraordinàries que generi llur filla, i tanmateix no s'efectua especial pronunciament sobre les costes processals d'aquesta instància segons ho preveu el darrer Considerant.”

V.- En data 11-04-2018 la Sra. M.L.A. va formular recurs contra la resolució d'instància i, en data de 04-05-2018 va presentar escrit de conclusions i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, sol·licita la seva revocació en el sentit de no atribuir la guarda i custòdia compartida.

La part recorreguda va presentar escrit de contesta a les conclusions, de data 08-06-2018, en virtut del qual s'oposava al recurs i demanava que es dictés sentència confirmant en tots els seus extrems la resolució recorreguda, sense fer especial condemna en costes processals, assumint cada part les pròpies.

VI.- Per Aute d'aquesta Sala, de data 26-06-2018, no es dona lloc a la pretensió probatòria sol·licitada pel Sr. M.M.T.J. en el seu escrit de conclusions i consistent en que s'incloguessin en autes els documents adjuntats.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY.

FONAMENTS DE DRET

I.- La representació processal de la Sra. M.L.A. fonamenta el seu recurs en els següents greuges.

Considera que la sentència fixa un règim de custòdia compartida de la filla A., de sis anys, i que des de la contesta a la demanda s'ha posat de manifest que entre els progenitors no solament existeixen diferències de criteri sinó situacions de caire penal. I que aquests afers penals resulten incompatibles amb la custòdia compartida.

Assenyala que el Sr. M.M.T.J. fou condemnat pel Tribunal de Corts per un delictes continuat d'amenaques no condicionals i que en la mateixa línia es pronunciava l'informe de l'equip d'atenció a les víctimes de violència de gènere i domèstica.

II.- Aquesta Sala ja ha tingut ocasió de pronunciar-se en relació a la inexistència d'una norma en l'ordenament jurídic andorrà, en la que s'impedeixi l'atribució de la guarda i custòdia en exclusiva o compartida a un progenitor quan aquest es troba inculpat en un procediment penal per violència de gènere. Així, en la sentència, derivada del rotlle 464/17 hem manifestat que:

“L'ordenament jurídic andorrà no preveu una norma en el dret de família similar a la que existeix en el dret català des de l'any 2010 (Llibre segon del CCCat). Així, l'article 233-11.3 disposa que “3. En interès dels fills, no es pot atribuir la guarda al progenitor contra el qual s'hagi dictat una sentència ferma per actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes. En interès dels fills, tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor mentre hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes”.

En el present cas, resta clar que no s'ha dictat sentència en el procediment penal i que el fill M. no és víctima directa de l'eventual violència masclista. Restaria per determinar

si podria ésser víctima indirecta dels abusos patits per les seves germanes quan ja existeixen indicis fonamentats que s'han comès aquests actes, el que el TSJC des de l'any 2014 identifica amb la presentació de l'escrit d'acusació per part del Ministeri Públic.

No obstant, una norma com aquesta que impediria l'atribució de la guarda al progenitor per l'existència d'indicis fonamentats, no existeix a l'ordenament jurídic andorrà, de manera que correspon al Tribunal, per tal de vetllar per l'interès del menor, decidir en aquest cas quina és la solució que millor protegeixi el benestar i desenvolupament d'aquest menor”.

I si aquesta consideració, l'estenem al cas present, ressurts que existeix condemna del Tribunal de Corts, segons sentència de data 24-11-2017, en el que es condemna a la part recorreguda per un delictes continuats de maltractament en l'àmbit domèstic i d'amenaques no condicionals.

És cert que tampoc hi ha norma que impedeixi l'atribució de la guarda i custòdia en supòsits de condemna per sentència per violència de gènere, però esdevé oportú assenyalar que en el cas d'indicis fonamentats no ha recaigut condemna i la persona inculpada gaudeix de la presumpció d'innocència, mentre que quan s'ha produït la condemna aquesta presumpció decau i apareix un relat de fets provats que acrediten la realització d'un delictes de violència de gènere.

Aquesta realitat, la condemna, s'ha de posar en relació amb l'interès del menor (en aquest cas una nena de sis anys) per a poder resoldre si el règim de guarda i custòdia compartida, en aquest concret supòsit i a manca de previsió legal que ho impedeixi, és el més adient per a la consecució de l'interès de la menor.

