

AUTE

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 25 de juliol del 2019.

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del magistrat Sr. Vincent ANIÈRE, i els magistrats Srs. Carles CRUZ MORATONES i Jaume TOR PORTA, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- Per escrit de data 21-1-2019, la representació processal dels Srs. MI.P.H, D.L.P, S.L.P i del menor O.N.L, formulava demanda d'establiment de règim de visites i comunicacions en relació als menors E. i A. P.L sol·licitant es dictés Sentència per la qual es reconegués el següent règim de visites dels primers en relació als segons:

a) caps de setmana alterns començant el divendres a l'acabament de l'escola o l'últim dia lectiu definit per l'escola, en que els Srs. D.L i/o S. L els recolliran directament a l'escola, i els retornaran al domicili del pare el diumenge a les 20'00 hores o el dia anterior al primer dia lectiu definit per l'escola.

b) la meitat de les vacances escolars: la primera meitat de les vacances de Nadal, de Pasqua i d'Estiu els anys imparells, i, la segona meitat els parells, havent de re collir i retornar els menors al domicili patern.

c) El règim de visites ordinari s'aturarà el darrer dia d'escola, per tornar a començar, en el punt que s'hagués quedat una vegada acabades les dites vacances, i doncs el primer dia laborable següent.

d) Tots els intercanvis s'hauran d'efectuar facilitant la documentació oficial, d'identitat i mèdica de les menors, per qualsevol eventualitat que pogués sorgir.

e) quan els menors estiguin en companyia dels seus representats aquests estarien al domicili de l'àvia materna a Barcelona.

f) contactes telefònics: el familiar que no estigui amb els menors podrà tenir contacte telefònic, facetime, WhatsApp ... amb ells almenys una vegada al dia.

g) Si alguna de les parts canviés de domicili haurà de comunicar en els millors terminis a l'altre part la nova adreça i número de telèfon.

h) Els demandants es farien càrrec de les despeses de manutenció, oci (...) dels menors quan estiguin en la seva companyia, però el pare haurà de facilitar la roba necessària i afers personals dels menors.

Per altressí i en atenció a la durada previsible del procés judicial, sol·licitaven que amb caràcter d'urgència s'autoritzés les comunicacions i règim de visites demanat, sense necessitats d'haver d'esperar el pronunciament d'una Sentència.

II.- Per escrit de 19-2-2019, la representació processal del Sr. E.P.G., contestava la demanda articulada oposant-se a les pretensions dels demandants tot i sol·licitant es dictés Sentència desestimant la demanda i condemnant els demandants al pagament de les costes ocasionades. El tot sense perjudici de que si s'estimés escaient, es pogués establir uns contactes en favor dels demandants a celebrar a Andorra, sempre que el psicòleg que els tracta ho consideri convenient, que els menors ho vulguin, i que es dugui a terme en presència del seu representat i d'una tercera persona de la seva confiança.

III.- Per escrit de mateix data, la representació processal del Sr. P s'oposava a les mesures cautelars que eren interessades per la part contrària.

IV.- El 20-2-2019, la Sra. Batlle procedia a l'audiència dels menors A i E P.L.

V.- En data 25-2-2019, el Tribunal de Batlles dictava Aute amb la següent part dispositiva:

“Primer.- Desestimar la demanda de mesures cautelars formulada en l'altressí de l'escrit de demanda dels Srs. MI.P.H, D.L.P, S.L.P i O.N.L.

Segon.- No fer especial imposició de les costes processals (···)”

VI.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal dels Srs. M.I.P.H, D.L.P, S.L.P i del menor O.N.L i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, sol·licita la seva revocació tot i disposant trobades de dues hores de duració tres vegades al mes que tindran lloc a Andorra, havent de desplaçar-se els recurrents al Principat, i sota la supervisió, control i intervenció d'un psicòleg designat per la Batllia, que cada mes i fins que s'obtingui una resolució ferma en la present causa, haurà de presentar en el marc del procediment principal un informe relatiu a l'evolució que estiguin tenint aquests contactes a fi de poder-los ampliar, restringir o suspendre si és el cas.

Alhora es deixava a criteri del Tribunal qualsevol altre forma de contacte que es pogués considerar més adient al present cas, sempre i quan però no impliqués la presència en aquestes visites del Sr. P.

El tot amb imposició de les costes a la contrapart.

