



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE  
ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA  
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS  
DE CANTABRIA)***

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

CURSO ACADÉMICO 2019-2021

Título:

**Los menores, las víctimas silenciosas.**

Work Title:

**Minors, silent victims.**

Presentado por: Paula Sureda Díez.

Tutelado por: Dña. Carmen M Bueno López.

## **ÍNDICE**

<b>RESUMEN</b> .....	3
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>DESPACHO DE LA EJECUCIÓN</b> .....	8
<b>PARTE TEÓRICA</b> .....	8
¿Qué puede (y debe) examinar el tribunal para resolver sobre el despacho de ejecución?.....	13
Cumplimiento por los documentos presentados de todos los requisitos legales para llevar aparejada ejecución.....	14
Adecuación al título de los actos ejecutivos pedidos .....	16
<b>PARTE PRÁCTICA</b> .....	16
Oposición .....	19
Impugnación a la oposición y ampliación a la ejecución. ....	21
<b>SOLICITUD DE MEDIDAS URGENTES DEL 158 CC</b> .....	24
<b>PARTE TEÓRICA</b> .....	24
¿Quién puede solicitar las medidas urgentes del artículo 158 Código Civil? .....	30
¿Qué medidas se pueden solicitar a tenor del artículo 158 Código Civil? .....	31
¿Cuándo se pueden solicitar las medidas urgentes del artículo 158 Código Civil?.....	31
¿Cómo se solicitan estas medidas?.....	32
<b>PARTE PRÁCTICA</b> .....	39
Procedimiento de modificación de medidas.....	42
Alteración de las circunstancias.....	43
<b>LA NULIDAD DE ACTUACIONES</b> .....	51
<b>PARTE TEÓRICA</b> .....	51
Impugnación de la prueba aportada. ....	54
Irregularidades procesales en la exploración de las menores por parte del juez .....	59
<b>CONCLUSIONES</b> .....	67
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	72

## **RESUMEN**

Hay determinados procedimientos civiles que revisten una cierta complejidad, sobremanera cuando se aborda cuestiones relacionadas con el derecho de familia. Es un trabajo laborioso armonizar la normativa procesal civil, incluso penal y el derecho sustantivo con la realidad fáctica.

En este trabajo se analizarán diversos procedimientos, entre ellos el despacho de la ejecución, la solicitud de medidas urgentes del artículo 158 del Código civil y el procedimiento de la nulidad de actuaciones. Actos que se produjeron en un caso verídico y, a su vez, haré hincapié en los aspectos que considero más controvertidos.

La finalidad de este trabajo es estudiar a fondo el supuesto de hecho, destacando extremos que, a mi juicio, estimo, podrían ser mejorados con el fin de otorgar un plus de confianza a los mas desprotegidos, me refiero, por supuesto, a los menores.

## **ABSTRACT**

There are certain civil procedures that carry some complexity, exceedingly when one addresses issues related to family right. It is a laborious work to harmonize the civil procedural regulations, even criminal, and the substantive law with factual reality.

In this work, various procedures will be analyzed, among them, the execution dispatch, the request for urgent measures of the article 158 of the penal Code and the procedure for the nullity of actions. Acts that occurred in a true case and, at the same time, I will emphasize the aspects that I consider the most controversial.

The purpose of this work is to study widely the factual assumption, standing out extremes that , in my opinion, could be improved, in order to give a plus of confidence to the most vulnerable, I mean, of course, the minors.

## INTRODUCCIÓN

El presente supuesto práctico versa acerca de un matrimonio, contraído el 19 de abril de 2008, de esta unión nacen y viven tres hijas: la mayor nacida el 5 de febrero de 2008, la mediana el 10 de enero de 2010 y la pequeña el día 30 de junio de 2014.

El día 26 de diciembre de 2016, en el domicilio familiar se encontraban los progenitores y las menores de 8, 6 y 2 años. Con motivo de una pelea entre la mediana y la mayor en el salón de la casa, el padre que se encontraba barriendo la estancia, con objeto de parar a la mayor, le golpeó con la escoba en la cabeza, alcanzándole también en la mano.

Por Auto de 27 de diciembre de 2016, se adoptó la medida civil de atribución de la guarda y custodia de las menores a la madre, así como la atribución del uso del domicilio familiar a las menores en compañía de su madre y la fijación de una pensión de alimentos de 150 euros mensuales.

En este Auto **no se fijó régimen de visitas** a favor de las niñas y su padre, y además la acusación pidió imponer al padre la prohibición de aproximarse a sus hijas o a su domicilio o a su centro de estudios o a cualquier otro en que se encuentre a una distancia inferior a 300 metros, así como la prohibición de comunicarse con ellas por cualquier medio.

Esta medida cautelar de protección hacia las menores estuvo plenamente vigente hasta el dictado de la Sentencia nº XXX/2017 de 19 de junio de 2017, dictada en el procedimiento de Juicio Rápido nº XX/2017, que condenaba al padre como autor de un delito de violencia doméstica del art. 153.2,3 y 4 del CP a la pena de dos meses y diez días de prisión, así como la prohibición de aproximación a la hija mayor en una distancia no inferior a 300 metros por un tiempo de 11 meses. También se acordaba dejar sin efecto la prohibición de aproximación con respecto a dos de las hijas, y no así con la mayor, manteniendo la prohibición de aproximación hasta el 27 de noviembre de 2017, descontando el tiempo transcurrido desde que se impuso.

La sentencia de 8 de febrero de 2018 que fija **las medidas paternofiliales definitivas** establece un régimen de visitas originario, el cual se articula a través del PEF, ya que el Auto de 27 de diciembre de 2016, no fijó régimen de visitas a favor de las niñas y su padre.

Las visitas a través del PEF se fueron desarrollando con normalidad hasta que el centro planteó a las niñas la posibilidad de pernocta, ya que según la sentencia del 8 de febrero de 2018, se dictaminó que el régimen de visitas se *“irá ampliando en los términos que los técnicos del punto de encuentro determinen, hasta la situación deseable visita, en el punto de encuentro, en fines de semana alternos, cuando la relación entre las hijas y el padre se haya consolidado, siguiendo siempre las normas del punto de encuentro”*.

A principios del 2019, el progenitor había decidido plantearles a las menores la posibilidad de que empezasen a realizar las visitas con pernocta y la reacción y respuesta de las dos hermanas mayores no solo había sido de rechazo ante tal posibilidad, sino que incluso la mediana le había expresado no querer verlo ni estar con él.

Días más tarde, los técnicos mantienen una entrevista con las niñas y en la misma, las menores manifiestan de forma clara su oposición a ampliar las visitas con su padre, rechazando de forma tajante la posibilidad de pernoctar. Planteaban la posibilidad de que se redujese el tiempo de las visitas y verbalizando *“si no puede ser menos, por lo menos que no sea más”*.

Los técnicos del PEF consideraron **que no era pertinente progresar más de lo necesario**, prevaleciendo el bienestar de las menores, y también determinaron que las menores debían ser intervenidas psicológicamente como consecuencia del desarrollo del régimen de visitas, a lo cual ambos progenitores prestan consentimiento. Esto sucedió en junio de 2019, se inicia un seguimiento en la unidad de víctimas más la de delitos violentos y como consecuencia de la intervención, la mayor de las menores, en septiembre de ese mismo año, relata a la madre lo sucedido entre su padre y ella.

A partir del 4 de septiembre de 2019, la progenitora corta de raíz todo contacto entre las menores y el padre, esto se produce cuando la madre conoce a

través del relato de las menores, los tocamientos y demás actos de que han sido objeto, por parte de su padre. Automáticamente, ese mismo día la madre interpone una denuncia **por abuso y agresión sexual**.

El padre, al observar que no se acataba la sentencia del 8 de febrero de 2018, en concreto, lo establecido en el régimen de visitas, pretende el efectivo cumplimiento de la obligación, presentando **demanda ejecutiva** para que el juzgado proceda al despacho de la ejecución. La otra parte, se opone aduciendo que, debido a los nuevos hechos conocidos, al estar un procedimiento penal en marcha y al estado alterado de las menores, la medida más prudente sería la suspensión de las visitas hasta la completa evaluación psicológica de las menores, ya que, de lo contrario se estaría desvirtuando la verdadera finalidad de la sentencia del 8 de febrero de 2018, que es el interés superior de las menores.

El padre, el día 11 de diciembre de 2019, impugna la oposición a la ejecución y amplía la ejecución y, además, paralelamente procede a **solicitar medidas urgentes de protección del menor** basándose en los artículos **733.2 Ley de Enjuiciamiento Civil** (en adelante LEC) y **158 Código Civil** (en adelante CC). Dichas medidas urgentes se tramitan a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, con lo cual se acude a la **Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria** (en adelante LJV).

El objetivo de la ampliación de la ejecución no era otro que el que las menores pasaran el periodo vacacional, en este caso las vacaciones de navidad, junto al padre, se observa a su vez que el objetivo de solicitar las medidas urgentes era, por un lado tramitar de una forma más acuciante el procedimiento que se solicitaba y por otro, modificar el contenido de la sentencia para que se normalizara un régimen de visitas, ya que lo que la parte contraria lo que realmente solicitaba era una modificación de medidas, escenario imposible debido a que falta el requisito sine qua non de alteración sustancial de las circunstancias, al cual me referiré más adelante de una forma más detallada.

Para resolver la oposición a la ejecución se acuerda vista, debido a que se aporta informe de la unidad de víctimas y el fiscal quiere oír a los técnicos del PEF y a la unidad de víctimas, pero la vista en cuestión tiene que ser retrasada porque la

letrada de la parte demandada y el MF solicitan que se posponga para que se pueda citar en calidad de testigo a un técnico del PEF.

