



10102
T. S. J. ARAGON SALA CIV/PE
ZARAGOZA

SENTENCIA: 00004/2017
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 52 de 2016

S E N T E N C I A N U M . C U A T R O

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Manuel Bellido Aspas	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D. Fernando Zubiri de Salinas	/
D. Javier Seoane Prado	/
D.ª Carmen Samanes Ara	/
D. Ignacio Martínez Lasierra	/

En Zaragoza, a ocho de febrero de dos mil diecisiete.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 52/2016, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de

Zaragoza de fecha 22 de julio de 2016, en el rollo de apelación número 263/2016, dimanante de autos de Familia, Guarda, Custodia y Alimentos núm. 69/2014, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº Dos de Zaragoza. Son partes, como recurrente, [REDACTED], representado por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] y dirigida por [REDACTED], y como parte recurrida [REDACTED], representada por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] y dirigida por [REDACTED], en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED], presentó demanda de guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos respecto del menor [REDACTED] contra [REDACTED], con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites legales pertinentes, "dicte resolución por la que acuerde lo siguiente:

a) Se atribuya la guarda y custodia del menor [REDACTED] a [REDACTED], siendo la autoridad familiar compartida entre ambos progenitores.

b) Se establezca el siguiente régimen de visitas a favor del progenitor no custodio:

- fines de semana alternos, los sábados y domingos de 11 a 13 horas, con intervención del PEF, visitas que serán tuteladas por los profesionales de dicho centro y durante las cuales el menor no podrá salir del mismo.

c) Que en concepto de contribución a los gastos de asistencia del hijo menor, el [REDACTED] abone a la [REDACTED] la cantidad de 100 € mensuales a abonar en los cinco primeros días de cada mes, actualizables anualmente conforme al IPC. Asimismo, que cada progenitor se haga cargo del 50 % de

los gastos extraordinarios del hijo común: los gastos médicos no cubiertos por el sistema público sanitario y los gastos de educación que hayan sido previamente consensuados entre los progenitores.

c) Que se establezca la medida de prohibición de salida del territorio español del menor [REDACTED], librándose al efecto los oportunos oficios.”

Por otrosí se solicitó medidas provisionales y prueba anticipada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda.

Dentro del plazo concedido contestó tanto el Ministerio Fiscal como la parte demandada, oponiéndose ésta a la planteada de contrario, y suplicando que, previos los trámites legales pertinentes, “dicte Sentencia por la que, desestimando las peticiones en el mismo sentido de la contraparte, se acuerde:

Primera.- Sean fijadas como medidas definitivas, las que se mencionan a continuación, en los términos que siguen, que se insertarán en la parte dispositiva de la Sentencia con todos los datos precisos, para permitir, en su caso, la mejor ejecución, conforme a lo dispuesto en la LECiv.:

a) **Guarda y custodia.-** Se otorgará a mi patrocinado, [REDACTED] la Guarda y Custodia del menor [REDACTED], manteniendo la autoridad familiar sobre el menor compartida por ambos progenitores. De forma subsidiaria, se interesa la fijación de guarda y custodia compartida por ambos progenitores a razón de un mes con cada uno de ellos, fijándose las entregas y recogidas en el PEFZ.

b) **Régimen de visitas.-** En este punto, y teniendo en cuenta el interés supremo del menor y en atención al cual, interesamos el siguiente régimen de visitas a favor de la demandante [REDACTED], consistente en fines de semana alternos, de 11 a 13 horas, realizándose las entregas y recogidas en

el PEFZ, vacaciones de Verano y Navidad por mitades indivisas y Semana Santa con la madre los años pares y con el padre los años impares.

Se le imponga a la [REDACTED] la obligación de facilitar el contacto telefónico de mi mandante con su hijo, fijando el Juzgado un horario dentro del cual, oídas las partes, mi patrocinado pueda telefonar a su hijo cuantas veces le sea posible.