VII.- El Ministeri Fiscal i la representació processal del Sr. P s'han oposat al recurs interposat.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- ANTECEDENTS D'INTERÈS:

Del matrimoni contret pels Srs. E.P.G i V.L.P. varen néixer els menors E i A que en l'actualitat tenen 11 i 8 anys d'edat respectivament. Per raons professionals del pare, la família es traslladava a viure a Andorra a finals del curs escolar de l'any 2013, si bé el pare passà a desenvolupar la seva activitat professional a P i a S. Poc de temps després d'arribar a Andorra, el matrimoni es separava, i la Sra. L torna, amb els seus fills, a residir a B.

En data 9-3-2017, el Jutjat de Primera Instància de Barcelona núm. 18 dicta Sentència per la qual s'aprova el conveni regulador del divorci pactat entre les parts en mèrits del qual s'establia la guarda i custòdia materna dels menors, i un règim de vistes en caps de setmana alterns i meitat de les vacances escolars en benefici del pare.

Coetàniament, es diagnosticava a la Sra. L un melanoma de coroides el 2014, i el 2017 se li detectà altre afectació a nivell del fetge, morint el 9-9-2018 en no poder sobreposar-se a la seva malaltia. A partir

d'aquest moment els menors E i A es troben sota custòdia paterna, traslladant el Sr. P el domicili d'aquests a Andorra.

En aquest context, la representació processal dels instants (recordarem que es tracta de l'àvia, oncles i cosí per la branca materna dels menors A i E), sosté no haver pogut tornar a veure'ls més per raó de la negativa del pare, i això malgrat d'ençà la separació matrimonial dels seus progenitors, els contactes entre ells eren constants i el vincle amb els menors era extraordinari. Reclamava l'establiment d'un sistema de contactes amb els menors en les condicions que han estat recordades en el primer antecedent de fet, i per altressí interessava el seu establiment immediat per evitar que la mora associada a la durada del procés no pogués comprometre de manera irremeiable les relacions amb els mateixos.

El tribunal de Batlles després de donar audiència específica al pare dels menors en relació a la mesura cautelar sol·licitada i de procedir a l'exploració d'en E i A el da 20-2-2019, per Aute de data 25-2-2019, desestimava la seva adopció, sense fer especial pronunciament en relació a els costos processals.

I és contra aquesta resolució que s'alça la representació processal dels Srs. MI.P.H, D.L.P, S.L.P i del menor O.N.L, fonamentant el seu recurs al tomb dels següents greuges.

II.- Considera que el Tribunal a quo havia realitzat una valoració incorrecta del conjunt d'al·legacions i proves que figuraven en les actuacions i que era escaient revocar la decisió adoptada referint que resultava urgent que els menors E i A tornessin a tenir contacte amb la seva família materna extensa. Referia que a través de la prova pericial psicològica que es demanaria quedaria acreditat que els menors eren víctimes de manipulació i pressió per part del pare i que en tot cas resultava difícil de creure que uns menors de la seva edat, que el mes d'agost del 2018 mantenien amb la família materna uns vincles afectius i d'estima importants, a partir del moment en que varen començar a viure amb el seu pare no tant sols no els vulguin tornar a veure sinó que també mantinguin un discurs al seu respecte insultant. Defensava que el discurs que els mateixos mantenien, especialment en la seva exploració judicial, els espantava i era propi al d'un adult. En definitiva consideraven que estàvem davant d'un clar síndrome d'alienació a la família materna, i que el Sr. P manipulava negativament els seus fills amb la finalitat de destruir el vincle d'aquests amb la família de la seva mare, comportament aquest que no era de rebut doncs en definitiva les males relacions que poguessin existir entre adults no es podien traslladar als menors. Considerava que davant d'aquesta situació no es podia esperar a la finalització del procés judicial

per tal d'establir uns contactes amb els menors doncs altrament seria massa tard. Referien que segons el pare, els menors tindrien por dels recurrents però negaven que aquestes pors es trobin fonamentades, i si bé podia admetre que en atenció al context actual no resultava procedent de manera immediata l'establiment dels contactes reclamats si que demanava a l'empara del principi "iura novit curia", que el Tribunal pogués adoptar un règim més ajustat de manera que sol·licita la revocació de la decisió el Tribunal de Batlles, tot i disposant trobades de dues hores de duració tres vegades al mes que tindran lloc a Andorra, havent de desplaçar-se els recurrents al Principat, i sota la supervisió, control i intervenció d'un psicòleg designat per la Batllia, que cada mes i fins que s'obtingui una resolució ferma en la present causa, haurà de presentar en el marc del procediment principal un informe relatiu a l'evolució que estiguin tenint aquests contactes a fi de poder-los ampliar, restringir o suspendre si és el cas. Destacava en aquest sentit que el propi pare havia admès en la seva contesta la possibilitat de contactes supervisats sempre i quant s'adoptessin sota els paràmetres establerts pel psicòleg tractant. Finalment discrepava de la valoració continguda en la Resolució recorreguda quan es raonava que la decisió s'adoptava en atenció al principi del "favor fillii" dels menors atès que aquests havien expressat la seva voluntat de no tenir contactes amb els recurrents, però la voluntat per aquests manifestada, deixant de banda de que es trobava viciada, ometia que la real protecció dels menors requeria que aquests tinguessin contactes amb la família materna, i en el supòsit examinat, a banda de les manifestacions dels menors, no existia cap altre element que permetés rebutjar el que demanava especialment quan la mare ho havia establert de manera expressa poc abans de morir.

