

## **AUTE**

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 19 de desembre 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. Jaume TOR PORTA i M.I. Sra. Eulàlia AMAT LLARÍ, ha adoptat la resolució següent:

### **ANTECEDENTS DE FET**

I.- Per escrit de data 19-7-2018, la representació processal de la Sra. M. C.C.M., formulava petició de suspensió urgent del règim de visites i dels contactes paternofilials entre el menor A.S.I.C. i el seu pare a comptar d'aquell mateix moment i fins a que un professional adscrit no indiqués el contrari, compte hagut de l'informe emès per la psicòloga E.R. que acompanyava.

II.- Prèvia audiència del Mgfc. Ministeri Fiscal, en data 23-7-2018 es dictava Aute amb la següent part decisòria:

*“Primer.- Suspendre els contactes paternofilials fixats en l'Aute dictat en data 26 d'octubre de 2017, en el marc dels autes 7000505/2017.*

*Segon.- Deducir testimoni de les presents actuacions a la Presidència de la Batllia per tal que siguin atribuïdes a l'Hble. batlle instructor a qui per torn correspongui.*

*Tercer.- Notificar la present resolució a les parts interessades”.*

III.- Contra aquesta resolució, la representació processal del Sr. J.I.M. formula recurs d'apel·lació, i mitjançant escrit de conclusions de 19-10-2018 interessa es dicti Resolució revocant l'Aute de 23-7-2018 o bé subsidiàriament modificant-lo parcialment preveient visites supervisades entre pare i fill, el tot sense efectuar imposició en costes en atenció a l'objecte del present procediment.

IV.- El Mgfc. Ministeri Fiscal i la representació processal de la Sra. C. s'han oposat al recurs d'apel·lació interposat interessant la confirmació de la resolució recorreguda.

V.- Per Aute de data 28-11-2018, i per a millor proveir, es decidia l'audiència judicial del menor A.S., la qual es practicava en data 5-12-2018.

VI.- Les parts s'han pronunciat en el termini concedit al respecte de la prova practicada en aquesta alçada.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Jaume TOR PORTA

## FONAMENTS DE DRET

I.- la part recurrent s'alça contra l'Aute dictat per la jutjadora “a quo”, afirmant que la decisió de suspendre de manera indefinida i total els contactes paternofilials era excessiva i desproporcionada i alhora no es trobava suficientment contrastada. Afegia que es tractava d'una mesura dràstica, perjudicial i dolorosa que s'havia adoptat exclusivament amb el parer d'una psicòloga, de la seva mare, sense però ni tant sols escoltar-se el parer del pare al respecte. Referia que del relat de la psicòloga no semblava desprendre's

l'existència d'abusos sexuals, sinó que el fill es trobaria incòmode per raó del comportament patern, afegint que d'haver-se pogut explicar o si s'hagués sotmès al menor a una prova pericial psicològica, s'hauria copsat que el malestar existent era exclusivament d'ordre afectiu. Referia que segurament entre pare i fill havia existit un problema d'entesa i comunicació i potser algun comportament del pare que calia corregir, però la separació absoluta amb el pare no permetria solucionar-ho, sinó que en definitiva portaria a que el vincle paternofilial es veiés definitivament malmès, en perjudici de pare i fill. Finalment negava haver comès cap mena de conducta il·lícita envers el seu fill, mostrant-se disposat a seguir tot pla de treball que es pugui considerar escaient, tot i destacant que la pròpia psicòloga intervinent admetia que les visites paternofilials es poguessin realitzar de manera supervisada.

II.- Abans d'iniciar l'examen dels motius en què la part recurrent sustenta la seva pretensió revocatòria, s'ha de recordar que per Aute de data 26-10-2017, s'atribuïa de manera provisional i a l'empara de les previsions de l'art. 63 de la LQM, la guarda i custòdia del menor A.S. a la mare, i es fixava un règim de contactes en benefici del pare consistent en els dimarts i dijous des de la sortida de l'escola i fins a les 20'00 hores, els caps de setmana alterns des del divendres a la sortida de l'escola i fins el dilluns al matí, i la meitat de les vacances escolars.

