

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 23 DE MADRID

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 3 - 28020

Tfno: 914936273,914936051/6052

Fax: 914936274

juzpriminstancia023madrid@madrid.org

42061870

Procedimiento: Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado potestad de guarda o administración de bienes

Materia: Medidas derivadas de separación o divorcio

NEGOCIADO 6 Telf:914936051

Demandante: D./Dña.

LETRADO D./Dña. BEATRIZ DURO ALVAREZ DEL VALLE

Demandado: D./Dña.

AUTO Nº 120/2023

Madrid, a doce de junio de dos mil veintitrés.

HECHOS

Primero.- Con fecha 23 de mayo de 2023 ha tenido entrada en este Juzgado la solicitud de medidas cautelares promovida por D^a , frente a D. , correspondiendo su conocimiento por antecedentes y siendo registrada como expediente de jurisdicción voluntaria nº .

Segundo.- El demandado ha presentado escrito de oposición en los términos previstos en el art. 17.3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Tercero.- Señalada la oportuna comparecencia ha tenido lugar su celebración con el resultado que consta en el soporte apto para la grabación del sonido y la imagen previsto en los arts. 187 y 146 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto.- El Ministerio Fiscal ha emitido informe solicitando la estimación de la solicitud.

Quinto.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La madre de los menores , nacido el 13 de marzo de 2013, e , nacido el 4 de julio de 2015, solicita al amparo del art. 158 del Código Civil la suspensión inmediata del régimen de visitas con el padre establecido en la sentencia de fecha 6 de octubre de 2020 del procedimiento de divorcio contencioso nº que le atribuye la custodia de dichos hijos por conformidad de los progenitores.

Alega la madre que cuando los hijos están con su padre no reciben los cuidados mínimos necesarios siendo continuo el maltrato psicológico que reciben y el ambiente de violencia, siendo ellos mismos los que no quieren ir a pasar el fin de semana con el padre y refiere que el 13 de mayo de este año, con ocasión de la estancia de los menores



con su progenitor en el puente del día 12, han sido insultados y agredidos físicamente por el padre.

El demandado se opone a la petición de medidas cautelares esgrimiendo como cuestión previa la prejudicialidad penal por tramitarse en el Juzgado de Instrucción nº 33 de Madrid diligencias previas nº 1.146/23 en virtud de denuncia formulada por la demandante el día 16 de mayo pasado por hechos que son exactamente los mismos que los que se exponen en la presente demanda y en íntima conexión con ellos, solicitando la suspensión de este procedimiento hasta que se resuelvan las actuaciones penales.

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la prejudicialidad planteada por el demandado ha de significarse que habrá de ser en la causa penal que se sigue en el Juzgado de Instrucción nº 33 de Madrid, en la que el demandado está citado para declarar el próximo día 6 de julio, donde se determine la existencia o no de una conducta constitutiva de infracción penal.

Las presentes medidas cautelares civiles son ajenas a la investigación penal por cuanto que su adopción responde a la evitación de perturbaciones dañosas, perjuicios o peligro grave para los menores a las que hace referencia el art. 158 del Código Civil, sin que sea preceptiva la petición de estas medidas en la causa penal ya que el citado precepto autoriza su adopción dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

Es reiterada la jurisprudencia sobre el instituto de la prejudicialidad penal en la que, sin perjuicio de su interpretación restrictiva, se exige que la sentencia civil haya de fundarse o venga condicionada sustancialmente por la decisión penal a fin de evitar que la cuestión prejudicial no tenga otro efecto que dilatar la resolución final del proceso en que se manifiesta. En este sentido, sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007 y 4 de abril de 2013.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula sistemáticamente la prejudicialidad penal en el proceso civil, distinguiendo, con carácter general, entre los hechos con apariencia delictiva del art. 40.1 y los que constituyen prejudicialidad penal "*stricto sensu*" que son los referidos en los siguientes apartados del precepto, de tal manera que la mera existencia de un hecho con apariencia de delito no es motivo suficiente para suspender el proceso ya que para apreciar una cuestión prejudicial se precisa que medie un proceso penal pendiente sobre ese hecho supuestamente delictivo y que, además, la calificación penal del hecho tenga influencia decisiva en la decisión del Juez civil, evitando así la práctica de suspender un proceso civil ante la simple circunstancia de que algún hecho, más o menos relevante pueda ser constitutivo del delito o falta, todo ello para evitar la conculcación del derecho constitucional a no sufrir dilaciones indebidas que consagra el art. 24.2 de la Constitución Española.