III.- Hem pogut repetir de manera constant que el paràmetre rector a l'hora de decidir qualsevol mesura judicial que incideixi en els interessos d'un menor consistia en el seu interès superior entès com "*(...) 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 en 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*" (Sentència de 4-12-2018, rotlle TSJC-257/18). Esmenant la llacuna legal que fins ara concorria, la Llei 14/2019 qualificada dels Drets dels Infants i els Adolescents, regula el principi de l'interès superior de l'infant i l'adolescent disposant en el seu article 13:

"1. L'interès superior de l'infant i l'adolescent ha de regir qualsevol disposició normativa o resolució administrativa o judicial que es refereixi als

infants i els adolescents, així com qualsevol actuació duta a terme en el si de la seva família, el seu centre educatiu o el seu entorn social.

2. S'ha d'entendre per interès superior de l'infant i l'adolescent la consideració i la supremacia imperativa de les condicions més adients per garantir el ple respecte i l'acompliment efectiu dels drets de cada infant o adolescent, així com de les circumstàncies que afavoreixin el lliure desenvolupament de la seva personalitat.

3. D'acord amb les Observacions generals del Comitè dels Drets de l'Infant, s'ha d'aplicar de manera primordial el principi de l'interès superior dels infants i els adolescents, des de la triple vessant:

a) Com a dret substantiu, fet que suposa una garantia per a l'infant i l'adolescent, ja que tota decisió que l'afecti ha de considerar fonamentalment els seus millors interessos.

b) Com a principi interpretatiu i de resolució de conflictes, en el sentit que si una disposició jurídica admet diverses interpretacions, s'ha d'escollir la que sigui més favorable des de la perspectiva de la garantia dels drets dels infants i els adolescents.

c) Com a regla processal, en el sentit que qualsevol decisió que s'hagi de prendre en relació amb un infant o adolescent ha de seguir el raonament i la fonamentació basats en el seu interès superior, i ha de comptar, sempre que sigui possible, amb la seva opinió”.

En definitiva, l'interès superior del menor opera com una noció d'ordre públic, de manera que ha de ser observada necessàriament pels Batlles i tribunals en les decisions que es puguin adoptar quan els concerneixin. En aquest sentit, hem pogut precisar que el principi dispositiu i de congruència es veu atenuat, de manera que els Tribunals poden àdhuc d'ofici, adoptar totes les mesures necessàries per a la protecció d'aquest interès, considerant sempre les circumstàncies personals del menor en cada cas, podent fins i tot amb aquesta finalitat, substituir la voluntat dels titulars de la pàtria potestat.

En matèria de relacions personals, és el benefici dels menors que s'ha de valorar en cada cas, amb el benentès que no es tracta d'un benefici genèric i difús, sinó que s'ha de materialitzar i determinar a través d'una valoració judicial que ha de tenir com límits: la racionalitat en l'apreciació dels fets i la protecció del benestar espiritual i material del menor; atribuint, per això, al jutgador, com abans hem recollit, un ampli ventall de facultats discrecionals per fixar el règim de comunicació convivència i visites, així com per resoldre en cada cas i moment concret el més convenient per al menor. Recordarem que dins d'aquest cànon d'enjudiciament, de manera recent hem pogut recordar que l'interès del menor exigeix donar-li l'oportunitat de ser judicialment escoltat tant en relació al seu estat personal com al respecte de les inquietuds o anhels fruit del procés en que es troba

immers. Es tracta però, d'un dret d'opinió en relació als seus interessos que no vincula els Tribunals, la decisió dels quals vindrà emparada per la recerca raonada del seu interès prevalent.