Se le imponga a la [REDACTED] la obligación de mantener a mi patrocinado debidamente informado de cuanto sucesos atañan al menor, manteniéndolo informado igualmente de su rendimiento académico, eventuales enfermedades, etc.

3) Pensión de alimentos.- Se fijará la obligación a cargo de la [REDACTED] en el suma de **200 euros mensuales** en concepto de pensión de alimentos del hijo común, dentro de los 5 primeros días de cada mes.”

Por otrosí solicitó medidas provisionales y prueba anticipada.

TERCERO.- Admitida a trámite la contestación a la demanda, y según escrito de la representación de [REDACTED], debido a nuevas circunstancias sobrevenidas, presentó escrito modificando el súplico del escrito de contestación a la demanda cuya petición literalmente dice:

“a) Guarda y custodia.- Dada la corta edad del menor [REDACTED], se otorgará la Guarda y Custodia de dicho menor a la madre, [REDACTED], manteniendo la autoridad familiar sobre la menor compartida por ambos progenitores.

b) Régimen de visitas.- En este punto, y teniendo en cuenta el interés supremo del menor y en atención al cual, interesamos el siguiente régimen de visitas a favor de [REDACTED], consistente en:

1).- Fines de semana alternos con pernocta, recogiendo al menor en el PEFZ el sábado a las 10:00 y reintegrándolo en dicho Punto el domingo a las 19:00 horas.

2).- Las semanas que no toquen fin de semana, y a fin de mantener el contacto del menor con su padre, se interesa que [REDACTED] pueda tener a su hijo en su compañía los Lunes, Miércoles y Viernes, desde las 10:00 horas de la mañana hasta la 17:00 horas por la tarde, realizándose las entregas y recogidas en el PEFZ de Zaragoza.

3).- En lo referente a Vacaciones y hasta que el menor de comienzo a su periplo académico, se interesa que por [REDACTED] pueda tener a su hijo en su compañía dos meses de verano completos, Julio y Agosto. Una vez que el menor de comienzo a su periplo académico, se interesa que [REDACTED] pueda tener a su hijo en su compañía la MITAD ARITMETICA de los periodos vacacionales escolares de Semana Santa, Verano y Navidad.

En relación a las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos períodos iguales, debiendo comprender uno de ellos necesariamente el día de Nochebuena y Navidad y el otro el de Nochevieja y Año Nuevo.

La madre elegirá la mitad de estos períodos en los años pares y el padre en los impares. Esta elección deberá realizarse con antelación suficiente (antes del primero de marzo de cada año) y notificarse fehacientemente al otro progenitor.

Durante los períodos extraordinarios de vacaciones no regirá el régimen de visitas ordinario.

Habida cuenta de que según se acreditará en el momento procesal oportuno el [REDACTED] se preocupa activamente por su hijo se interesa que el PEFZ intervenga únicamente en las entregas y recogidas del menor, siendo su intervención imprescindible por otra parte dada la orden de alejamiento vigente entre ambos progenitores, llevándose a cabo las visitas en el domicilio del padre.

A los efectos oportunos, y para el caso de que eventualmente y solo para el caso de que el [REDACTED] se viese obligado a ingresar en prisión por cualquier motivo, y en orden de adaptar el régimen de visitas a dicha situación a fin de que el menor no pierda el contacto con su progenitor, se interesa que únicamente para dicha eventualidad se fije un régimen de visitas consistente en que [REDACTED] podrá disfrutar de la compañía de su hijo todos los fines de semana, siendo de cargo de la [REDACTED] o de quien ella designe desplazar al menor al Centro Penitenciario.

C).- Pensión de Alimentos.- Habida cuenta de que el [REDACTED], a día de la fecha, apenas cuenta con medios económicos para contribuir adecuadamente al sostenimiento del menor, dependiendo para su sostenimiento y el del menor cuando este en su compañía del apoyo familiar se pacta que dicho Sr. abonará el 15% de la retribución mensual que el Sr. [REDACTED] pudiese percibir por cualquier concepto, **siempre que esta sea superior a 426 euros.** Si los ingresos del [REDACTED] no superan las 426 euros/mes, dicho Sr. no estará obligado a abonar pensión de alimentos alguna, contribuyendo sin embargo en la medida que su exigua capacidad económica se lo permita al sostenimiento del menor aportando alimentos, comida y ropa.

