



**JDO.DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.2 DE ZARAGOZA**

AVDA RANILLAS 89-97 EDIFICIO FUEROS DE ARAGON E-2

Teléfono: 976208752

Fax: 976208755

S40020

N.I.G. ....

**FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C ..... /20..**

Procedimiento origen: DILIGENCIAS URGENTES/JUICIO RAPIDO 00000.... /20..

**Sobre ALIMENTOS PROVISIONALES**

DEMANDANTE D/ña. ....

Procurador/a Sr/a. ....

Abogado/a Sr/a. PEDRO ANTONIO GUTIERREZ LOPEZ

DEMANDADO D/ña. ....

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

Procedimiento: FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C  
0..... /20..

**SENTENCIA 24/20..**

En la Ciudad de Zaragoza a .....

.

Vistos por mí, DON .....,  
Magistrado-Juez titular del Juzgado de Violencia sobre la  
Mujer número 2 de esta Ciudad, los presentes autos de JUICIO  
VERBAL DE FAMILIA SOBRE GUARDA Y CUSTODIA DE HIJOS MENORES Y  
ALIMENTOS seguidos con el n° ...../20.., promovidos a instancia  
de DOÑA ....., representada por la  
Procuradora de los Tribunales Doña .....  
Chacón, y asistida del Letrado Don Pedro Antonio Gutiérrez  
López, contra DON ....., en situación procesal de  
rebeldía, y con la intervención del Ministerio Fiscal en el  
ejercicio de la acción pública y defensa de los intereses de  
los menores.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por la Procuradora de los Tribunales Doña .... en nombre y representación de DOÑA ..... se presentó demanda sobre guarda y custodia del menor ....., dirigida contra DON ....., en la que se solicitaban que se adoptaran las medidas recogidas en el suplico de su demanda. Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal para que contestaran en el plazo de 20 días.

**SEGUNDO.-** Por DON .. no se hizo alegación alguna, por lo que se procedió a dictar su situación procesal de rebeldía. La demanda fue contestada por el Ministerio Fiscal, y se citó a las partes al juicio que tuvo lugar el día 5 de mayo de 20.., al que acudió la parte actora, DOÑA ..... , y el Ministerio Fiscal, sin que compareciera el demandado, DON ....., a pesar de estar citado en legal forma.

**TERCERO.-** Practicadas las pruebas solicitadas y que se consideraron pertinentes las partes realizaron sus conclusiones.

**CUARTO.-** En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales establecidas.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la parte actora, DOÑA .....  
, se ejercita la acción sobre guarda y custodia y alimentos del menor .....,  
contra el progenitor del mismo, DON ....., con base en lo recogido en los artículos 154 y siguientes del Código Civil respecto a la guarda y custodia y los artículos 142 y siguientes del Código Civil en cuanto a los alimentos, así como los artículos 75 y siguientes, así como el 303 y siguientes del Código de Derecho Foral de Aragón.

El Ministerio Fiscal estuvo de acuerdo con la petición solicitada por la parte actora.

**SEGUNDO.-** Señala el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y que incumbe al demandado la carga de probar los hechos que impidan o extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos de la demanda, y así la jurisprudencia ha establecido que esto debe ser entendido en el sentido de que al actor le basta con probar los hechos normalmente constitutivos de su derecho, pues si el demandado no se limita a negar aquellos sino que alega otros, con el objeto de impedir, extinguir o modificar el efecto jurídico pretendido en la demanda, tendrá que probarlos de la misma forma que habrá de acreditar también aquellos eventos que por su naturaleza especial o su carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin graves dificultades. En definitiva, en términos generales, cuando se invoca un hecho que sirve de presupuesto al efecto jurídico que se pretende y

el mismo no ha sido probado, las consecuencias de esa falta de prueba son que se tendrá tal hecho por inexistente en el proceso, en contra de aquél sobre quien pesaba la carga de su demostración.

En el presente caso, se ha acreditado documentalmente y por la no negación de los hechos por la parte demandada, que DOÑA ..... y DON ....., formaron una pareja, cuya relación tuvo una duración de varios años, y de la que nació un hijo, ....., en Zaragoza el 2 de febrero de ....., luego contando a la fecha de esta sentencia con 5 años.