IV.- Realitzades les anteriors precisions, hem de recordar que l'art. 34.1 de la Llei 14/2019 Qualificada dels drets dels infants i els adolescents disposa:

“Els infants i els adolescents tenen el dret a créixer i viure amb els seus progenitors en un entorn familiar adequat i lliure de violència, llevat dels casos en què, atenent el seu interès superior, la separació resulti necessària. També tenen el dret a conviure i relacionar-se amb altres parents i persones pròximes, molt especialment amb els avis i els germans. En tot cas, les administracions públiques en l'àmbit de les seves competències, han de promoure i facilitar relacions sanes i participatives entre les diverses generacions, especialment amb la gent gran”.

Aquest dret de relació dels menors amb la família extensa i persones pròximes resulta fonamental pel al seu desenvolupament i en conseqüència, només es podrà impedir cas de concórrer justa causa que ho justifiqui.

En el supòsit que s'examina resulta innegable que el tracte entre el Sr. P i els recurrents no és bo i que la causa d'aquesta mala relació sembla, des d'una perspectiva temporal, situar-se en el moment en que intervenia el trencament de la convivència amb la Sra. T (esposa i filla i germana respectivament dels litigants). En tot cas no ha ajudat a la pacificació del conflicte existent, el fet que a partir del moment en que ocorria l'òbit de la mare dels menors E i A, la situació de fet existent en relació a la seva criança es modificava substancialment, de manera que l'àvia i tiets materns que amb tota certesa en van ser els principals cuidadors durant la darrera etapa de la malaltia de la seva mare, no han pogut mantenir cap mena de contacte amb els mateixos a comptar del moment en que el pare n'assumia la seva guarda i custòdia. No obstant, no és possible impedir el dret dels néts al contacte amb els seus avis, oncles i cosins, únicament per la falta d'entesa d'aquests amb el progenitor i és que la mala relació entre aquests no pot suposar per si sola una justa causa que impedeixi o condicioni les comunicacions i visites d'aquests amb els menors.

En tot cas, volem ressaltar que la figura dels avis resulta especialment rellevant: tenen un rol fonamental de cohesió i transmissió de valors en la família, i són els agents de solidaritat per excel·lència en la societat civil en el context actual.

En tot cas i en relació a la noció de justa causa a que hem pogut fer esment per negar aquesta relació intergeneracional, aquest no queda constituïda per meres al·legacions especulatives, sinó que ha de resultar de fets contrastats per veure si respon a una realitat que pugui servir d'argument per eliminar aquest dret que recordem no pot tenir altre restricció que aquella que pot resultar de l'interès dels menors.

V.- Si el conjunt d'elements que acabem d'exposar es traslladen al supòsit que s'examina, en resulta que l'oposició frontal que el pare mostra al restabliment immediat de contactes entre la seva anterior família política i els seus fills es recolza exclusivament en la negativa que els propis menors exterioritzarien al manteniment dels contactes pretesos pels recurrents, i en el relat de diferents incidències que segons indica la pròpia mare del menor hauria mantingut amb la seva família.

En relació a aquesta darreres, deixant de banda que no es troben acreditades, destacarem que la pròpia Sra. L, poc temps abans de produir-se la seva defunció, emetia un document en que exposava *“Es mi deseo que mis dos hijos E i A sean mis herederos y la administración de los bienes que reciban en herencia, hasta que cumplan 25 años los dos, corra a cargo de mis hermanos D y S.L.P (mancomunadamente). También es mi deseo que se establezca un régimen de visitas periódicas para que mi familia, hermanos y madre puedan disfrutar de mis hijos. Esto lo firma siendo consciente y encontrándome en uso de razón”*. (foli 212). Així, a partir del moment en que la pròpia mare admetia la necessitat de que la seva família mantingués un contacte amb els seus fills no es pot entendre que concorri la dificultat invocada pel pare.

Pel que es refereix a la clara negativa que els fills mantenen a la idea de poder tenir un contacte mínim amb els recurrents, tampoc aquesta pot impedir els contactes entre ells per les raons següents. En E i A tenen en l'actualitat 11 i 8 anys d'edat i els mateixos disposen d'un grau de maduresa propi a la seva edat. En tot cas, no disposen de discerniment suficientment ampli com per a decidir per si mateixos com si es tractés de grans adolescents. Després d'una lectura detallada dels diferents relats que han pogut efectuar, s'extreu amb tota claredat que els mateixos es troben en ple episodi de dol per la pèrdua de la seva mare que per a ells era la referent principal amb el benentès que atribueixen la responsabilitat d'aquesta pèrdua de manera exclusiva a la família materna, sense en cap moment qüestionar el rol del pare, el que permet qüestionar la veracitat del seu relat.