El Sr. [REDACTED] se obliga en este acto a mantener informada de forma fehaciente a la [REDACTED] sobre las cantidades mensuales que dicho Sr. pueda ingresar.

En caso de incumplimiento del Sr. [REDACTED] de la obligación de pago de alimentos, la Sra. [REDACTED] se obliga a ejercitar en primer lugar cuantas acciones civiles haya lugar en Derecho en defensa de sus derechos, y únicamente si una vez ejercitadas estas no ve satisfechas sus pretensiones y se revela que el Sr. [REDACTED] cuenta con medios económicos suficientes para satisfacer dicha prestación, podrá recurrir a la vía penal."

Se tuvo por hechas las manifestaciones y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº Dos de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 15 de enero de 2016 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED] contra [REDACTED] (sic), debemos acordar y acordar las siguientes medidas:

1.- La guarda y custodia del menor [REDACTED], de dos años y medio a la fecha de esta sentencia, se atribuye a la madre, [REDACTED] siendo compartida la patria potestad con el progenitor no custodio, [REDACTED] (sic).

2.- No establecer a favor del padre [REDACTED] (sic) ningún régimen de visitas para que pueda ver a su hijo mientras se encuentre cumpliendo condena en el Centro Penitenciario.

Una vez que [REDACTED] (sic) haya obtenido la libertad condicional o definitiva tendrá derecho a un régimen de visitas con su hijo [REDACTED] por el que podrá estar en compañía del mismo durante los tres primeros meses los sábados de fines de semana alternos de 11 horas a 13 horas tuteladas en el punto de Encuentro Familiar y transcurridos estos dos meses las visitas serán de sábados y domingos de fines de semana alternos de 11 horas a 13 horas tuteladas en el Punto de Encuentro Familiar.

La obligación de [REDACTED] (sic) de abonar una pensión de alimentos a favor de su hijo de 100 euros al mes, que tendrá que abonar por meses anticipados en doce mensualidades al año y que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes, a partir de la notificación de la presente resolución y que se abonará en la cuenta designada por [REDACTED] al efecto. Dicha cantidad será

actualizada anualmente cada uno de enero, con arreglo a los cambios que experimente el Índice de Precios al Consumo o documento que legalmente le sustituya.

Dicha obligación de abono de la pensión de alimentos estará suspendida mientras [REDACTED] (sic) esté en prisión y no tenga ingresos, debiendo informar semestralmente al Juzgado de su situación laboral a los efectos de levantar dicha suspensión una vez que tenga actividad laboral, levantándose inmediatamente la suspensión de la obligación del pago de la pensión una vez que [REDACTED] (sic) salga de la prisión, es decir, ya sea en libertad condicional o definitiva, tendrá la obligación de abonar la pensión de alimentos tenga o no actividad laboral remunerada.

Atendiendo al interés del menor establecemos que los gastos extraordinarios necesarios del hijo serán sufragados al 50% por cada uno de ellos, y de los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores, y en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto; en todo caso, se entenderá que hay acuerdo si comunicado a la otra parte de forma fehaciente, éste no contestara en el plazo de 15 días.

No se hace ningún pronunciamiento sobre costas."

CUARTO.- Interpuesto por la Procuradora [REDACTED] en nombre y representación de D. [REDACTED], recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. Dos de Zaragoza, se confirió traslado del mismo a la contraparte, oponiéndose tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida.