En base a los anteriores preceptos no ha lugar a acordar la suspensión de este expediente de jurisdicción voluntaria ya que aun cuando los hechos que están siendo objeto de instrucción, (unos presuntos maltratos), tienen relación directa con la cuestión sobre la que versa este proceso civil, (la suspensión del régimen de visitas), la resolución penal no ha de influir necesariamente en la decisión ya que la futura suerte de la causa penal no es decisiva para apreciar una situación calificable de peligrosa para los menores, sin que, por lo tanto, sea de aplicación el art. 40.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- El art. 158 del Código Civil que se invoca como aplicable dispone:

"El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1º) Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.



2º) *Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.*

3º) *Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

4º) *La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.*

5º) *La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.*

6º) *En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.*

Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria".

CUARTO.- El art. 158 del Código Civil es un cauce procesal de carácter excepcional y apremiante por la presencia de circunstancias de peligro o perjudiciales para los menores, lo que cabe apreciar en este supuesto dada la gravedad de los hechos que se describen en la denuncia que ha dado lugar a la incoación de las citadas actuaciones penales y de lo relatado por los propios menores al ser oídos.

Centrándose la solicitud de medidas cautelares en la suspensión de las visitas con el padre, ha de atenderse al interés de los hijos menores por ser el criterio rector que con arreglo al art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, ha de ser valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, primando sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Si bien no es preceptiva en este caso la audiencia de los menores, por no contar ninguno de ellos con 12 años de edad, se ha considerado necesario oírles para evaluar dicho interés, habiéndose practicado la oportuna diligencia de exploración con observancia de los requisitos y garantías exigidos por el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor.

Tanto como corroboran los hechos narrados en la denuncia presentada por su madre, detallando los malos tratos de los que afirman fueron víctimas, indicando ambos hermanos que no quieren que su padre se entere de lo que están diciendo porque se va enfadar, razón por la que se informó a las partes en el acto de la comparecencia del sentido de la declaración de los menores ratificando los hechos de la denuncia sin dar el traslado previsto en la sentencia de 9 de mayo de 2019 del Pleno del Tribunal Constitucional.



En todo caso, se hace preciso que las partes conozcan el contenido de la audiencia de los menores por ser el fundamento de la decisión restrictiva que se va a adoptar y a fin de poder ejercitar con plenitud su derecho de defensa, todo ello en el bien entendido de que cualquier represalia que directa o indirectamente puedan recibir los hijos por parte del progenitor por razón de sus manifestaciones conllevará el reproche jurídico que sea pertinente o, en su caso, la incoación del oportuno proceso penal si los hechos pudieran ser constitutivos de delito.

El derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una medida que le pueda afectar no significa, sin embargo, que su opinión o su voluntad hayan de ser determinantes en la resolución que se adopte puesto que su criterio no puede erigirse en elemento decisorio al venir supeditado a la protección prevalente de su interés, de tal manera que los tribunales han de valorar el contenido de la audiencia del menor conjuntamente con otros factores, debiendo examinarse:

- a) que su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres.
- b) que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo.
- c) que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.

En este caso, se ha podido constatar de la exploración mantenida por separado con los dos menores la coincidencia en la descripción de los hechos del supuesto maltrato que se refieren en la denuncia presentada por la madre sin que, en principio, se atisbe que el testimonio de Johan, quien ha sido diagnosticado de un posible TDAH (trastorno por déficit de atención e hiperactividad) venga inducido por la madre o que los hechos que pormenoriza vengan distorsionados o alterados.