Per escrit de data 19-7-2018, la representació processal de la Sra. C. comunicava a l'òrgan judicial d'instància, l'informe emès el dia anterior per la psicòloga Sra. E.R. en que s'evidenciava que el menor es podia trobar en una situació de perill i risc quan es trobava en companyia del seu pare, articulant petició de suspensió urgent del règim de visites entre pare i fill per mentre un professional pogués descartar-lo.

En aquest context, l'Hble. Sra. Batlle, prèvia audiència del Ministeri Fiscal i emparant-se en les disposicions de l'art. 64 de la LQM, decidia suspendre els contactes paternofilials que han estat recordats, tot i deduït testimoni de les actuacions per a la seva atribució a un Batlle instructor.

III.- La via processal escollida per l'òrgan "a quo" a l'hora de suspendre el règim de visites del Sr. I. resulta inadequada. En efecte, l'art. 64 de la LQM

preveu “en casos de necessitat o urgència, i a demanda expressa de part, el Batlle pot adoptar les mesures de tipus personal previstes a l'article 51, i acordar els auxilis econòmics imprescindibles, abans de donar trasllat de la demanda a l'altra part o en qualsevol moment posterior a aquest i anterior a la compareixença”, amb el benentès que quan s'adoptin aquestes mesures que la jurisprudència ha qualificat de “provisionalíssimes” necessàriament s'ha de seguir un procediment a l'empara de les previsions de l'art. 63 de la LQM (en aquest sentit vegi's la Sentència d'aquesta Sala de data 27-3-2003 -Rotlle TSJC-179/02-). Es tracta per tant d'un mecanisme encaminat a adoptar mesures transitòries en un estadi inicial del procediment de crisi familiar, però que no pot ser emprat per tal de suspendre un règim de visites establert per una decisió judicial ferma.

Malgrat el que acabem d'exposar, “en atenció a la preponderància de l'interès del menor, com a paràmetre fonamental, el jutgador pot resoldre sense atendre a les pretensions de les parts ... tota vegada que el principi dispositiu es veu desplaçat en favor del principi inquisitori” (Sentència de 23-10-2008, TSJC-93/08), cal reconduir el procediment per la via processalment escaient en arres a tutelar oportunament l'interès superior del menor, sense que per tant la irregularitat processal indicada pugui erigir-se en un obstacle a la tutela judicial de la situació concurrent.

La suspensió del sistema de contactes que s'interessava havia d'intervenir a través d'un incident d'execució de la resolució que les havia adoptat amb plenes garanties per als litigants. No obstant, atès que aquest procediment incidental es troba estructurat a través d'unes fites processals que comporten que la seva substanciació no sigui instantània, cal admetre per a tutelar adequadament els interessos dels menors, el recurs a la figura de les mesures cautelars, que en cas de ser acollides seran vigent fins a que l'incident d'execució resulti resolt.

IV.- La resolució recorreguda es sustenta en uns presumptes comportaments inadequats del recurrent envers el seu fill A.S.I. Concretament i emparant-se en les consideracions emeses per la psicòloga Sra. E.R., s'afirma que el menor hauria patit per part del pare, tocaments del penis tant en llocs públics com privats, i que ensems l'obligava a dormir amb ell, en el mateix llit,

sense pijama, presentant el menor símptomes de patiment psicològic com vergonya, confusió, tristesa, ràbia ansietat (...).

El malestar del menor va poder ser copsat en aquesta alçada en l'audiència que es va practicar. El mateix va poder mantenir que des de que no veu el seu pare es troba molt més tranquil. Alhora es va poder constatar com en cada ocasió que es referia al seu pare en A. plorava i que s'havia menjat les ungles d'ambdues mans de tal manera que pràcticament no en tenia. A la fi de la seva compareixença va voler insistir en que de considerar-se que calia establir uns contactes amb el seu pare, aquests intervinguessin de manera diürna i si podia ser només una estona. En cas de pernocta demanava que disposés d'una habitació autònoma en que es pogués tancar amb forrellat per l'interior, tot i demanant de que el seu pare no el pogués treure d'Andorra i de que disposés d'un telèfon mòbil per a poder ser contactat de manera permanent.