QUINTO.- Elevadas las actuaciones y comparecidas las partes, previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba que fue admitida, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 22 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Que desestimando el recurso interpuesto por Don [REDACTED] contra doña [REDACTED], y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 15 de Enero de 2016 por el Juzgado de Violencia sobre la mujer 2 de Zaragoza, debemos confirmar la misma, sin hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

Se decreta la pérdida en su caso del depósito constituido para recurrir.”

SEXTO.- La representación legal de D. [REDACTED] interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación por los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de lo dispuesto en los artículos 218.2, 348, 316.1 2, 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución.- Segundo.- por infracción de los artículos 79 y 80 del Código de Derecho Foral de Aragón.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, por Auto de fecha 9 de noviembre de 2016, se acordó declarar la competencia y admitir a trámite el recurso interpuesto.

Conferido el traslado a la parte recurrida, ésta presentó escrito de oposición dentro de plazo; asimismo, el Ministerio Fiscal presentó escrito formulando apoyo al recurso de casación foral, solicitando se case la sentencia recurrida y se estime el régimen de visitas interesado por el padre recurrente.

En fecha 21 de diciembre de 2016 la Sala, no considerando necesaria la celebración de Vista, señaló para votación y fallo el día 25 de enero de 2017.

La representación de D. [REDACTED] presentó escrito datado a 22 de diciembre de 2016 mediante el cual interesaba la unión a los autos de copia de la sentencia dictada por el Magistrado titular del juzgado

de Primera Instancia nº Seis de Zaragoza, de fecha 17 de noviembre de 2016, en autos de Procedimiento nº 229/2016, instados por [REDACTED] sobre régimen de visitas y estancias con su nieto [REDACTED]. Por diligencia de ordenación se dio traslado a las partes para alegaciones, que fue evacuado en la forma y con el contenido que consta en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Antecedentes relevantes

PRIMERO.- La demandante D^a. [REDACTED] y el demandado D. [REDACTED] mantuvieron una relación sentimental fruto de la cual nació un hijo, llamado [REDACTED], nacido en Zaragoza el [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED]. Dicho menor reside con su madre en esta ciudad.

D^a. [REDACTED] interpuso demanda de guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos frente a D. [REDACTED], en la que solicitó se atribuyera a la actora la guarda y custodia del menor [REDACTED], siendo la autoridad familiar compartida entre ambos progenitores, y que se estableciera un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio en fines de semana alternos, los sábados y domingos de 11 a 13 horas con intervención del Punto de Encuentro Familiar (PEF), además de interesar que el demandado abone la cantidad de 100 euros mensuales como contribución a los gastos de asistencia del hijo menor y que se establezca la medida de prohibición de salida del territorio español respecto del mismo.

D. [REDACTED] se opuso a la demanda interesando que se dictase sentencia por la que se le atribuyera la guarda y custodia del menor [REDACTED] manteniendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores, con régimen de visitas a favor de la demandante y pensión de alimentos a cargo de ésta. En el acto de la vista del juicio, en atención a la condena por violencia de género que había sido impuesta al demandado y el hecho de estar ingresado en prisión, su representación se mostró conforme con la



guarda y custodia a favor de D^a. [REDACTED], interesando régimen de visitas del padre con el hijo menor.

La sentencia de primera instancia, dictada por el titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n° Dos de esta ciudad, acordó que la guarda y custodia del menor [REDACTED] fuera atribuida a la madre D^a. [REDACTED], y no establecer a favor del padre D. [REDACTED] ningún régimen de visitas para que pueda ver a su hijo mientras se encuentre cumpliendo condena en el Centro Penitenciario.

Recurrida dicha sentencia en apelación por la representación del demandado, en lo relativo al establecimiento de un régimen de visitas entre padre e hijo, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia desestimatoria del recurso interpuesto.

Frente a este fallo D. [REDACTED] ha interpuesto recurso de casación, que funda en dos motivos: 1/ por infracción procesal invocando vulneración de los artículos 218.2, 348, 316.1 y 2, 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución; 2/ por infracción de norma sustantiva, contenida en los artículos 79 y 80 del CDFA, solicitando de esta Sala que case y anule la sentencia recurrida, acordando establecer el régimen de visitas interesado por dicha parte, con expresa imposición de costas a la contraria.