De igual manera, para debatir acerca del desacuerdo existente sobre la patria potestad, se procede al señalamiento para la vista, pero ésta se demora debido a la solicitud de la madre para que pueda acudir en calidad de testigo un técnico del PEF.

Es decir, se observa cómo hay dos procedimientos paralelos en marcha, uno que pide la ejecución de la sentencia y otro que pide que el contenido de la misma varíe debido a que no se acató íntegramente aquella y, además, solicita unas medidas cautelares porque la parte actora considera que hay una situación de desamparo.

Antes de que se acuerde la vista para ambos procedimientos, la parte actora al amparo de los artículos **238.3 Y 240.2 de la Ley Orgánica Poder Judicial** (en adelante LOPJ) y el artículo **225 de la LEC** viene a instar la nulidad de las actuaciones. En ambos procedimientos se pretende atacar la exploración realizada de las menores por parte del juez, argumentando irregularidades procesales como por ejemplo la edad de las menores, o se pone en duda la admisión de ciertas pruebas por considerarlas impertinentes (art 283 LEC), también se focaliza en que se le ha privado de la patria potestad cuando, realmente, se sigue ejerciendo conjuntamente. Se observa como ambos escritos no difieren mucho el uno del otro, pese a ser dos procedimientos diferentes. A todas estas cuestiones me referiré más adelante.

Finalmente, el 23 de diciembre de 2019, un auto resuelve la petición de medidas en contra de quien las solicitó aduciendo que **no se observa tal desamparo** alegado por dicha parte, días más tarde otro auto da la razón a la parte actora para que se proceda a la ejecución de la sentencia.

El auto que resuelve la petición de medidas de protección es recurrido en apelación, seis meses más tarde se resuelve volviendo a dar la razón a la parte demandada y con imposición de costas al apelante, esto ocurre en vista a que la autoridad ha querido “dar un toque de atención” a la parte contraria debido a la estrategia procesal utilizada, con ella pretende inundar de papeleos a la parte demandada, pero ¿hasta qué punto esta táctica puede llegar a generar indefensión? ¿si la parte demandada no contesta se podría intuir que le está dando la razón a la parte contraria? ¿podría llegar a mutar el objeto litis del pleito? O quizá ¿está

actuando de mala fe la parte actora jugando al despiste, colmando de escritos a la otra parte? Estas son algunas cuestiones que procuraré deslindar al final de mi trabajo.

## **DESPACHO DE LA EJECUCIÓN**

### **PARTE TEÓRICA**

Antes de examinar el caso en cuestión, quisiera centrarme en unos aspectos teóricos que considero de vital importancia para poder entender íntegramente la problemática del supuesto.

Un apunte importante es que nos encontramos ante una obligación no dineraria, es decir, una obligación de hacer. En la cuestión relativa al carácter de la prestación de hacer resulta ser trascendental puesto que es el criterio que utiliza la LEC para regular dos modalidades de ejecución forzosa, distinguiendo entre ejecución de condenas personalísimas y condenas no personalísimas. Sin embargo, a pesar de que la LEC utilice los términos “personalísima” y “no personalísima” para determinar la modalidad de ejecución que resulte procedente, habrá que estar al tipo de obligación, debiéndose tomar como base la “fungibilidad” o “infungibilidad” de la prestación.

En líneas generales, una prestación es fungible cuando la conducta en que consiste la prestación puede ser realizada por un tercero satisfaciéndose igualmente el interés del acreedor ejecutante que va a recibir la misma prestación, aunque por una persona distinta al obligado. Es decir, la fungibilidad determina que es indiferente que la conducta la realice una persona u otra, quedando el acreedor igualmente satisfecho (ejemplo: reparación de los desperfectos de un inmueble de características y uso normal). Por el contrario, no es fungible, cuando sólo la realización de la prestación por parte del deudor satisface el interés del ejecutante, hallándose en esta tesitura aquellos casos en que se requiere el concurso de un sujeto en concreto por sus especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos (ejemplo: obligación de un futbolista de jugar en un determinado equipo de fútbol, de

famoso pintor de realizar un determinado retrato, de un reputado escritor de escribir un libro para una determinada editorial).<sup>1</sup>

De esta manera el artículo 709 de la LEC establece “*Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre **pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706***”.

El despacho de la ejecución se regula en la LEC, en concreto en el Capítulo III del Título III del Libro III bajo la rúbrica “*De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares*” en los artículos **548 y siguientes** de la LEC. Interesa resaltar el **artículo 551** que manifiesta lo siguiente:

*1. Presentada la demanda ejecutiva, el Tribunal, siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma.*

---

<sup>1</sup>DI CIOMO, T., “Las ejecuciones de condenas de carácter personalísimo y no personalísimo” en “*La ejecución de condena personalísima: análisis del artículo 709 LEC*” (Editorial J.M. Bosch Editor), 2019, pp. 329-330.

*Con carácter previo el Letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo la oportuna consulta al Registro Público Concursal a los efectos previstos en el apartado 4 del artículo 5 bis de la Ley Concursal.*

*2. El citado auto expresará:*

*1.º La persona o personas a cuyo favor se despacha la ejecución y la persona o personas contra quien se despacha ésta.*

*2.º Si la ejecución se despacha en forma mancomunada o solidaria.*

*3.º La cantidad, en su caso, por la que se despacha la ejecución, por todos los conceptos.*

*4.º Las precisiones que resulte necesario realizar respecto de las partes o del contenido de la ejecución, según lo dispuesto en el título ejecutivo, y asimismo respecto de los responsables personales de la deuda o propietarios de bienes especialmente afectos a su pago o a los que ha de extenderse la ejecución, según lo establecido en el artículo 538 de esta ley.*

*3. Dictado el auto por el Juez o Magistrado, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución, en el mismo día o en el siguiente día hábil a aquél en que hubiera sido dictado el auto despachando ejecución, dictará decreto en el que se contendrán:*

*1.º Las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes.*

*2.º Las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, conforme a lo previsto en los artículos 589 y 590.*

*3.º El contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor, en los casos en que la ley establezca este requerimiento, y si este se efectuara por funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial o por el procurador de la parte ejecutante, si lo hubiera solicitado.*

*El Letrado de la Administración de Justicia pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la existencia del auto por el que se despacha la ejecución con expresa especificación del número de identificación fiscal del deudor persona física o jurídica contra el que se despache la ejecución. El Registro Público Concursal notificará al juzgado que esté conociendo de la ejecución la práctica de*

*cualquier asiento que se lleve a cabo asociado al número de identificación fiscal notificado a los efectos previstos en la legislación concursal. El Letrado de la Administración de Justicia pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la finalización del procedimiento de ejecución cuando la misma se produzca.*

*4. Contra el auto autorizando y despachando la ejecución no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado.*

*5. Contra el decreto dictado por el Letrado de la Administración de Justicia cabrá interponer recurso directo de revisión, sin efecto suspensivo, ante el Tribunal que hubiere dictado la orden general de ejecución.”*

Presentada la demanda ejecutiva con los documentos que deben acompañarla, el tribunal debe examinar los factores a los que la LEC condiciona el despacho de la ejecución, si se dan, con previo requerimiento de pago o sin él, según el título de que se trate, dictará auto “conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma” (art. 551.1), y si falta alguno de ellos, la denegará (art. 552.1).

Como el auto que despacha la ejecución no es susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la **oposición** que pueda formular el ejecutado, resulta obvio, si no se quiere producir indefensión, que deben coincidir el ámbito al que se extiende este control de oficio del Juez sobre los requisitos que condicionan ese despacho y el ámbito de oposición del ejecutado al mismo, de forma que los defectos que el tribunal no aprecie en este momento inicial, puedan ser denunciados por el ejecutado al oponerse por razones procesales (art. 559). Por supuesto, la oposición de éste es más amplia, ya que puede fundarse en razones de fondo que no obstan al correcto despacho de la ejecución (arts. 556 a 558).

Aunque nada diga expresamente la LEC (a diferencia del art. 1440 de la anterior para el juicio ejecutivo), el examen por el tribunal de la concurrencia de estos requisitos se realiza «inaudita parte debitoris», con base exclusivamente en las alegaciones contenidas en la demanda ejecutiva y los documentos acompañados a la misma, en especial el título ejecutivo, porque, como decíamos antes, **el título es un documento que acredita la existencia de un conjunto de hechos típicos** (supuesto de hecho), **de los que la ley hace depender el derecho del ejecutante** a que se

despache la ejecución. (...) La presentación de un título regular no es condición suficiente para que la ejecución termine satisfaciendo al acreedor ejecutante; para que eso ocurra, es preciso que éste tenga también acción ejecutiva, aunque la existencia de la misma se presume, recayendo sobre el ejecutado la carga de alegar y probar los hechos (extintivos o excluyentes) que privaron a aquélla de contenido.<sup>2</sup>

Según el Auto de la **Audiencia Provincial de Madrid núm. 52/2005** de 4 de marzo que resuelve el Recurso de Apelación **núm. 86/2005** se establece que *“El juez debe despachar ejecución en todo caso siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título (artículo 551 LEC y 55.2 LA) y haya transcurrido el plazo de veinte días a que se refiere el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento civil (...)”*

*“(...) La denegación del despacho de ejecución (artículo 552 LEC) no puede fundarse en cuestiones de fondo, con alguna excepción que no se corresponde con el supuesto presente (...) sino únicamente en **cuestiones formales relativas al título, o al propio proceso de ejecución si no fuera subsanable la falta del presupuesto formal**, es decir, en cuestiones relacionadas en el artículo 551 (jurisdicción y competencia, capacidad, defensa y representación de las partes y cualidad con que aparecen en el título o según justificación documental, requisitos de la demanda, presentación de documentos necesarios, título formalmente constituido, actividades ejecutivas conformes, existencia de acción ejecutiva –no caducada–, y cumplimiento del plazo previsto en el artículo 548) y si quien ejercita la acción ejecutiva presenta un título regularmente constituido en su aspecto formal, los actos solicitados son conformes con la naturaleza y contenido del título y se cumplen los demás presupuestos que resultan del artículo 551 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento civil, **el juez debe despachar ejecución.***

La sentencia manifiesta lo dicho anteriormente, es decir, que mientras los requisitos necesarios se cumplan íntegramente, el juez procederá a ejecutar la sentencia, estos tres requisitos son:

---

<sup>2</sup>CORDÓN MORENO, F., “Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil” en “*Grandes tratados*” (Editorial Aranzadi, S.A.U), 2011, pp. 67- ss

- La concurrencia de los requisitos y presupuestos procesales
- La regularidad formal del título
- La conformidad de los actos de ejecución que se solicitan con la naturaleza y contenido del título.