**TERCERO.-** Respecto de lo referido a la guarda y custodia de los menores, constituye principio elemental, necesario e indeclinablemente inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos el de que es su interés el que debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el llamado "bonnum filii" ha sido elevado a principio universal del Derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170), y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la Constitución Española) y responde a la nueva configuración de la patria potestad (artículo 154.2 del Código Civil) de manera que los mismos convenios de los padres no son homologables si son dañosos para los hijos (artículo 90.2 del Código Civil), siendo también la razón por la que la normativa vigente arbitra fórmulas con que garantizar o servir aquel interés, tales como la audiencia de los menores si

tuvieran suficiente juicio y preceptivamente si alcanzaron los doce años (artículo 92.2 en relación con los artículos 154.3 y 156.2, todos ellos del Código Civil, acerca de la patria potestad) y recabar el dictamen de especialistas (artículo 92.5 del Código Civil) que puedan colaborar con el Juez en el más acertado discernimiento de las medidas que adopte.

A la vista de las pruebas practicadas, no cabe duda que a la hora de decidir la guarda y custodia, es fundamental que se atribuya a DOÑA ....., considerándolo lo más adecuado tanto la propia parte actora como el Ministerio Fiscal, siendo además que solo ha sido solicitado por dicha parte, sin que se opusiera la parte demandada.

Partiendo de la idea que lo más importante a los efectos que aquí se debate y que se somete a decisión de este Juzgado no es el propio interés del progenitor o progenitores, sino el de sus hijos, derecho fundamental éste que es recogido en el artículo 9.3 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, entendiéndose por la doctrina a la vista del contenido del artículo 39.3 de la Constitución Española, en relación con el 154, 158 y 160 del Código Civil, que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos, señalando al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 1991 que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos

menores, de ahí que si bien pueda sentarse como regla general la del contacto directo y regular que los hijos de progenitores que vivan separados deben mantener con los mismos a tenor del principio referido y a que alude el artículo 94 del Código Civil, dicho principio no puede concebirse como absoluto e incondicional, pues en todo caso queda subordinado al interés de los menores -T.S. 1ª S. de 21 de julio de 1993-, según contempla expresamente la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, al afirmar que cuantas medidas hayan de tomar los tribunales con respecto a los menores "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", aun cuando concurra otro interés legítimo de protección, como podría ser el del progenitor no guardador, cabiendo, no obstante, a su virtud, la posibilidad de decretar la suspensión de los contactos en función de las concurrencia de concretas circunstancias fácticas que se den y que pongan en peligro concreto y real la salud física, psíquica o moral de los hijos.

En consecuencia, y atendiendo la petición realizada por parte de DOÑA ..... que solicitó que no se estableciera ninguna visita a favor de DON ..... por carecer éste de interés alguno en ver a su hijo, y el informe favorable por parte del Ministerio Fiscal, se considera lo más adecuado y eso sin perjuicio de que interesara alguna visita DON ..... en un futuro, lo hiciera por los cauces procedimentales adecuados.

**CUARTO.-** Respecto de la pensión de alimentos solicitada ha de recordarse que sobre los progenitores recae la obligación ineludible de contribuir a satisfacer los alimentos de su hijo (artículo 143, párrafo primero, número 2º, del Código Civil), y para cuantificar su contribución debe atenderse a los criterios consagrados en el artículo 146 del citado Código Civil, esto es, el caudal o medios de quien los

da y las necesidades de quien los recibe, debiéndose indicar que el caudal o medios del alimentante comprende, a estos efectos, las rentas tanto del capital como del trabajo, el propio capital y aun, en cierto sentido, su capacidad o posibilidad de trabajar y que en la determinación de la cuantía de la pensión debe primar el ya referido principio "bonus o favor filii", es decir, el interés del hijo (v. SSTs de 31 de diciembre de 1982, 2 de mayo de 1983 y 5 de octubre de 1993), de manera que la cuantía alimenticia sea suficiente para cubrir el cuidado, alimento y atención del mismo.

A la vista de la petición de DOÑA .....  
de 100 euros mensuales, y la petición realizada por parte del Ministerio Fiscal, y desconociendo los ingresos con los que cuenta DON ..... en este momento, pero teniendo en cuenta el artículo 771 de la Ley Rituaria que determina que la falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la comparecencia de medidas podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial, podemos, por tanto, dar por acreditado que DON ..... tiene suficiente capacidad económica para afrontar los 100 euros de pensión de alimentos interesada por la parte actora.

Igualmente ambas partes deberán hacerse cargo del 50% del total de los gastos extraordinarios necesarios del menor ...., en relación a todos los aspectos de su vida, y 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, ésta no contestara en el plazo de 15 días.