És cert que el Sr. P ha incorporat en aquesta alçada sengles informes psicològics en els quals s'exposa que el pare pot garantir les necessitats dels menors i assegurar el seu benestar psicològic, i que els

menors es troben en una situació de desequilibri emocional, concloent que aquests no havien de tenir cap tipus de contacte amb la seva família materna per tal d'assegurar la seva estabilitat emocional. Aquest però no deixa de ser un dictamen de part, amb el grau de credibilitat que com a tal se li ha de reconèixer; el mateix intervé de manera "ad hoc" una volta els recurrents havien iniciat el procediment examinat i es recolza en les indicacions del pare sense incorporar cap element que les pugui recolzar. Quant a la veracitat del relat que efectuen els menors, indicarem que la única prova realitzada per tal de determinar l'absència de manipulació parental s'ha limitat al qüestionari factorial de personalitat 16 PF, el qual però té per finalitat, segons indica la pròpia perit, determinar si el Sr. P reuneix les condicions necessàries per a garantir el benestar psicològic dels menors, descartant segons el perfil de personalitat presentat que el mateix hagi pogut influir en els menors. Aquesta valoració s'efectua però sense prendre en consideració que el mateix conviu amb una tercera persona amb qui recentment acaba de tenir un fill de manera que, en defecte de valorar-se aquesta circumstància, la prova realitzada s'ha de jutjar insuficient alhora de descartar una qualsevol manipulació en el relat dels menors.

En atenció a tot l'exposat, considerem que no tant sols cap element concorre en les actuacions que pugui impedir l'adopció de la mesura cautelar sol·licitada pels recurrents sinó que la seva adopció immediata resulta necessària amb la finalitat d'evitar que el vincle dels menors amb la seva família materna es trobi compromesa de manera irremeiable. En conseqüència, estimant parcialment el recurs d'apel·lació articulat i revocant el punt primer de la part decisòria de l'Aute recorregut, disposem que el ponent del Tribunal de Batlles haurà de nomenar de manera immediata en execució de la present, un psicòleg judicial amb la finalitat de normalitzar el recel que els menors E i A mantenen a tot contacte amb la seva família materna extensa, tot i disposant que una volta aquesta fita assolida i en tot cas a partir de la data d'inici del proper curs escolar (setembre del 2019), els recurrents podran gaudir, amb caràcter de mínim, de trobades de dues hores de duració dues vegades al mes que tindran lloc a Andorra, sota supervisió del psicòleg judicial designat per la Batllia. Amb la finalitat d'evitar posteriors incidències es fixen que els esmentats contactes intervindran els divendres de manera alterna, des de la sortida de l'escola. El psicòleg nomenat emetrà de manera mensual i fins que s'obtingui una resolució ferma en la present causa un informe detallat sobre l'evolució d'aquests contactes. Amb la finalitat d'evitar eventuais incidents d'execució posteriors, establim que el cost de la intervenció d'aquest professional anirà a càrrec del Sr. P en sa condició de titular de la pàtria potestat dels fills menors.

VI.- L'èxit del recurs i la naturalesa familiar del present litigi comporta que no hagi de fer-se pronunciament en relació a les costes processals 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 Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

ESTIMAR el recurs articulat per la representació processal dels Srs. MI.P.H, D.L.P, S.L.P i el menor O.N.L. contra l'Aute del Tribunal de Batlles de data 25-2-2018, revocant el punt primer de la seva part decisòria disposant en el seu lloc que el ponent del Tribunal de Batlles haurà de nomenar de manera immediata en execució de la present una psicòleg judicial amb la finalitat de normalitzar el recel que els menors E i A mantenen a tot contacte amb la seva família materna extensa, tot i disposant que una volta aquesta fita assolida i en tot cas com a més tard per tot a partir de la data d'inici del proper curs escolar (setembre del 2019), els recurrents podran gaudir, amb caràcter de mínim, de trobades de dues hores de duració dues vegades al mes que tindran lloc a Andorra, els divendres alterns a la sortida de l'escola, sota supervisió del psicòleg judicial designat per la Batllia. El psicòleg que pugui ser nomenat emetrà de manera mensual i fins que s'obtingui una resolució ferma en la present causa un informe detallat sobre l'evolució d'aquests contactes. El cost de la intervenció d'aquest professional anirà a càrrec del Sr. P.

No escau fer pronunciament pel que fa a les costes generades en aquesta alçada.

Aquesta resolució és ferma i executiva.

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