Lo que no podrá hacer el juez que vaya a despachar la ejecución de la sentencia es proceder a examinar los motivos de fondo, ya que no se encuentra en el momento procesal oportuno, en cambio sí que podría denegar el despacho de la ejecución cuando detectara irregularidades sobre *cuestiones formales relativas al título, o al propio proceso de ejecución si no fuera subsanable la falta del presupuesto formal* (art 551 LEC)

### **¿Qué puede (y debe) examinar el tribunal para resolver sobre el despacho de ejecución?**

Las reglas de juicio que ha de aplicar el tribunal y los aspectos del caso que ha de tomar en consideración para resolver sobre el despacho de ejecución se deducen de diversas disposiciones de la ley (arts. 551.1, 552.1, 559.1). Especialmente, el art. 559.1, que establece los vicios procesales del despacho de ejecución, es útil para concluir que estará correctamente despachada la ejecución que no incurra en tales defectos.

Por otra parte, si se atiende a la delimitación negativa del enjuiciamiento, el tribunal no puede examinar la existencia y subsistencia del derecho y correlativo deber de prestación de acuerdo con el estado de hechos y con el Derecho material, porque este examen haría necesario tomar en consideración datos distintos a los que constan en los documentos que integran el título –la ley no permite esto en este momento– y que serían aportados por una actuación defensiva del ejecutado –que la ley tampoco permite en este momento–.

Veamos específicamente los aspectos que pueden y deben ser enjuiciados.

Entre los mismos se encuentran la **jurisdicción y la competencia** en todas sus modalidades (art. 546), **las capacidades del ejecutante y su legitimación activa** –según el título o atribuida fuera del mismo por los medios legales–, la

capacidad para ser parte del ejecutado (art. 9) y su legitimación pasiva –según el título o atribuida fuera del mismo por los medios legales–, y la **caducidad** de la acción ejecutiva fundada en títulos judiciales, arbitrales y acuerdos de mediación (art. 518).

La falta de capacidad de actuación procesal del ejecutado en los casos del art. 8 no impide el despacho de ejecución, pero debe cumplirse lo dispuesto por ese artículo para que las posibilidades defensivas del ejecutado no precluyan injustamente.

### **Cumplimiento por los documentos presentados de todos los requisitos legales para llevar aparejada ejecución**

De todas las descripciones legales de este criterio de enjuiciamiento (arts. 551.1, 552.1 y 559.1. 3º) ninguna es suficientemente ilustrativa de lo que se deduce de una elemental interpretación sistemática con el art. 517: **el tribunal podrá y deberá examinar si los documentos que presenta el ejecutante constituyen un título que lleve aparejada ejecución, porque solo en tal caso el ejecutante tendrá acción ejecutiva y la ejecución deberá ser despachada.**

No basta examinar la regularidad formal del título (art. 551.1). La referencia a “*los presupuestos y requisitos legales para el despacho de ejecución*” (arts. 551.1 y 552.1) es demasiado genérica y conduce a un razonamiento circular (despachará ejecución o no, según concurran, o no, los requisitos o presupuestos para hacerlo). Por otra parte, de hacer caso a la letra de la que ha sido recientemente dotado el art. 559.1. 3º, se llegaría a la absurda consecuencia de que el tribunal debe despachar ejecución sin examinar la mayor parte de los títulos ejecutivos, salvo las sentencias, laudos y acuerdos de mediación. En definitiva, el despacho de ejecución depende de que el tribunal constate que se le ha presentado un título ejecutivo.

Este criterio de enjuiciamiento tiene unos significados seguros:

1º) Con toda seguridad significa que **debe atenderse a la apariencia externa o formal del documento o documentos aportados como título ejecutivo**. La falta de documentos, cuando sean varios los necesarios, los defectos formales en

los documentos que impidan reconocer la clase de documentos legalmente exigida deben conducir a denegar el despacho de ejecución. También las falsificaciones materiales ostensibles o burdas.

2º) También es seguro que este criterio requiere **examinar si el documento o documentos, atendido su contenido**, son expresivos, representativos o significativos del conjunto de elementos a los que la ley vincula la eficacia ejecutiva. Esto requiere del tribunal una tarea de calificación jurídica sobre lo que expresa el documento o documentos aportados, para concluir que se halla ante algo correspondiente a un tipo legal de título ejecutivo.

En determinados supuestos, y de una manera asistemática, se ha establecido que el examen del juez debe tener el alcance apuntado:

1º) En la jurisprudencia hay casos referidos al examen de oficio, por diversas causas, de la validez del convenio y del laudo arbitral, cuando este último se presenta como título ejecutivo. Especialmente seguro es el examen de los casos de nulidad del convenio y del laudo, si el primero figuraba como cláusula en un contrato de adhesión con consumidores (STJUE, Sala Primera, 6 octubre 2009; véase, también, la disp. trans. 2ª.3 Ley 42/2015, de 5 de octubre).

2º) En la LEC se ha establecido expresamente la potestad del juez de examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en títulos ejecutivos no judiciales, ni arbitrales, con la posible consecuencia de desestimación total o parcial del despacho de ejecución (arts. 552.1, párrafo segundo y 561.1. 3ª). Esta potestad es ejercitada, principalmente, respecto de cláusulas de vencimiento anticipado de las deudas y de cláusulas sobre intereses (de demora abusivos, intereses variables con abusiva limitación de la variación a la baja, variables indexados a variaciones de tipos de cambio de divisas). Su calidad de potestad de oficio no es contradicha porque el juez, antes de ejercitarla, deba dar audiencia al ejecutante y a aquél frente a quien se pretenda la ejecución.

## Adecuación al título de los actos ejecutivos pedidos

El art. 551.1 requiere que los actos de ejecución solicitados “*sean conformes con la naturaleza y contenido del título*”. Esa conformidad ha de ser cualitativa y cuantitativa.

Por faltar la primera debe denegarse el despacho si los actos pedidos no los prevé la ley para el título aportado –p. ej., se pide ejecución no dineraria sobre la base de una escritura pública del art. 517.1.4º (art. 520)– o para la clase de prestación que impone el título –p. ej., en la ejecución dineraria, se pide la imposición de multas coercitivas hasta el completo pago de la deuda– y si se pide la ejecución de una prestación diferente de la que consta en el título.

Por falta de adecuación cuantitativa debe denegarse el despacho si, siendo la cantidad relevante, en la demanda ejecutiva se pide una cantidad superior a la que consta en el título (art. 572.1) o a aquella cuya reclamación puede ampararse en los artículos 572.2 y 573 al 577.

Una cosa es que el despacho de ejecución no deba ser denegado si el tribunal estima que, a la vista de los documentos, la cantidad reclamada es distinta de la debida (art. 575. 2), y otra diferente que el tribunal no pueda limitar cuantitativamente el despacho de ejecución a lo que, según los documentos, aparezca como debido.<sup>3</sup>

## PARTE PRÁCTICA

En el caso que nos ocupa existía una resolución procesal, en concreto una sentencia con fecha 8 de febrero de 2018, que establecía la obligatoriedad de modular las visitas de las menores con el padre a través del punto de encuentro familiar (en adelante, PEF), el fallo establecía lo siguiente “*el padre podrá visitar y estar con sus hijas en el régimen de visitas que ha informado el equipo psicosocial asignado a los juzgados de Santander, y que ha quedado aprobado por SS., con el*

---

<sup>3</sup> ORTELLS RAMOS, M., “La demanda ejecutiva” en “*Manual universitario Derecho procesal civil*” (Aranzadi S.A.U), enero 2017, pp. 70-ss.