**QUINTO.-** Respecto de la petición realizada por DOÑA ... para que DON ..... se vea privada de la patria potestad, debemos recordar que el artículo 39 de la Constitución Española establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos e impone a los padres el deber de asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos que en derecho proceda. Es decir, constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno, y es la patria potestad la institución protectora del menor por excelencia, que se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza - matrimonial, no matrimonial o adoptiva-.

Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los menores, que se reconoce a los progenitores y que están en función de la protección, educación y formación integral de los hijos cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial. Se concibe así como un derecho-deber o como un "derecho función" (STS 31-12-96,11-10-91), que puede, en determinados casos, y por causa de esta concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para sus hijos, llegando a la solución más radical en supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código Civil, que a diferencia de la redacción originaria del Código Civil no requiere sustentar la indignidad del progenitor, ni localiza a toda costa, una culpabilidad en el incumplimiento de los deberes, y que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que



una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección del niño, que debe ser adoptada, por ende, en beneficio del mismo en tanto que la conducta de aquél, que ha de calificarse como gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación del mismo.

Partiendo pues, de que tanto el artículo 90 del Código de Derecho Foral de Aragón, como el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, deben ser objeto de interpretación restrictiva, su aplicabilidad, exige que en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma, debiéndose atender siempre a criterios relativos de concreta oportunidad, nunca objetivos o abstractos y siempre atendiendo al interés del menor en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados (arts. 39 Constitución Española y 154 del Código Civil y los artículos 58 y 59 del Código del Derecho Foral de Aragón). Por otra parte, tal privación será sin embargo, siempre temporal, como señala el artículo 170.2 del Código Civil, dado que podrá acordarse en el futuro la recuperación de dicho derecho-función, siempre en beneficio del menor y acreditada, por el cambio de conducta del progenitor privado de aquél, la desaparición de las causas que motivaron aquella resolución.

Visto el estado en que se encuentra la relación de DON ... con su hijo, a la que no ve desde hace más de 5 años, su total falta de contribución al mantenimiento de la misma, queda constatado el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la autoridad familiar, como son velar por el hijo menor, visitarlo y relacionarse con él, aunque vivan separados, conforme a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código del Derecho Foral de Aragón, justifica, en

interés de la hija menor, la privación total de la autoridad familiar o patria potestad.

**SEXTO.-** Dado el especial carácter de estos procedimientos de familia, siendo esta materia de orden público, y donde no cabe el allanamiento, la transacción, la renuncia de derechos, el compromiso, el carácter constitutivo de la sentencia que pone fin al procedimiento, no procede la condena en costas de ninguno de los litigantes al no apreciarse que ninguno de ellos haya obrado con temeridad o mala fe en el procedimiento.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Josefa Fernández Pacheco Chacón, en nombre y representación de DOÑA .....

contra DON ....., debemos ACORDAR Y ACORDAMOS las siguientes medidas:

1.- Atribuir la guarda y custodia del menor .....  
a su madre DOÑA . ...

2.- Privar a DON .... de la Patria Potestad o de la Autoridad Familiar por lo que se otorga el uso en exclusiva

de la Patria Potestad o Autoridad Familiar a DOÑA ...

3.- No establecer a favor del padre, DON .....,  
ningún régimen de visitas para que pueda ver a su hijo.

3.- Establecer una pensión de alimentos que DON ....  
deberá abonar a DOÑA .....,  
en favor del menor ....., en la cantidad  
de 100 euros (CIEN EUROS) al mes y 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, que se  
abonará en la cuenta designada por DOÑA .....  
al efecto. Dicha cantidad será actualizada  
anualmente cada uno de enero, a partir del 1 de enero del 20..  
con arreglo a los cambios que experimente el Índice de Precios  
al Consumo o documento que legalmente le sustituya.

Igualmente ambas partes deberán hacerse cargo del 50% del  
total de los gastos extraordinarios necesarios del menor ...  
, en relación a todos los aspectos  
de su vida, y 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, ésta no contestara en el plazo de  
15 días.

No proceda hacer especial pronunciamiento en cuanto a  
las costas

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que  
quedará en estas actuaciones, con inclusión de la original en  
el Libro de Sentencias.



Esta resolución no es firme y frente a ella cabe interponer en el plazo de veinte días recurso de apelación ante este Juzgado del que conocerá, en su caso, la Audiencia Provincial.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**EL MAGISTRADO/JUEZ**

Don

**PUBLICACION.** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr/a. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en ZARAGOZA.