Admisibilidad de los motivos del recurso de casación

SEGUNDO.- La Sala dictó auto de 9 de noviembre de 2016 por el que declaró su competencia para el conocimiento del presente recurso y su admisión a trámite. Sin embargo en los escritos presentados en el trámite conferido el Ministerio Fiscal considera que el primer motivo de casación deber ser desestimado por inadmisibile, al entender que se trata de un recurso extraordinario por infracción procesal al invocarse normas procesales de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Constitución Española (art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), mientras que la representación de D^a. [REDACTED] entiende que concurre causa de inadmisión del recurso de casación, por manifiesta falta de fundamento en cuanto al primer motivo

conforme al artículo 473.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por oponerse a la valoración de la prueba que se ha efectuado en la sentencia de la Audiencia.

Dado que las partes pueden esgrimir, en el trámite de oposición, las razones por las que a su juicio cualquiera de los motivos de recurso habría de ser inadmitido, debemos resolver en primer lugar sobre las citadas pretensiones.

TERCERO.- Las causas de inadmisibilidad invocadas no pueden gozar de favorable acogida. La Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular el régimen transitorio de tramitación de los recursos extraordinarios, previene que cuando se interponga recurso de casación ante la Sala de lo Civil de un Tribunal Superior de Justicia la parte recurrente podrá incluir, en el escrito de interposición, motivos de infracción procesal, de modo que este recurso queda integrado en el de casación, constituyendo ésta una norma extraordinaria y transitoria, en tanto no se confiera a estos tribunales la jurisdicción para conocer de los citados recursos extraordinarios por infracción procesal, mediante la oportuna modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y en cuanto a la invocación que formula la representación de D^a. [REDACTED] la Sala va a examinar el recurso de casación partiendo de los hechos probados en las instancias, dada la función nomofiláctica que conviene a este recurso extraordinario, que no constituye una tercera instancia, para resolver si la decisión adoptada ha vulnerado las normas de derecho sustantivo invocadas por la recurrente. No siendo de aplicación la causa de manifiesta falta de fundamento invocada para instar la inadmisibilidad.

Admisión de la prueba aportada

CUARTO.- En el trámite del recurso de casación la representación de D. [REDACTED] ha aportado copia de la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de Familia nº Seis de Zaragoza en procedimiento verbal nº 229/16, por la que se acuerda establecer un

régimen de visitas a favor de la abuela paterna D^a. [REDACTED] con su nieto [REDACTED]. Del escrito que la sustenta se ha dado traslado a las partes recurridas mediante diligencia de ordenación, habiendo considerado el Ministerio Fiscal que dicha sentencia debe ser admitida por aportar datos relevantes, mientras que la otra parte recurrida ha efectuado alegaciones acerca del contenido de la sentencia sin referirse expresamente a su admisión.

El artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exceptúa de la prohibición de aportación de documentos, instrumentos, medios, informes o dictámenes después de la vista o juicio, cuando se trate de sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso. La norma establece que estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose traslado por diligencia de ordenación a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia, resolviendo el Tribunal sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia.

En el presente caso, la sentencia aportada debe admitirse, al resultar relevante para la decisión que ha de tomarse en este recurso de casación, en cuanto en ella se establece un régimen de visitas de la abuela paterna con el menor y se mencionan datos acerca de las relaciones entre las dos familias – paterna y materna- que pueden servir para adoptar la decisión en este recurso, siempre contemplando el interés del menor como criterio prioritario.

