

Rollo nº 590/03
Sección 10ª

SECCION DECIMA:

Ilustrísimos Sres.:

Presidente,

D. José Enrique de Motta García-España

Magistrados:

Dña. Mª Pilar Manzana Laguarda

D. José Fandos Calvo

En Valencia a 13 de octubre de 2003

Vistos ante la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial, en grado de apelación, los autos de Divorcio nº 407/98, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Valencia, entre partes, de una como demandante-apelante, D. Dña. Monserrat Centeno González, asistida por la Letrada Dña. Mª, Angeles García Capdepón, y representada por la Procuradora Dña Estrella Caridad Laredo, y de otra como demandado-apelado D. Juan Enrique Palacios Martínez, dirigido por el Letrado D. Vicente Ivars Montesinos y representado por el Procurador D. Carlos J. Aznar Gómez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal. Es ponente el magistrado suplente D. José Fandos Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En dichos autos, el Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia nº8 de Valencia, en fecha 14 de abril de 2003, dictó auto cuya parte dispositiva es como sigue: *Procede acordar el cambio de guarda y custodia de la Sra. Centeno González a favor de D. Juan Enrique Pacios Martínez. Acordando establecer a favor de la no custodia el régimen de visitas establecido en el Razonamiento Jurídico Cuarto, y que si bien no empezará a ejercerse por la madre hasta el mes de junio (fin de semana del 6 al 8 de junio).*

El régimen al que hace referencia es de fines de semana alternos desde las 19 horas hasta las 20 horas del domingo, y la mitad de los periodos de Navidad, Fallas, Semana Santa y verano.

SEGUNDO.-Contra dicho auto, la representación procesal de la Sra. Centeno interpuso recurso de apelación alegando nulidad de actuaciones y error en la interpretación de las pruebas: verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación del auto, se remitieron las actuaciones a esta Secretaria donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día 6 de octubre de 2003 para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista.

TERCERO.- Se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El art. 240.3º de la LOPJ prevé que las partes puedan plantear por escrito la nulidad de las actuaciones con base en efectos de forma, cuando tales defectos hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo.

La apelante fundamenta su alegato de nulidad en que el juzgador de instancia ha tomado su decisión sin practicar las diligencias de prueba propuestas por la parte apelante y sin pronunciarse siquiera sobre la procedencia de las mismas, lo que supone infracción del principio de Tutela Judicial Efectiva reconocido en el art. 24 de nuestra Carta Magna, solicitando retrotraer las actuaciones al momento de la presentación de su escrito de alegaciones que obra al folio 117, el 10 de enero de este año, reiterando en esta alzada la práctica de las diligencias solicitadas en la instancia y no practicadas.

La jurisprudencia es unánime al afirmar que no toda infracción del procedimiento es causa de nulidad; la tutela y vigilancia del orden público procesal es responsabilidad que deben ejercer los tribunales, velando por la correcta aplicación de las normas de derecho necesario que regulan el procedimiento, dada su naturaleza imperativa (*las cogens*) y pública, en virtud de la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales –art. 53 de la Constitución Española- y, con referencia al Poder Judicial, el específico mandato del art. 7 Ley Orgánica del Poder Judicial que le impone la tutela de tales derechos.

Pero la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales que solicita la apelante, exige la confluencia de dos requisitos:

- a) que se trate de normas esenciales de procedimiento, y
- b) que efectivamente se haya producido indefensión.

De manera que no es suficiente la mera infracción normativa, si ésta no ha producido un efecto desfavorable para la defensa del afectado, *“toda vez que para poder prosperar la anulación de actuaciones es preciso que la vulneración de preceptos o garantías procesales haya determinado efectiva indefensión, no existiendo esta cuando no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa y tampoco cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales de manera que las aludida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquella pueda resaltar imputable a su propia conducta”* (STS 12 Feb. 1998).

Aplicando esta doctrina al caso, es preciso observar que las diligencias propuestas por la parte apelante no fueron llevadas a cabo en la instancia por innecesarias o inútiles (art. 283. LEC) valoración que comparte este tribunal que también ha rechazado su práctica en esta alzada por esta misma razón, dado el extenso acerbo probatorio que obra en autos; y, cuando la parte pudo y debió plantear cuestiones y todo tipo de aclaraciones a la perito Sra. Veiga sobre razones que la movieron a recomendar un cambio en la custodia de la menor, en la comparecencia del día 6 de marzo de 2003, la apelante se limitó a solicitar la suspensión del acto, por lo que no cabe hablar de indefensión en este caso.

SEGUNDO.- El error de valoración alegado como segundo motivo del recurso tampoco puede tener acogida en esta alzada: los autos están literalmente plagados de incumplimientos de la apelante de sus deberes de custodia en lo referente a la comunicación de la menor con el padre, relación necesaria y conveniente para la menor, y obligación legal y judicialmente impuesta a la apelante, obligación que de manera pertinaz ha venido incumpliendo la apelante, actitud esta que ha sido factor determinante del cambio de custodia de la menor, sin que del tenor literal de sus escritos pueda deducirse la menor intención de cambio en sus planteamientos sobre la relación de la menor con su progenitor: la apelante tampoco acepta las indicaciones del equipo técnico del Punto de Encuentro Familiar para reconducir su comportamiento, o sus reconocidas dificultades para controlar la conducta de la menor.

TERCERO.-El ministerio Fiscal, en su informe de 17 de junio pasado (folio 273) muestra una justificada preocupación por los posibles efectos negativos derivados del cambio de custodia. Ciertamente en este punto sobre el que este tribunal ha analizado cuidadosamente los pros y contras del cambio acordado en la instancia, llegando a la misma conclusión que el juzgador de instancia: la interferencia de la madre sobre la menor, obligándola conscientemente o inconscientemente a tomar partido en contra de su padre, le crea una situación anómica que bien puede ser la causa de precisar la atención psicológica que cita la madre, pues no podemos olvidar que ambos progenitores, con lo que representan de amor, seguridad y apoyo incondicional, son esenciales para el desarrollo de la personalidad de la menor.

Es lamentablemente frecuente que una situación de crisis de pareja, alguno de los progenitores utilice a los hijos como arma arrojadiza o como moneda de cambio contra el oponente, olvidando que los hijos menores son personas que tienen pleno derecho a crecer y desarrollarse íntegramente en todas las facetas de su personalidad en un ambiente de amor, paz y seguridad, que los padres deben proveer sin que afecten a los hijos las discrepancias de todo tipo que entre ellos puedan existir. Si los padres no son capaces de conseguir este elemental objetivo, la Ley prevé que los poderes públicos intervengan a favor de los menores, para garantizar estos derechos.

Atendida la especialidad de la materia, no se hace pronunciamiento sobre costas.

Por lo expuesto, la Sala acuerda:

PARTE DISPOSITIVA

PRIMERO: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Monserrat Centeno González.

SEGUNDO: Confirmar el Auto de 14 de abril de 2003 acordando el cambio de custodia de la menor Patricia Pacios Centeno a favor del progenitor y el régimen de visitas a favor de la madre no custodia, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº8 de Valencia, en el procedimiento 407/98 del que este recurso trae causa, sin hacer pronunciamiento alguno sobre costas.

Así por este nuestro auto, del que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.-Seguidamente, procede a librar copias por duplicado de la anterior resolución, para su notificación a los Procuradores de las partes, a través del Servicio a que se refiere el art. 154 LEC, en la fecha de salida que se indica en la copia de control que dejo unida a autos. Doy fe.