III.- De l'estudi de les actuacions s'extreu que la situació de maltractament envers la Sra. M.L.A. van tenir lloc, segons s'afirma a la sentència del Tribunal de Corts:

“Aquest delictes es doncs constituït pels fets ocorreguts entre els mesos de març a juny del 2010 i al desembre del 2012, així com pel menyspreu constants produïts al llarg de

tota la convivència, és a dir, aquest delictes és constituït per tots els episodis de violència domèstica dels que ha estat víctima M.L.A. en les ocasions descrites, delictes que absorbeix la contravenció penal de maltractaments, que sols és penat separatament quan el maltractaments porta aparellat un resultat lesiu de lesions, que en aquest cas no ha restat acreditat, tota vegada que si bé els diferents testimonis, que han declarat a l'acte del judici oral, la seva mare o tieta refereixen que aquesta habitualment presentava marques o blaus, no ha hagut constància dels mateixos.”

És a dir, els maltractaments patits per la Sra. M.L.A. es van produir abans del naixement de la menor A. (16-12-2011) i després d'aquest i es van continuar produint fins que la recurrent va marxar de l'habitatge familiar amb la filla i va interessar l'adopció de mesures provisionalíssimes.

Especialment ressenyable és que el menyspreu envers la persona de la Sra. M.L.A. s'ha produït durant la convivència i que l'episodi de desembre de l'any 2012 de maltractament va tenir lloc a l'habitatge conjugal i, per tant, malgrat la curta edat de la menor (1 any) aquesta també fou destinatària d'aquesta.

Per tant, no ens trobem front a una hipòtesi de maltracte puntual sinó estructural, és a dir, que es produïa de manera continuada en el temps. En aquest sentit, el fonament de l'atribució de la guarda i custòdia conjunta rau en l'interès del menor. No hi ha dubte, que malgrat la curta edat de la menor, en supòsits de violència estructural o habitual, l'exposició de la menor als efectes de la violència és inevitable, encara que no els presenciï o rebi per sí mateixa, i, aleshores, l'interès de la menor no pot justificar que aquell que ha exercit de manera continuada un maltractament envers l'altre progenitor pugui gaudir de la custòdia compartida.

En el present cas, l'informe psico-social de 30-11-2016 va constatar manifestacions compatibles amb una situació de violència de gènere tant a nivell psicològic com social (foli 155), i que, malgrat el pare (foli 163) no detecta cap factor social que impedeixi la cura i atenció de la filla menor i

que l'informe psicològic forense (folis 293 i ss) es pronuncia a favor de la custòdia paritària, la menor va ser víctima indirecta dels maltractaments.

En efecte, que l'any 2012 tingués la menor un any d'edat i que es pugui creure que no pren coneixement o no té consciència dels actes de maltractament, el cert és que el patiment i l'ansietat de la mare es projecta sobre la menor.

A l'àmbit internacional, la Convenció dels drets del nen determina que la violència de gènere, tant física com psicològica, és una vulneració dels drets humans molt freqüent (art. 19) i a nivell europeu ha estat presa en consideració per la Resolució 1714 del Consell d'Europa o per la recomanació núm. 1905, ambdues de l'any 2010.

Si les consideracions anteriors, s'apliquen al present cas, la violència estructural fou exercida sobre la mare quan convivia amb la menor, des del seu naixement i abans d'aquest, de manera que l'afectació, per molt curta que fos la seva edat, es va produir i aquesta actuació del pare resulta reprovable i mereix una especial ponderació en el moment d'atribuir la guarda i custòdia.

Per això, aquesta Sala entén que en un supòsit de condemna per maltractament continuat (i no puntual) o habitual en el si de la convivència la guarda i custòdia no pot atribuir-se de manera compartida, tota vegada que ho impedeix la consecució de l'interès del menor.

IV.- L'estimació del recurs comporta la revocació de la sentència d'instància i la desestimació de la demanda de modificació de mesures interessada pel Sr. M.M.T.J, sense que procedeixi efectuar imposició de les costes de cap de les instàncies, per l'èxit del recurs en aquesta alçada i atesa l'especial natura dels interessos en conflicte en relació a ambdues.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas,

La Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

ESTIMAR el recurs interposat per la representació processal de la Sra. M.L.A. contra la sentència de primera instància, de data 21-02-2018, de manera que revoquem la seva part decisòria i acordem desestimar la demanda de modificació de mesures paterno-filials instada pel Sr. M.M.T.J. No procedeix efectuar imposició de les costes processals de cap de les instàncies.

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés testimoni a l'Hble. Presidenta de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-