Examen del primer motivo: infracciones procesales denunciadas

QUINTO.- El primer motivo de recurso, por infracción procesal, denuncia la vulneración en la sentencia recurrida de los artículos 218.2, 348, 316.1, 2, 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución, al entender el recurrente que la sentencia incurre en falta de valoración adecuada de las pruebas, vulneración errónea (sic) del dictamen

pericial, valoración inadecuada del interrogatorio de parte e infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es de constatar, de inicio, que en un único motivo de recurso se denuncia la infracción de normas diversas, que regulan contenidos normativos diferenciados, y esta reunión de impugnaciones en un solo motivo de recurso afecta a la claridad expositiva del escrito de interposición.

El motivo de recurso por infracción procesal ha de ser desestimado. Como es conocido, y la propia parte expresa en su escrito, los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues este motivo está reservado al examen del cumplimiento de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en cuanto afectan al procedimiento para dictarla, su forma y contenido y los requisitos internos de la decisión. La valoración probatoria solo puede tener acceso a la casación al amparo del artículo 469.1.4º de la ley procesal, cuando se funde en la existencia de error patente siempre que pueda demostrarse que, siendo manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración efectuada, no supera el test de razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española (STS de 9 de mayo de 2011, nº 333/2011, y las que en ella se citan).

En este caso la argumentación que se expresa en el desarrollo del motivo se centra en valorar los informes del Punto de Encuentro Familiar y las manifestaciones de la madre en el acto de la vista, pero el examen de la sentencia recurrida y su fundamentación no muestra que haya incurrido en arbitrariedad o falta de razonabilidad al analizar y valorar la prueba. Las cuestiones que finalmente plantea el recurrente, en cuanto a su interés en un régimen mínimo de visitas que en nada perjudica al menor sino todo lo contrario, son temas jurídicos que han de ser resueltos al analizar el motivo

de casación por infracción de normas sustantivas, lo que se realizará seguidamente.

Examen del segundo motivo del recurso de casación.

SEXTO.- Se denuncia en este motivo de casación la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 79 y 80 del CDFA, expresando el recurrente que la decisión adoptada por la Audiencia Provincial no garantiza la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. Interesa que, con estimación del recurso, se permita un encuentro mensual, en sábado y/o domingo, de duración entre una y dos horas, en el que el menor será trasladado al Centro Penitenciario por persona de confianza de la madre o de la familia materna.

Para la decisión del recurso es de considerar lo dispuesto en el artículo 79, especialmente en su apartado 2, a), así como en el artículo 60, preceptos ambos del CDFA. También el artículo 80, cuya infracción se denuncia en el motivo, en cuanto regula la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, y el régimen de comunicación en caso de custodia individual.

SÉPTIMO.- El artículo 79 antes citado establece las medidas judiciales de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares, y ordena al Juez determinarlas teniendo en cuenta los criterios que se establecen en los artículos siguientes. Especialmente el apartado 2 a) previene que el Juez dictará las medidas necesarias a fin de garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores. Esta norma ha de ponerse en relación con el artículo 60, que regula entre los efectos de la filiación el derecho del hijo a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados,

así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. En este sentido se pronuncia el artículo 21 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

El derecho a la relación entre el padre y su hijo está reconocido en los preceptos mencionados de derecho aragonés, así como en los acuerdos y convenios internacionales de los que el Estado español es parte, como son la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 9.3) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 24.3). Como expresa la STC de 22 de diciembre de 2008, dicha relación constituye un derecho tanto del progenitor no custodio como del hijo, como manifestación del vínculo que les une y que ha de contribuir al desarrollo de la personalidad y afectividad del menor, relación que solo puede ser limitada o suspendida cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen, en interés del menor, o en caso de incumplimiento grave y reiterado de la resolución judicial en que se fije.