Si bien la finalidad de la diligencia de exploración no es obtener una certeza sobre los hechos controvertidos sino más bien percibir los sentimientos de los menores siempre que hayan alcanzado un grado mínimo de madurez y discernimiento que le permita expresarse ordenadamente, como acontece con _____ e _____, en este caso se considera que por los hechos que indiciariamente pudieran revestir características de actos violentos es apreciable una situación que puede ser perjudicial para los menores que aconseja la adopción de las cautelas postuladas.

El testimonio de los parientes propuestos por la defensa del demandado, que ha sido inadmitido, ningún dato objetivo puede aportar al no haber presenciado los hechos que han dado lugar a la incoación de la causa penal y toda vez que su opinión sobre el estado de los menores dos días después de haber acontecido los supuestos hechos de agresión carece de relevancia máxime si por el parentesco e interés en el pleito pueden ofrecer una versión poco objetiva.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el padre fue condenado por sentencia de fecha 7 de octubre de 2020 del procedimiento oral nº _____ del Juzgado de lo Penal nº _____ de Madrid como autor responsable de un delito de abandono de menores tipificado en el art. 226 del Código Penal a la pena de 6 meses de multa con una cuota diaria de 3 euros y que aun cuando dicha pena ha sido ejecutoriada existe un antecedente de clara dejación de las funciones de guarda y protección que corresponden al padre y que son detalladas en los hechos probados de la citada resolución.

Por otro lado, la intervención llevada por el CAI (centro de atención de la infancia) desde el día 8 de junio de 2021 viene a evidenciar la conflictividad que subyace en las relaciones paternofiliales.



Procede, en consecuencia, acceder a la petición en el sentido de cesar eventualmente las estancias fijadas en la sentencia de divorcio si bien manteniendo las comunicaciones en el punto de encuentro familiar que corresponda, que las supervisará, por ser este lugar un espacio calificado como neutral y adecuado para propiciar la reanudación de la relación paternofamiliar, limitando las comunicaciones a dos horas durante los fines de semana, sábado y domingo, alternos.

Por último, no puede desconocerse que los hijos están inmersos en el conflicto interpersonal que no se ha sabido gestionar satisfactoriamente por los progenitores y que de seguir la conflictividad pueden derivarse consecuencias devastadoras para el desarrollo de Johan e Iago, quienes son las auténticas víctimas de la crisis familiar, no siendo una sentencia u otra resolución judicial que se limita a arbitrar unas medidas, el remedio de problemas que trascienden de lo meramente jurídico al presentar dimensiones no solo personales sino también psicológicas.

QUINTO.- Dada la naturaleza especial de este procedimiento en materia de derecho de familia, no cabe hacer una expresa imposición de costas.

Por lo expuesto,

DISPONGO

Suspender cautelarmente el régimen de visitas establecido en la sentencia de fecha 6 de octubre de 2020 del procedimiento de divorcio contencioso nº , pudiendo comunicarse los menores con el padre los sábados y domingos de los fines de semana alternos durante dos horas que serán señaladas y supervisadas por el punto de encuentro familiar más cercano al domicilio de los menores a quien se oficiará para que inicie su inmediata intervención, debiendo informar mensualmente sobre el desarrollo de dichas comunicaciones.

No hacer un especial pronunciamiento sobre las costas procesales.

El presente auto es ejecutivo sin que los recursos que se interpongan contra el mismo suspendan la eficacia de la medida acordada.

Así por este auto, contra el que cabe interponer recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Madrid en el plazo de veinte días y en la forma prevista en el art. 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo exponer las alegaciones en que se basa, citar la resolución apelada y los pronunciamientos que se impugnan, y siendo preceptiva para su admisión la constitución de depósito por importe de 50 euros en la cuenta de consignaciones y depósitos de este Juzgado, lo dispone, manda y firma D. Jesús María Serrano Sáez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Madrid.