*visto bueno del Ministerio fiscal, y serán visitas supervisadas por el padre, en el punto de encuentro más cercano al domicilio, de una visita semanal, para reanudar la relación paulatinamente, que se establecerá en virtud de la disponibilidad del punto de encuentro, y se irá ampliando en los términos que los técnicos del punto de encuentro, en fines de semana alternos, cuando la relación entre las hijas y el padre se haya consolidado, siguiendo siempre las normas del punto de encuentro. A estas visitas podrá acudir acompañado de los abuelos paternos, y otros miembros de la familia extensa, una vez estén instauradas las visitas, y siempre respetando las normas del Punto de Encuentro”.*

Lo cierto es que esta sentencia se cumple íntegramente hasta que la madre descubre el abuso sexual que el padre infringía a las menores. A raíz de la pertinente denuncia ante las autoridades el PEF es conocedor de este hecho por los progenitores y no se toma ninguna medida al respecto. Este hecho hace que me replantee lo siguiente: si el encargado de supervisar el cumplimiento de la sentencia (el régimen de visitas en este caso) y de velar por el bienestar de los menores era el PEF ¿Por qué no hizo nada tras enterarse de que se había denunciado al padre por abusos sexuales? ¿no es cierto que en sus informes se habla del bloqueo mental y la ansiedad que experimentaron las menores cuando se les planteó, en junio, pernoctar en el domicilio del padre? ¿realmente el PEF hizo diligentemente su trabajo? ¿o quizá no prestó la suficiente atención al comportamiento de las menores? De todas formas, a la vista de los informes redactados por dicho centro, la denuncia por abuso sexuales, los escritos de la psicóloga de los servicios de atención a víctimas de delitos violentos, apoyando la versión de las niñas ¿Por qué el PEF optó por no pronunciarse al respecto en vez de ponerse en contacto con el centro de víctimas o decretar la suspensión de las visitas entre el padre y las menores hasta que, por lo menos, se resolviera la causa penal? En aras, por supuesto, del interés superior de las menores. En este sentido resulta interesante prestar atención a la *SAP Santa Cruz de Tenerife (sección 1ª) nº 297/2018 de 14 de junio*, a cuyo tenor, el concepto del “interés del menor”, aunque de difícil concreción, “*puede inicialmente identificarse con la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, y demás derechos fundamentales, en cuanto que su*

*respeto garantiza una protección suficiente al menor, desde un punto de vista personal y humano pero no puede limitarse a esa instancia formal (...) es necesaria una vida exenta de tensiones y problemas que le exceden, con un equilibrio emocional y afectivo, que tanto pueden contribuir a la formación y desarrollo de su personalidad, positiva y negativamente (frustraciones, complejos): porque ni el interés ni la personalidad son algo abstracto o aséptico, sino que se refieren a una realidad humana enormemente rica y compleja, tangible y pluridimensional, donde junto a las libertades públicas y otros valores importan su salud y su bienestar psíquico, su afectividad comprendida, amén de otros aspectos de tipo material, aunque sea con subordinación de estos a aquellos”.*

Es evidente que **dicho servicio no adoptó ninguna medida** con relación a la tarea encomendada en la sentencia.

Lo que alega además el padre en la demanda de ejecución, es el “*interés espurio, por parte de la madre, cuya finalidad es romper la relación paterno filial*”, habla sobre la manipulación que ejerce la madre sobre las niñas con el único objeto de alejarlas emocional y, por consiguiente, físicamente del padre, es decir, se refiere al famoso **Síndrome de Alienación Parental** o SAP, que es un conjunto de síntomas, que se produce en los hijos, cuando un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de los niños con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.<sup>4</sup> Aunque es importante traer a colación que el SAP no está recogido expresamente en el DSM (Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales).

Una vez que el juez revisa la demanda de ejecución decreta auto con fecha 5 de noviembre de 2019 para despachar la ejecución de la sentencia dando un plazo de

---

<sup>4</sup> GUÍA INFANTIL “Síndrome de alienación parental en niños” entrada de blog de 25 de abril de 2016. Disponible en < <https://www.guiainfantil.com/1502/sindrome-de-alienacion-parental-en-ninos-diagnostico.html#:~:text=El%20S%C3%ADndrome%20de%20Alienaci%C3%B3n%20Parental,v%C3%ADnculos%20con%20el%20otro%20progenitor.>> (Consultado el 1 de octubre de 2020).

10 días para que la parte se pueda oponer al escrito y, el mismo día, el letrado de la administración de justicia procede a redactar un decreto donde se ordena que se haga efectiva la orden general de ejecución a favor del progenitor y además establece lo siguiente “*Se apercibe a la ejecutada de que, si en el plazo indicado no cumple lo ordenado: se **podrán imponer multas coercitivas mensuales** que se mantendrán todo el tiempo que sea necesario. Se apercibe que, si incumple reiteradamente las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como no guardador, **podrá acordarse por el Tribunal la modificación del régimen de guarda y visitas (art. 776 – 3ª de la LEC).***” En cuanto a estas últimas líneas me referiré más adelante.

## Oposición

Según el **artículo 556 de la LEC** se establece lo siguiente “*Si el título ejecutivo fuera una **resolución procesal** o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito **alegando el pago o cumplimiento** de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente.*

*También se podrá oponer **la caducidad de la acción ejecutiva**, y los **pactos** y transacciones que se hubiesen convenido **para evitar la ejecución**, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público.*

*La oposición que se formule en los casos del apartado anterior no suspenderá el curso de la ejecución.*

*No obstante, lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando la ejecución se haya despachado en virtud del auto a que se refiere el número 8º del apartado 2 del artículo 517, una vez el Letrado de la Administración de Justicia haya tenido por formulada oposición a la ejecución, en la misma resolución ordenará la suspensión de ésta. Esta oposición podrá fundarse en cualquiera de las causas previstas en el artículo siguiente y en las que se expresan a continuación:*

1.<sup>a</sup> *Culpa exclusiva de la víctima.*

2.<sup>a</sup> *Fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.*

3.<sup>a</sup> *Concurrencia de culpas.”*

En este caso la parte demandada se opuso, en plazo, alegando una serie de argumentos, como por ejemplo, se alega que la ampliación del régimen es fruto de la valoración positiva del equipo técnico, además en dichos informes se señala que **la madre conviene a consensuar las propuestas trasladadas por el padre**, con lo cual el argumento que esgrime la parte contraria, es decir, “ *y cada vez que el progenitor consigue un acercamiento hacia sus hijas, la madre bajo excusas evita que el padre mantenga una relación progresiva y adecuada para con sus hijas, señalamos que es la progenitora quien se ocupa de evitar que la misma llegue a buen fin.*” carece de fundamento.

Cabe señalar, en cuanto a las acusaciones que infiere el padre sobre la madre acerca del SAP, un documento que demuestra que el médico psiquiatra no aprecia instrumentalización o alienación de la madre con respecto a las niñas y dice así el informe “*Las 3 niñas manifiestan su deseo de permanecer en Castro-Urdiales con su madre pero no veo indicios de que la madre de forma premeditada y/o intencionada instruya, condicione o moldee el comportamiento o discursos de las niñas con respecto al padre.*”

Asimismo, en la oposición se hace hincapié en que, según consta en los Informes del PEF, son las menores quienes manifiestan al padre su oposición a la ampliación de las visitas y son los técnicos, que, tras estudiar el caso, determinan que las menores deben ser **intervenidas psicológicamente** como consecuencia del desarrollo del régimen de visitas, a lo cual ambos progenitores **prestan consentimiento**.

El escrito finaliza solicitando la suspensión de las visitas hasta la resolución del procedimiento penal, ya que en cualquier caso, la evolución futura del régimen de visitas entre padre e hijas, ha de estar condicionada a las circunstancias que concurran en cada momento, y, en especial, la medida que se pretende **ha de tener**

**carácter temporal**, quedará sin efecto cuando concluya el procedimiento penal y se dicte las pertinentes o el Juzgado competente cuente con cualquier otro informe (realizado por el Punto de Encuentro Familiar o de otra índole) que permita descartar que existe peligro para las hijas por los hechos que están siendo enjuiciados en vía penal.

### **Impugnación a la oposición y ampliación a la ejecución.**

El día 11 de diciembre la parte demandante promueve dos escritos, uno que amplía la demanda de ejecución y el otro que impugna la oposición.

El que amplía la demanda se ratifica en la demanda de ejecución insistiendo en que la madre sigue sin cumplir el régimen de visitas y que los días 23 y 24 de noviembre la madre se negó a llevar a las menores al PEF, pero, vuelvo a incidir en lo mismo que he mencionado líneas más arriba, ¿se ha pronunciado el PEF acerca de cómo tienen que gestionarse las visitas paternofiliales tras cerciorarse de la puesta en marcha del procedimiento penal por abusos sexuales? ¿la sentencia del 8 de febrero de 2018 no da a estos servicios plena autonomía para que lleve a cabo las visitas como mejor convenga a las menores? Entonces ¿Por qué acusa la parte contraria a la madre de las menores de suspender e incluso, quebrantar la sentencia? Asimismo, solicita que se lleve a cabo los **artículos 776 LEC y 158.4 CC** ya que considera que las menores están expuestas a un peligro constante que puede ocasionarlas prejuicios, finalmente solicita el pertinente impulso procesal.

En cuanto al impulso procesal, en consonancia al **artículo 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)** se dispone lo siguiente “*salvo que la ley disponga otra cosa, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictándose al efecto las resoluciones necesarias*”.

Por otro lado, el escrito que impugna la oposición, lo hace por motivos de fondo, encuentra su fundamentación legal en el **artículo 560** de la LEC que manifiesta lo siguiente: “*Cuando se haya resuelto sobre la oposición a la ejecución por motivos procesales o éstos no se hayan alegado, el ejecutante podrá impugnar la oposición basada en **motivos de fondo en el plazo de cinco días, contados desde***

*que se le notifique la resolución sobre aquellos motivos o desde el traslado del escrito de oposición.*

*Las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de ésta, podrán solicitar la celebración de vista, que el Tribunal acordará mediante providencia si la controversia sobre la oposición no pudiere resolverse con los documentos aportados, señalándose por el Letrado de la Administración de Justicia día y hora para su celebración dentro de los diez siguientes a la conclusión del trámite de impugnación.*

*Si no se solicitara la vista o si el tribunal no considerase procedente su celebración, se resolverá sin más trámites la oposición conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.*

*Cuando se acuerde la celebración de vista, si no compareciere a ella el ejecutado el tribunal le tendrá por desistido de la oposición y adoptará las resoluciones previstas en el artículo 442. Si no compareciere el ejecutante, el tribunal resolverá sin oírle sobre la oposición a la ejecución. Compareciendo ambas partes, se desarrollará la vista con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, dictándose a continuación la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.”*

Básicamente en lo que se centra la parte contraria para justificar su escrito de impugnación a la oposición es en *“la existencia de un incumplimiento reiterado, de las obligaciones derivadas del régimen de visitas ya que el tiempo transcurrido, casi dos meses, puede entenderse suficiente para interesar el requerimiento o una modificación de las medidas”*.