Aquesta sala ha pogut precisar de manera reiterada que "privar els contactes d'un progenitor amb el seu fill menor constitueix una ingerència excepcional en la seva vida personal, havent-se de donar lloc a aquesta mesura només quan resulta summament perjudicial pel benestar del menor" (Sentència de 27-11-2014, rotlle TSJC-193/14). En el supòsit que s'examina l'estat emocional del menor és preocupant, ja no només pels comportament que aquest atribuïa al pare prop de la psicòloga intervinent, sinó també per raó de l'angoixa extrema que presenta quan en el seu discurs intervé la figura paterna. En aquesta eventualitat i encara que pel que es refereix al procediment penal incoat, regeix el principi de la presumpció d'innocència (art. 10.2 de la Constitució), aquesta Sala entén que existeixen raons suficients com per a justificar, la suspensió del règim de visites entre pare i fill decidit en la instància, doncs el seu manteniment en l'actualitat agreujaria l'estat emocional del menor i podria ocasionar un perill potencial per en A.S., difícilment reparable.

Quant a l'eventual instauració ara per ara d'un regim de contactes supervisat com de manera subsidiària ho interessa el pare, la reticència mostrada pel menor en el decurs de la seva exploració ho desaconsella. En efecte, en el decurs de la mateixa es pogué constatar que el seu equilibri

emocional és molt precari, podent apreciar clarament com la mera previsió d'un contacte futur amb el seu progenitor de manera més o menys immediata li causa un neguit extraordinari. En aquest context, no podem obviar que l'interès superior del menor intervé com a criteri determinant en l'adopció de qualsevol mesura que el concerneixi. Es tracta aquest d'un concepte jurídic indeterminat que cal relacionar amb el desenvolupament lliure i integral de la personalitat del menor i la supremacia de tot el que el beneficiï, més enllà de les pròpies preferències dels seus pares, guardadors o àdhuc administracions públiques en ordre tant al seu desenvolupament físic, ètic i cultural com de la seva salut, benestar psíquic i afectiu, juntament amb altres aspectes de tipus material o fins i tot simplement amb la protecció dels seus interessos fonamentals. En conseqüència i sense perjudici que des de la instància s'estableixi un pla de treball encaminat a normalitzar la situació concurrent, el règim subsidiari proposat tampoc pot ser adoptat.

V.- Per tot l'exposat, escaurà desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal del Sr. I., retornant-se no obstant les actuacions a la jutjadora a quo per tal de que la mateixa pugui substanciar el corresponent incident d'execució de Sentència per tal de confirmar, modular o pel contrari mantenir, el règim de contactes paternofilial previst en l'Aute de 23-7-2018.

Alhora i en apreciar-se que el menor es troba en una situació de risc, escau deduir testimoni de les actuacions a l'Hble. Presidenta de la Batllia per tal de que la mateixa incoï un expedient de menors.

VI.- Malgrat desestimar-se el recurs, no procedeix fer especial pronunciament respecte de les costes d'aquesta alçada atesa la naturalesa del procediment i de conformitat amb la facultat que atorga als Tribunals el capítol X de la Novel·la 82.

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

DESESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat pel Sr. J.I.M. contra l'Aute dictat per l'Hble. Batlle en data 23-7-2018, confirmant les mesures decidides amb caràcter cautelar, disposant no obstant el retorn de les actuacions a l'òrgan judicial d'instància per tal de que segueixi el corresponent incident d'execució, i sense fer pronunciament al respecte de les costes ocasionades en aquesta alçada. Alhora escau deduir testimoni de les actuacions a l'Hble. Presidenta de la Batllia per tal de que s'incoï un expedient de menors en situació de risc al respecte d'en A.S.I.C

Així per aquesta nostra resolució, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-