Esta Sala en sentencia de 10 de junio de 2016, nº 16/2016, ha mantenido que *"Se configura este régimen de comunicación en la doble vertiente del derecho de los menores a un contacto directo con los padres de modo regular (artículo 76.3.a), y el derecho de los padres para garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar (artículo 80.1, en relación -artículo 59 b- con el derecho y obligación de los padres, aunque no vivan con el menor, e incluso cuando no ostenten la autoridad familiar, a visitarlo y relacionarse con él), añadido a las medidas a adoptar por los jueces para garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas (artículo 79.2.a). No se trata de un derecho libremente disponible, tampoco para el menor, que en última instancia (artículo 60) será dotado de eficacia, o suspendido, modificado o denegado por el juez, atendiendo a su interés. Y para solicitar la intervención judicial se legitima a todos los interesados, lo que también indica que no se trata de un derecho exclusivo*

del menor aunque permanentemente concebido en su interés y dirigido al mismo.

En las relaciones entre ascendientes y descendientes (Título II del Libro Primero del CDFA), y dentro de los efectos de la filiación (Capítulo primero), el artículo 60.1 del CDFA configura las relaciones de los hijos con ambos padres, con sus abuelos y otros parientes y allegados, como un derecho de los primeros, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja (el subrayado es nuestro).

Así pues, el no establecimiento de un régimen de comunicación, estancias o visitas entre padres e hijos y los demás parientes citados, exige que, excepcionalmente, se justifique por desaconsejarlo el interés del menor."

En el caso de autos la sentencia de primera instancia ha rechazado cualquier régimen de visitas a favor de D. [REDACTED] con la siguiente justificación:

"En atención a la situación actual de D. [REDACTED] (sic), ya que se encuentra en prisión hasta mayo de 2019, y a pesar de la petición de la parte demandada de que se establecieran visitas en el Centro Penitenciario, esta Juzgado no considera conveniente ni adecuado para el desarrollo del menor que acuda al Centro Penitenciario a ver a su padre, sin que dicho contacto suponga ningún beneficio para el menor, pudiendo producir el efecto contrario en éste, es decir, de rechazo y animadversión ante la figura paterna por el lugar en el que se encuentra; tampoco debemos olvidar la edad del menor que aconseja que no sea introducido en estos ambientes, sin olvidar que todavía pocos recuerdos va a tener de su padre y no consideramos que los más idóneos sean recordar la figura paterna en un Centro Penitenciario. Por consiguiente no se considera adecuado las visitas del menor al Centro Penitenciario.

Igualmente no se considera adecuado que cuando D. [REDACTED] (sic) tenga un permiso de salida, si lo consigue, éste tenga visitas con su hijo, ya que no supondrá un régimen de visitas estable y continuo que permitan una adecuada relación entre padre e hijo, lo que puede redundar en un empeoramiento de sus relaciones de cara a un futuro".

La Audiencia Provincial ha confirmado dicho pronunciamiento argumentando que *"En el presente caso la decisión del Juez de instancia de postergar el régimen de visitas a favor del padre a la salida estable y no episódica del Centro Penitenciario donde cumple condena, se apoya en sólidas bases: la poca relación del padre con el menor, la escasa de edad de éste (dos años y medio), y la dependencia emocional del mismo con su madre. Todo ello apoyado en los informes periciales practicados que abonan la necesidad de que se vaya fomentando poco a poco una relación paterno filial estable, y a tal fin la resolución impugnada así lo pauta, razonando a nuestro juicio de modo acertado, que las visitas episódicas aprovechando permisos penitenciarios, no permiten la debida continuidad y progreso de la relación paterno-filial, por lo que en consecuencia procede confirmar aquélla, y desestimar el recurso interpuesto."*

OCTAVO.- Los argumentos expuestos en las sentencias de primera y segunda instancia, en cuanto tratan de justificar la decisión adoptada de excluir cualquier régimen de visitas entre D. [REDACTED] y su hijo menor [REDACTED] no son suficientes para sustentar la exclusión, por lo que la decisión que es objeto de recurso vulnera lo prevenido en el artículo 79.2 a) del CDFA, en relación con el artículo 60.1 del mismo cuerpo legal.