De aquí se extraen dos ideas, la primera es la que he expuesto anteriormente, el encargado de modular las visitas entre padre e hijas, según la sentencia del 8 de febrero de 2018, es el PEF, que éste no se pronuncie al respecto, no significa que la madre esté incumpliendo el régimen de visitas y, la segunda idea es que la madre ha interpuesto una denuncia por abusos sexuales que, de acuerdo a las alegaciones de las menores, el padre infligía a estas.

Conviene no perder de vista que el derecho de visita no es un verdadero y propio derecho, sino un complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos del progenitor no custodio, sino principalmente atender las necesidades afectivas y educativas de los hijos en orden a su desarrollo armónico y equilibrado, estando condicionado dicho derecho a que sea beneficioso a aquellos, para salvaguardar sus intereses. Así se interpreta jurisprudencialmente, entre otras en la *SAP Madrid (sección 24ª) nº 825/2015 de 9 de octubre*, *SAP Córdoba (sección 1ª) nº 237/2016 de 9 de mayo*, *SAP Málaga (sección 6ª) nº 543/2016 de 20 de julio*, *SAP Madrid (sección 22ª) nº 414/2018 de 18 de mayo*, *SAP Madrid (sección 22ª) nº 144/2019 de 15 de febrero*, *SAP Madrid (sección 22ª) nº 224/2019 de 12 de marzo*, *SAP Madrid (sección 22ª) nº 284/2019 de 29 de marzo*, *SAP Madrid (sección 22ª) nº 523/2019 de 11 de junio*.

Por tanto, el interés prevalente es el del menor y la principal finalidad de la ley para establecer este derecho de relación personal, es contribuir al adecuado desarrollo de la personalidad de los hijos, como señala la *SAP de Barcelona (sección 18ª) nº 309/2016 de 25 de abril*.

Tras todo esto, se acuerda vista para resolver sobre la oposición a la ejecución ya que se aportan informes de la unidad de víctimas de delitos violentos, pero se tiene que retrasar debido a que la abogada de la madre solicita que acuda un técnico del PEF en calidad de testigo y el MF se adhiere a la petición, ya que considera que es relevante para esclarecer la situación. Se concede la petición por el juez debido a la adhesión del MF y acto seguido la parte demandante insta nulidad de actuaciones, a las cuales me referiré más adelante.

## SOLICITUD DE MEDIDAS URGENTES DEL 158 CC

### PARTE TEÓRICA

Las medidas urgentes del **artículo 158 del CC** están destinadas a situaciones de excepcionalidad. Se trata de medidas cautelares y se toman en circunstancias de necesidad y urgencia. El artículo 158 del CC determina lo siguiente:

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

*1.º 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.*

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

*3.º 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.*

*4.º 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.*

*5.º 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.*

*6.º 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.”*

Entre los supuestos más frecuentes de aplicación del art. 158 CC en la práctica forense cabe citar, entre otros, los siguientes:

1) La prohibición de salida del menor de territorio nacional español o del territorio de los países miembros del Convenio de Shengen (1) en casos de riesgo de sustracción internacional. Siendo la regla general la libre circulación de personas por todo el territorio nacional, en principio, tanto el padre como la madre tienen plenas facultades, cada uno sin consentimiento del otro, para trasladarse fuera de España con sus hijos menores, salvo limitación o restricción judicial. Naturalmente, para que proceda la adopción de la prohibición de salida debe objetivarse y acreditarse, por cualquier medio de prueba, directo o indirecto, la existencia de un riesgo de sustracción internacional del menor por parte de un progenitor. A estos efectos, ha de tenerse en consideración el arraigo familiar, social o económico que tenga en España el progenitor de que se trate, pues a mayor arraigo del mismo en España menor será el riesgo de salida definitiva de España y a menor arraigo en España mayor el riesgo de salida de territorio nacional sin voluntad de retorno; la vinculación del progenitor bajo sospecha con su país extranjero de origen; su proyecto de vida futura en España o en el extranjero; si el país al que se quiere viajar

con el menor ha suscrito o no el Convenio de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores; los motivos por los que se solicita autorización judicial para viajar con el menor al extranjero (conocer a la familia extensa del progenitor extranjero, visita turística, u otros), etc.

En ocasiones, cuando exista un riesgo inminente de sustracción internacional del menor es posible acordar judicialmente, inaudita parte, como medida cautelarísima, la prohibición de salida, en evitación de que el traslado de la petición de prohibición alerte al otro progenitor y éste adelante la salida del menor de territorio nacional a un momento anterior al de la celebración de la comparecencia prevenida en el art. 18 LJV. La decisión de acordar inaudita parte la medida funciona en la práctica como medida cautelar de una ulterior medida cautelar, puesto que trata de asegurar la efectividad de la medida de prohibición que eventualmente pueda establecerse en el auto resolutorio del expediente. A mi juicio, esta medida cautelarísima puede acordarse aplicando supletoriamente, *ex* art. 8 LJV, lo dispuesto en el art. 771.1, párrafo 2º LEC (EDL 2000/77463), que prevé la posibilidad de que el juez pueda acordar de inmediato, una vez admitida a trámite la solicitud de medidas provisionales, cuando la urgencia del caso lo aconsejare, lo que considere conveniente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Resulta indudable que la salida del menor de territorio nacional, sin regreso al mismo, afecta de manera definitiva a la custodia del mismo, al convertir en baldía y carente de eficacia cualquier decisión ulterior sobre custodia y/o régimen de estancias que pudiera acordarse en favor del progenitor que no abandona el territorio nacional.

Por otra parte, cuando se acuerde la prohibición de salida de un menor de territorio nacional o del territorio Shengen, para su efectividad, es preciso comunicar la misma a la Dirección General de la Seguridad del Estado interesando se impartan las órdenes oportunas para incorporar la prohibición a los sistemas informáticos de los puestos fronterizos correspondientes a fin de darle cumplimiento. Es frecuente que se establezca en los convenios reguladores la prohibición de que uno o ambos progenitores salgan del territorio nacional en compañía del menor sin el

consentimiento del otro progenitor o, en su defecto, autorización judicial. Pero si se establece tal cláusula y no se solicita del juzgado que la ponga en conocimiento de la Dirección General de Seguridad del Estado, a efectos de su ejecución, la cláusula carecerá de eficacia alguna ya que el cónyuge dispuesto a incumplir la prohibición podrá contravenirla y salir del país con el menor sin cortapisa alguna.

2) La suspensión del régimen de estancias del progenitor no custodio con el menor por la existencia de sospechas fundadas de que éste es objeto de maltrato físico o psicológico o de abuso sexual por parte de aquél cuando ello da lugar a la apertura de Diligencias Previas en el ámbito penal para investigar los hechos denunciados. En el caso resuelto por mí en el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid por auto de 28 de abril de 2016 en el expediente de jurisdicción voluntaria 176/2016 (2) se acordó suspender cautelarmente el régimen de visitas del padre con su hijo menor *“hasta que no conste acreditado, de manera indubitada, que no existe riesgo alguno para el menor, y, en todo caso, se haya resuelto en forma definitiva el proceso penal que se sigue contra el demandado por un presunto delito de abusos sexuales cometido sobre el hijo común, es decir, hasta tanto no se sobresea de forma definitiva y firme el proceso penal abierto contra el padre o finalice el mismo por sentencia absolutoria firme.”* Constaba acreditado en autos que el padre había sido condenado por sentencia penal firme dictada en el año 2013 por un delito de abusos sexuales cometido en el año 2011 y que por sentencia dictada en junio de 2009 había sido absuelto de un delito de abuso sexual. El auto fundamenta la suspensión del régimen de estancias sobre la base de que *“el menor estaría inmerso en una situación de peligro o riesgo en caso de encontrarse a solas en compañía del padre, dados los graves hechos que se le imputan al demandado y por los que está siendo investigado...”*

Asimismo, puede dar lugar a la suspensión del régimen de estancias del menor con el progenitor no custodio la realización u observancia por éste de actos o comportamientos que supongan actos de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda cuando tiene al menor en su compañía. Así, en el auto dictado por mí como titular del Juzgado 24 de 1ª Instancia de Madrid con fecha 29 de abril de 2016 en el

expediente de jurisdicción voluntaria núm. 176/2016, sobre medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda, se acordó la suspensión cautelar del régimen de comunicaciones, visitas y estancias establecido en favor del padre en el convenio regulador de efectos de la separación por constatarse que los menores están inmersos en una situación de peligro, riesgo o daño cuando se encuentran en compañía de su padre, ya que, dice el auto:

*“de las pruebas practicadas en el acto de la comparecencia celebrada en el día de la fecha, principalmente del interrogatorio de las partes y de la exploración de los dos menores, ha quedado acreditado que los menores A., de 13 años, y A., de 9 años, no ven a su padre ni han mantenido contacto presencial alguno con el mismo desde el mes de abril de 2015; que durante las comunicaciones mantenidas por el padre con los menores en fechas anteriores al mes de abril pasado, dicho progenitor ha observado con ellos un comportamiento inadecuado y contrario a los intereses de los mismos, poniéndolos en situación de sufrir daños físicos y psicológicos, al realizar actos tales como llevarlos continuamente a bares públicos y consumir a su presencia importantes cantidades de alcohol; conducir su vehículo, llevando a sus hijos consigo, a gran velocidad y bajo los efectos del alcohol; hacerse acompañar por ambos menores a un poblado marginal para comprar droga y esnifar, posteriormente, cocaína a su presencia; fumar “porros” de haschis delante de los mismos; obligar a A. a conducir el vehículo o llevarle a un lugar apartado y entregarle una pistola para que hiciera blanco sobre unas latas.”*