En cuanto a las visitas del menor al Centro Penitenciario, no existen razones para entender que van a ser contraproducentes ni van a afectar a la imagen que el menor [REDACTED] pueda tener de su padre. Como expresa acertadamente el Fiscal en su escrito de apoyo al recurso, la legislación penitenciaria no prohíbe las estancias y visitas en los Centros Penitenciarios de los menores de edad sino que las regula, tanto en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre (artículo 38) como en el Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (artículos 17 y 45). Los Centros Penitenciarios españoles reúnen condiciones de habitabilidad, especialmente en los espacios destinados a las comunicaciones íntimas y familiares, como para asegurar que una visita del menor a su padre en dicho entorno no va a resultar

traumática para el menor, quien podrá de este modo establecer un contacto y relación con su progenitor.

Dado que los informes periciales practicados en el proceso instan que se vaya fomentando poco a poco una relación paterno filial estable, como argumenta la Audiencia Provincial, la decisión adoptada de prohibir todo contacto mientras el recurrente se encuentre interno en Centro Penitenciario no hará posible ese deseado fomento.

En cuanto a la posibilidad de visitas cuando D. [REDACTED] obtenga un permiso de salida, la sentencia del Juzgado considera que no supondrá un régimen de visitas estable y continuo que permita una adecuada relación entre padre e hijo, decisión que ha sido confirmada en apelación. Este pronunciamiento no tiene en cuenta que un régimen de visitas, aunque sea mínimo, es susceptible de generar una relación de conocimiento y afecto entre padre e hijo, la cual resulta totalmente imposibilitada por la decisión recurrida.

Las razones expresadas conducen a la estimación de este segundo motivo de recurso.

Alcance de la decisión.

NOVENO.- La estimación del recurso de casación conduce a que la Sala, retomando la instancia, deba decidir sobre la pretensión articulada por la parte recurrente, que se concretó en la solicitud deducida al interponer el recurso de apelación –alegaciones tercera y cuarta, a las que se remite el súplico-, de modo que procede establecer un régimen de visitas de Don [REDACTED] con su hijo [REDACTED], consistente en una visita mensual entre padre e hijo, en el Centro Penitenciario en que se encuentra internado el padre, con la asistencia de una persona de la familia de la madre y, de no designarla, por la madre de Don [REDACTED] –que ya tiene establecido un régimen de visitas- o por alguna de las hermanas de éste. La visita se realizará ajustándose a las normas y controles establecidos para tales encuentros en el Centro Penitenciario.

El Ministerio Fiscal, en su escrito de apoyo al recurso, ha solicitado que también se establezca un régimen de visitas en caso de que el recurrente llegue a disfrutar de permisos penitenciarios: "lo mismo deberá ocurrir en caso de permiso de salida y que coincida con el primer sábado del mes, pero en el Punto de Encuentro Familiar".

Esta solicitud, formulada por quien tiene en su Estatuto la función tuitiva de los derechos de los menores, ha de ser igualmente atendida, al coincidir con el interés del menor y resultar consecuencia lógica de la decisión adoptada al estimar el recurso.

Costas

DÉCIMO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la estimación del recurso no procede la imposición de las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. [REDACTED]

SEGUNDO.- Casar y anular, dejándola sin efecto, la sentencia de fecha 22 de julio de 2016, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 236/2016, tan solo en lo relativo al régimen de visitas, extremo en el que establecemos:

A) un régimen de visitas de Don [REDACTED] con su hijo [REDACTED], consistente en una visita mensual entre padre e hijo, en el Centro Penitenciario en que se encuentra internado el padre, con la asistencia de una persona de la familia de la madre y, de no designarla, por la madre de Don [REDACTED] o por alguna de las hermanas de éste. La visita se

realizará ajustándose a las normas y controles establecidos para tales encuentros en el Centro Penitenciario.

B) el mismo régimen de visitas para el caso de que el Sr. [REDACTED] disfrute de permiso de salida, supuesto en el que la visita tendrá lugar en el Punto de Encuentro Familiar que el Juzgado designe.

TERCERO.- No hacer imposición de costas causadas en el presente recurso.

Con devolución del depósito constituido.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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