3) El sometimiento a autorización judicial previa del cambio de domicilio del menor. En principio, el progenitor custodio tiene plena libertad para fijar libremente su domicilio en cualquier lugar del territorio nacional (art. 19, párr. 1º CE; EDL 1978/3879 (3)), por lo que, al tener el deber de convivir con el menor bajo su guarda, tiene plenas facultades para trasladar el domicilio del menor al suyo, salvo resolución judicial que limite, restrinja o prohíba tales facultades. La medida restrictiva de esas facultades del progenitor custodio que normalmente se acuerda es someter a autorización judicial previa cualquier cambio de domicilio del menor, lo que impide al progenitor custodio decidir unilateralmente el traslado de domicilio

del menor. En la práctica la medida que se suele solicitar y acordar es la prohibición de cambio de domicilio del menor salvo consentimiento del otro progenitor o, en su defecto, autorización judicial, porque se entiende que, si existe conformidad de ambos progenitores sobre el traslado de domicilio del menor, quedan suficientemente protegidos los intereses de éste (4).

La adopción de esta medida está justificada en los supuestos en que el progenitor no custodio tiene conocimiento de la firme intención del custodio de cambiar el domicilio del menor a un lugar distinto, bien por traslado laboral del custodio a otra población bien por cualquier otra causa. Ha de tenerse en cuenta que el progenitor custodio tiene plena libertad para cambiar de domicilio y, en consecuencia, puede empadronar al menor en su nuevo domicilio, según se establece en el art. 54.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por el RD 1690/1986, de 11 de julio (EDL 1986/11174), y modificado por RD 2612/1996 de 20 de diciembre (EDL 1996/17731), a cuyo tenor los menores de edad no emancipados y los mayores incapacitados tendrán la misma vecindad que los padres que tengan su guarda o custodia o, en su defecto, de sus representantes legales, salvo autorización por escrito de éstos para residir en otro municipio,. Todo ello con la salvedad de que sería necesaria una resolución judicial a su favor que otorgue la custodia y así proceder al empadronamiento del menor.

4) Cambios urgentes de guarda y custodia por imposibilidad de ejercicio por parte del progenitor custodio o inadecuado ejercicio de las funciones de guarda.

En los casos en que el progenitor custodio, por causas ajenas a su voluntad, se ve materialmente impedido para desempeñar la custodia del menor (5), el expediente de JV previsto en el art. 87.1.a) LJV, es un procedimiento ágil y sencillo para obtener un pronunciamiento rápido de atribución de la custodia al otro progenitor o, en su caso, a una tercera persona, como medida de protección urgente del menor. Así ocurrirá en caso de decretarse el ingreso en prisión del progenitor custodio (6) o de hospitalización prolongada del mismo sin fecha previsible de

recuperación de la enfermedad; también en supuestos de internamiento psiquiátrico del progenitor custodio o de desaparición del mismo.<sup>5</sup>

### ¿Quién puede solicitar las medidas urgentes del artículo 158 Código Civil?

Como indica la propia introducción del artículo, pueden solicitar estas medidas:

- **El propio Juez.** Se entiende que para ello actúa de oficio, ya que también debe conocer sobre estas medidas cuando las solicite cualquier otro legitimado.
- **El Ministerio Fiscal.** Como se sabe, este organismo interviene en defensa de los derechos e intereses de los menores.
- **El propio hijo** que se encuentre en situación de riesgo.
- **Cualquier pariente.** Nótese que no se está hablando únicamente de los progenitores. De modo que bastará con que un familiar haya detectado la situación de riesgo para que pueda solicitar medidas urgentes.

En este sentido se pronuncia la SAP de Madrid, el 11 de diciembre de 2012, nº 395/2012 que establece: *“Así, el artículo 158 del Código Civil recoge la posibilidad de que el Juez, de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, adopte las medidas que estime oportunas para evitar perjuicios a aquél, siendo inclusive viable la atribución de la custodia a personas distintas de sus progenitores (vid Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001),, y ello, entre otros supuestos, cuando los mismos, como en el caso se expone, no puedan hacerse cargo de las funciones de cuidado directo,*

---

<sup>5</sup> Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte II). Disponible en: <https://elderecho.com/los-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-en-materia-de-familia-en-la-ley-152015-de-2-de-julio-parte-ii> (Consultado el 22 de enero de 2020)

*alimentación y educación inherentes a la patria potestad, en los términos prevenidos en el artículo 154 del Código Civil.”*

### **¿Qué medidas se pueden solicitar a tenor del artículo 158 Código Civil?**

El artículo 158 del Código Civil autoriza a las personas legitimadas a solicitar alguna de las siguientes medidas:

- Corrección del incumplimiento de las obligaciones alimenticias. Se trataría de la imposición de una obligación de dar, que podría garantizarse, por ejemplo, apremiando el patrimonio del deudor.
- Cautelas para los supuestos de cambio de titular de la potestad de guarda.
- Prohibición de cambios de domicilio, desplazamientos al extranjero o expedición del pasaporte para evitar la sustracción de menores.
- Órdenes de alejamiento o prohibición de la comunicación.

Por supuesto, nada impide al legitimado solicitar varias de las medidas e incluso todas ellas simultánea o alternativamente.

Además, cabe señalar que se trata de un **catálogo abierto**, de modo que a la hora de elegir las medidas oportunas resultarán de gran peso la discrecionalidad judicial y la audiencia el menor.

### **¿Cuándo se pueden solicitar las medidas urgentes del artículo 158 Código Civil?**

El propio CC determina que **las medidas urgentes pueden adoptarse en el seno de cualquier proceso**, mencionando expresamente los civiles, penales y los de jurisdicción voluntaria.

Según la **STS Sección nº 27 de la Audiencia Provincial de Madrid** de 30 de junio de 2015, nº 422/2015 *“Las medidas civiles adoptadas, al amparo del artículo 158 del Código Civil en un incidente del proceso penal tramitado por las normas de jurisdicción voluntaria, tienen una naturaleza cautelar y provisional*

*que se justifica por la necesidad de responder a una situación de urgente necesidad de protección de los intereses del menor de edad. Y se adoptan con esa naturaleza urgente y sumaria, sin perjuicio de la decisión definitiva sobre estas cuestiones que ha de ser adoptada por la jurisdicción civil que es la competente al efecto.”*

### **¿Cómo se solicitan estas medidas?**

Desde el momento en que cualquier persona (parientes, terceros e incluso el Ministerio Fiscal) tenga conocimiento de que existe un riesgo para el menor, se debe acudir al Juzgado de Primera Instancia para **solicitar las medidas urgentes**.

El Juez convocará a los implicados a una vista, donde deberán acudir asistidos de abogado y procurador.

En el caso de que los implicados ya estén en el seno de un proceso (civil o penal) también se podrá solicitar la adopción de medidas urgentes.<sup>6</sup>

Dichas medidas urgentes se tramitan a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, con lo cual habrá que acudir a la **LJV**, en concreto encontraremos la regulación de estas medidas urgentes en la sección 3ª bajo el título “*De las medidas de protección relativas al ejercicio **inadecuado de la potestad de guarda** o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente*”, en el **artículo 87** se dispone lo siguiente:

*“Se aplicarán las disposiciones de esta Sección para adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los **artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del Código Civil**. Y en concreto:*

*a) Para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas **en el artículo 158 del Código Civil**.*

---

<sup>6</sup> GARZÓN XIMÉNEZ, A. Disponible en < <https://legal-2000.com/articulo-158-codigo-civil/>>. (Consultado el seis de octubre de 2020)

*b) Para el nombramiento de un administrador judicial para la administración de los bienes adquiridos por el hijo por sucesión en la que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y no se hubiera designado por el causante persona para ello, ni pudiera tampoco desempeñar dicha función el otro progenitor.*

*c) Para atribuir a los progenitores que carecieren de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera.*

*d) Para la adopción de las medidas necesarias para asegurar y proteger los bienes de los hijos, exigir caución o fianza para continuar los progenitores con su administración o incluso nombrar un Administrador cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo.*

*Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos hubiera sido establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial.*

*Las medidas a que se refiere este Capítulo se adoptarán **de oficio o a instancia del propio afectado, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal.** Cuando se soliciten respecto de una persona con capacidad modificada judicialmente, podrán adoptarse asimismo a instancia de cualquier interesado.”*

### **Algunos supuestos prácticos**

En primer lugar, me gustaría comentar brevemente la siguiente resolución; **AUTO DE 9 DE DICIEMBRE DE 2016 (CASO “NADIA”)** previo a la AP de Lleida de 1 de marzo de 2017. El Juez de la Seu d’Urgell, instructor del caso sobre un presunto delito de estafa en la que los investigados se habrían valido de la enfermedad de una menor para recaudar dinero, dictó el 9 de diciembre de 2016 dos autos de los que los medios se hicieron eco: en uno de ellos acordaba la prisión provisional, comunicada y sin fianza, del padre de la menor, y en el otro adoptaba como medidas cautelares civiles necesarias para proteger a la niña la suspensión de la patria potestad, tanto del padre como de la madre. El auto del Juez comienza señalando que está obligado a adoptar alguna de las posibles decisiones previstas en la ley para proteger a la víctima.

Para ello se remite al artículo 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo introducido por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito), que establece que en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, y para proteger a la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, el juez o tribunal adoptará alguna de las medidas que a continuación relaciona. Entre ellas, la más grave es la de suspender la patria potestad (también, en su caso, la tutela, curatela, guarda o acogimiento) de alguno de los progenitores.

En este caso, prevé la norma, podrá fijarse un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse. Además, el auto señala que tanto el artículo 158 del Código Civil, como el artículo 236.3 del Código Civil Catalán le facultan para adoptar las medidas de protección necesarias en favor de la menor. Esta medida, solicitada por el Ministerio Fiscal y tomada en una situación de riesgo para el menor, siempre es comunicada a la entidad

pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal.<sup>7</sup>

Por otro lado, el **AUTO DEL TS 22 DE FEBRERO DE 2017, “CASO PALMA”** de la STS recurrida en apelación ante la AP de Palma de Mallorca, nº 30/2017 narra como en un principio la custodia de dos menores queda a partes iguales entre el padre y la madre. Al poco tiempo, el hijo (el mayor de los dos hermanos) empieza a *“residir permanentemente con su padre, evidenciando un comportamiento rebelde, y antisocial, teniendo problemas con la policía local, con frecuentes sanciones escolares, absentismo escolar, consumo de marihuana, etc. que desbordaban las pautas educativas de su padre y suscitaban controversias con la madre”*. A los pocos meses padre e hijo tienen un fuerte altercado y el padre le denuncia ante la guardia civil, posteriormente se explora al menor, quien relata lo siguiente *“que, si vivía con su padre, era porque se cabreaba si quería ir a pasar unos días con su madre, hasta que no aguantó más, y se enfrentó a él hacía 2 años. “que antes, le daba palizas de las largas, de las que no duran 10 minutos, me enfrente a él y dejó de tocarme...me compraba cosas para que me quedara, hablaba de mi madre como si fuese una puta, también hacía lo mismo con mi hermana pequeña (ahora tiene 9 años de edad), casi lo mismo; que después de una paliza me ponía llorar, nunca se lo conté a ninguna amigo, ni policía ni Guardia civil, ni a mi madre, que después me decía hijo mío, tú sabes que después me pongo tranquilo en 10 minutos.” Y que quería vivir para siempre con su madre.*

A partir de la fecha calendada, y sin otra información que la proporcionada por el hijo, la madre, impidió el régimen de guarda y custodia respecto de la otra hija

Lo que determinó, en el ínterin, la interposición de 17 denuncias policiales por parte del padre, así como la interposición de procedimiento de ejecución forzosa de proceso de familia ante el Juzgado de Primera instancia nº 3 de Palma, al tiempo que D<sup>a</sup>. Santiago, en escrito de 28 de noviembre de 2.011 dirigido también al

---

<sup>7</sup> BOADO OLABARRIETA, M., “Privation of minors’ custody in penal and civil process” *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 47, enero 2019, pp 77-78.

Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma, instaba demanda para que, con carácter urgente y previo, es decir, articulando dicha petición a través del 158 del CC, ambos hijos, se atribuyera la guarda y custodia a la madre, y no se fijara régimen de visitas a favor del padre (autos de Jurisdicción voluntaria 1280/11).

En los autos de Jurisdicción voluntaria nº 1280/2011, recayó Auto en el que, pese a no constatarse que la menor se encontrara en situación de peligro que hiciera necesaria la adopción de medidas urgentes, siguiendo recomendaciones del psicólogo, se **acordó atribuir la Guarda y custodia de la hija**, a la madre, estableciéndose un régimen de visitas para el padre.

En la demanda de solicitud de modificación de medidas, instada por la acusada, recayó sentencia en primera instancia en fecha 25 de julio de 2.013, en virtud de la cual, estimándose en parte la demanda, se acordaba atribuir la guarda y custodia de la hija Constanza a la madre, y establecer un régimen de visitas en favor del padre.

Dicho pronunciamiento, **fue íntegramente revocado por la sentencia de la Ilma. A. Provincial de Palma en sentencia** de 8 de abril de 2.014, acordándose estar al sistema de guarda y custodia compartida acordado en sentencia de divorcio, y precisamente porque la Juez "a quo" indicaba "que no se había acreditado ni mínimamente la existencia de malos tratos del padre hacia sus hijos".

Se observa en este caso como en un principio sí que se otorgan esas medidas urgentes del artículo 158 del CC, pero, una vez analizado el fondo, éstas desaparecen, pese a evidenciarse que los menores han sido víctimas de violencia doméstica, dice así la sentencia: *"De nuevo destacamos la **tramitación** que se ha llevado en el juzgado de familia, comprobamos que en los mismos no se refleja el miedo a que la menor sufriera agresiones físicas sino otros extremos y problemas que se venían repitiendo desde el inicio de la separación y que, por tanto, no podían justificar el impedimento del cumplimiento de la guarda y custodia compartida, acudiendo sin una causa de peso, valorando la lamentable forma de comunicarse de los progenitores, a la vía de los hechos, como dice la sentencia " a las bravas"*.

*“Se presentó al acto de la vista el incidente vía artículo 158 "por apreciar peligro objetivo y fundado para el interés y bienestar de los menores " y respecto de la menor se indica " la niña, si bien no ha sido el foco de atención, porque en realidad todos los problemas los acaparaba su hermano mayor, en la actualidad y debido a los problemas familiares que existen en el núcleo familiar del padre, sí que presenta estos problemas. Ya el menor en su exploración pone de manifiesto **que su padre se comporta igual con su hermana y la madre, insiste que el padre propicia una actuación de maltrato hacia su hija menor. La niña, aunque con cierta cautela y miedo, cuenta episodios de peleas, de discusiones con su padre y expone el comportamiento de éste hacia ella. Los hechos que se han desarrollado recientemente han hecho saltar las alarmas y la menor ha sido explorada donde igual que su hermano, aseveró la situación que vive en casa de su padre". Se trata de aseveraciones generales que no vienen acompañadas por la denuncia ni por la exploración mencionada, que no han sido aportadas a la causa, ni se ha solicitado el testimonio de los hijos.**”*

En resumen, en este caso no se considera que las lesiones que infiere el padre a los menores sean de suficiente entidad como para retirar la custodia compartida, aunque, en un primer momento, a través del artículo **158 del CC** sí que se llegó a apreciar, por esta razón dichas medidas están destinadas a situaciones de excepcionalidad. Se trata de medidas cautelares y se toman en circunstancias de necesidad y urgencia.

Para finalizar este epígrafe y poder dirigir la atención a la vertiente práctica de nuestro supuesto de hecho, quisiera referirme a un último caso brevemente, **se trata de un AUTO 13 DE MAYO DE 2005 DE LA AP DE ZARAGOZA, “CASO ZARAGOZA”** sección 5ª, en este caso, como consecuencia de unas diligencias penales abiertas al matrimonio, en cuestión, originario de Gambia, se averiguó que sus dos hijas mayores habían sido sometidas en el país de origen de ambos a un proceso de «ablación genital». Ante la sospecha de que pudieran sufrir idéntico trato las dos hijas menores se acordó, primero por el Juzgado de Instrucción y después por el Juzgado de familia, una medida de protección respecto a las

mismas, consistente en ordenar el cierre del territorio nacional para dichas menores, prohibiendo la concesión de pasaporte para las mismas. Todo ello a tenor del **artículo 158 del CC**. Recurren esta decisión los padres por entender que ellos nunca han aprobado esa práctica y que desconocían su realización cuando se efectuó en su país, al parecer por mediación de la madre del esposo. También consideran que es excesiva la medida, pues los padres se comprometen a no realizar dicha práctica con sus hijas menores. Además, la prohibición de viajar a su país, Gambia, impide a los familiares conocer a las hijas menores del matrimonio, lo que viola el **artículo 160 del CC**.

Es cierto que la medida adoptada supone una importante limitación de movimientos para las menores y que no se trata de una medida habitual. Sin embargo, el artículo 158 del CC regula específicamente medidas similares, además de otras genéricas o innominadas que permitan una protección inmediata, efectiva y adecuada de las menores expuestas a situaciones de riesgo.

El auto acaba declarando lo siguiente: *“Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de D. Enrique y D<sup>a</sup> Araceli, debemos matizar la medida adoptada en el auto de 15 de diciembre de 2004, en el sentido de que los pertinentes servicios sociales deberán de seguir colaborando con dicha familia. De tal manera que realizados los informes que se consideren necesarios, pueda alzarse la medida recurrida o delimitarse adecuadamente, manteniéndose por el momento”*.

Tras un breve análisis jurisprudencial, podemos determinar que, en la gran mayoría de supuestos donde es de aplicación el 158 del CC, son casos con un componente de tipo penal, ya que es, cuando se puede apreciar ese peligro, ese riesgo al que está expuesto el menor y que motiva el uso de estas medidas excepcionales.

## PARTE PRÁCTICA

En el caso que nos ocupa, en el apartado de la ejecución, el día 11 de diciembre la parte demandante promueve dos escritos, uno que amplía la demanda de ejecución y el otro que impugna la oposición al despacho de ejecución, pero, además promueve un tercer escrito en el que se **solicitan nuevamente medidas urgentes de protección de las menores** contra la madre, al amparo de los artículos 158 del CC, 721, 726 y 733.2 de la LEC, alegando y solicitando lo siguiente:

- Incumplimiento reiterado del régimen de visitas impuesto por sentencia.
- Solicita una modificación del régimen de guarda y custodia ya que el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas puede conllevar una modificación de medidas.
- Manifiesta que la madre no ha obrado correctamente en el ejercicio de la patria potestad creando la progenitora en la menor un rechazo de la figura paterna, además, acusa a la madre de un delito continuado de desobediencia.
- Alega el carácter temporal y excepcional de los PEF y vuelve a acusar a la madre de haber posicionado a las menores en contra del padre
- Insiste en el ejercicio abusivo del derecho de guarda y custodia ya que, según la parte actora *“ha sido incapaz de separar el conflicto de pareja*.
- Insta medidas urgentes y necesarias en aras a un peligro inminente para las menores debido a un incumplimiento grave de un deber jurídico

Si se atiende a la intencionalidad de este escrito, se extrae la siguiente conclusión: dado que la madre ha hecho *“caso omiso a la sentencia”* (extremo que ya se resolvió en el apartado de la ejecución) y ha desobedecido intencionadamente las peticiones de ejecución que instó la parte contraria, se solicita, por la vía del CC art.158 de forma urgente, un régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con su progenitor que asegure una adecuada relación entre ambos *“en aras a*

tener un **régimen normatizado** y en concreto durante estas navidades y los periodos siguientes de este padre para con sus hijas menores.”. El objetivo del padre a la hora de promover dichos escritos, como puse de manifiesto en el resumen, siempre fue el de conseguir que las navidades las pasara junto a sus hijas, pero ¿realmente el PEF hubiese consentido tal propósito? En un primer momento así fue, pero, como dije anteriormente, cuando las niñas recibieron la noticia rechazaron tal posibilidad manifestando un bloqueo mental junto a una crisis de ansiedad, por lo que, el PEF rectificó y, para no comprometer los avances que se habían conseguido a lo largo de las visitas, decidieron no precipitarse, negando la posibilidad de pernocta entre padre e hijas y además, aconsejando a los padres la atención psicológica a través de un profesional, a lo que ambos progenitores dieron su consentimiento.

En primer lugar, quería hacer alusión a un aspecto que considero de suma importancia. En el decreto del despacho de la ejecución, en concreto en su parte dispositiva, se señala lo siguiente: “*Se apercibe a la ejecutada de que, si en el plazo indicado no cumple lo ordenado: se podrán imponer multas coercitivas mensuales que se mantendrán todo el tiempo que sea necesario. Se apercibe que, si incumple reiteradamente las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como no guardador, podrá acordarse por el Tribunal la modificación del régimen de guarda y visitas (art. 776 – 3ª de la LEC).*”

Es cierto pues, que si nos encontramos ante un incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas podría dar lugar a que, de oficio, se llegara a modificar el régimen de guarda y visitas, pero ¿realmente ha habido un incumplimiento reiterado? Es decir, un incumplimiento con suficiente entidad como para que el tribunal, de oficio, pudiese llegar a modificar las medidas adoptadas, pero ya no solo eso, ¿ha habido tal incumplimiento? Vuelvo a remitirme a lo dicho anteriormente, es el PEF el que tiene que articular los términos de las visitas, dichos servicios no se pronunciaron tras tener constancia de la denuncia por abusos sexuales. Con lo cual, se puede afirmar categóricamente que no ha habido tal incumplimiento que alega la parte demandante, por lo tanto, lo que solicita dicha

parte carece en absoluto de la cobertura legal necesaria para modificar las medidas adoptadas en la sentencia.

La parte demandante funda su petición en que se adopten las medidas oportunas a fin de apartar a las menores de un peligro o de causarle perjuicios, ya que, según la parte actora estas menores se encuentran en situación de desamparo (se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material)<sup>8</sup>. En este caso el juzgado no apreció tal desamparo por lo que tuvo que desestimar la petición de medidas urgentes, además el auto da un toque de atención y declara lo siguiente *“es de mencionar la existencia de un procedimiento de ejecución derivado del presunto incumplimiento del régimen de visitas, en el cual se dilucidarán los motivos del presunto incumplimiento del régimen de visitas. Por ende, no cabía en este procedimiento tratar la misma materia.”*, establece pues, que hay una vista fijada para solucionar dicho procedimiento de ejecución y que, pese a las alegaciones constantes del incumplimiento de la sentencia que se observan en el escrito de solicitud de medidas urgentes, el juzgador no puede pronunciarse al respecto.

Además, cabe traer a colación que en el Auto la juzgadora puso de manifiesto la siguiente puntualización *“Finalmente, de la prueba celebrada durante el plenario, nada se puede concluir que permita pensar que las menores se hallan en situación de desamparo y, por ende, no procede modificación de las medidas, sin perjuicio del derecho que asiste a las partes para la iniciación de un procedimiento ad hoc.”*, la pregunta es ¿ a qué se refiere cuando hace referencia a *“un procedimiento ad hoc”*? unas líneas más abajo aclara lo siguiente *“en consecuencia, de la prueba practicada, y siguiendo los informes de las profesionales que constan en la causa, no procede acordar las medidas,*

---

<sup>8</sup> NIETO MORALES C, TORRES REVIRIEGO M, ZAMORA SEGOVIA M, HERNANDO RAMOS S., “desamparo” en *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*, Dykinson 2016, pp 183.

*excepcionales y de urgencia en aras de regularizar una situación fáctica perentoria que caracterizan este trámite procesal, sin perjuicio de iniciar el procedimiento de modificación de medidas que se estime oportuno.”*

Por lo tanto, lo que pretende poner el juzgador de relieve es que se debería de haber procedido de una manera distinta, acudiendo a otro procedimiento, en concreto, **al procedimiento de modificación de medidas**. Si se observa atentamente el escrito, la parte demandada solicita las medidas urgentes del artículo 158 del CC y detalla, a su vez, un **nuevo régimen de visitas**, que nada tiene que ver con el que dictó la sentencia del 8 de febrero de 2018, es más, desvirtúa el verdadero espíritu de la resolución eludiendo el fin perseguido, que es, en definitiva, procurar un acercamiento entre padre e hijas respetando los tiempos y la evolución de las menores.

### **Procedimiento de modificación de medidas**

De acuerdo con los art. 91 del CC y 775 de la LEC. El artículo 91 del CC dispone lo siguiente *“En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se **alteren sustancialmente las circunstancias**”*.

Las medidas definitivas adoptadas por la autoridad judicial en los procesos de familia serán susceptibles de modificación siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias que sirvieron de base para fijarlas en su momento y se trate de una variación permanente o duradera y no meramente coyuntural<sup>9</sup>. La

---

<sup>9</sup> PEREZ MARTIN JAVIER A., *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, Valladolid, 2007, pp. 33-37.

primera pregunta que me viene a la cabeza es: ¿han variado las circunstancias iniciales que sirvieron de apoyo para fundamentar el régimen de visitas? Considero que sí, pero no por las razones que alega la parte demandante, si no, porque las niñas han acusado al padre de abusos sexuales, razón suficiente como para suspender el régimen de visitas. Dicho extremo se tendrá que resolver por el juez competente, es decir, el juzgado de lo penal.

### **Alteración de las circunstancias**

Según la STS de la AP sección 2 de Cantabria N° 90/2019 del 21 de febrero de 2019, *“El art. 91 del CC prevé que las medidas adoptadas en procesos de nulidad, separación o divorcio pueden ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias consideradas para su adopción. En consecuencia, de acuerdo a los criterios constantes de nuestros tribunales (y de esta Sala, muestra de lo cual son las sentencias de 19 de febrero de 2009 y 12 de marzo de 2013) deben concurrir los siguientes requisitos o condiciones:*

*a) Que los hechos en los que se base la demanda de modificación se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas -o a circunstancias anteriores pero desconocidas de las partes- y desde luego no previstas ni razonablemente previsibles en el momento de su adopción, instante por tanto que debe ser tomado como término inicial de comparación.*

*b) Que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida, en el sentido de que debe tratarse de una alteración sustancial -importante desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo- hasta el punto de que permita entender alterado el equilibrio por definición existente en las medidas originales.*

*c) Que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio, evitando así que situaciones meramente transitorias y coyunturales sirvan para modificar lo acordado con vocación de estabilidad y permanencia.*

d) *Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación; o, dicho de otra manera, que en modo alguno pueda serle imputable.*

e) *Que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias.*”

La jurisprudencia tiene muy claro que el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento en sí mismo para negar su transformación en custodia compartida. (i) Sentencia 561/2018, de 10 de octubre. (la modificación de la medida no tiene que sustentarse en un cambio «**sustancial**», pero sí cierto, de las **circunstancias**).

*“Con reiteración ha dicho esta Sala que las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños, en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tienen que sustentarse en un cambio «**sustancial**», pero sí cierto, de las **circunstancias**, lo que obliga a los tribunales a decidir cuál es lo que más les conviene, y lo que no conviene en este caso a la hija es lo que ha hecho la sentencia obviando, de un lado, la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre los criterios de aplicación en casos como el enjuiciado de modificación de medidas, acudiendo a lo que nadie había planteado, como es la no ejecución provisional de la sentencia, para vincularlo con absoluto simplismo al interés de la niña en continuar con la madre como viene haciéndolo desde el año 2011. El hecho de no ejecutar la sentencia no permite deducir desinterés por la situación de la niña, más bien prudencia por lo que podría pasar y finalmente pasó.”*

Como ha declarado esta sala, en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (sentencias 390/2015, de 26 de junio, 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre).

Esta sentencia es posiblemente una de las más importantes en orden a valorar las **circunstancias** del cambio de circunstancias en un supuesto en el que mediaba un escaso espacio de tiempo entre las medidas objeto del incidente de modificación y la demanda formulada. Se casa la sentencia de la Audiencia Provincial que argumentaba lo siguiente:

*«...ambas partes convinieron las medidas que habían de regir en el futuro sus relaciones y en ellas se dispuso que la menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida, alterando una situación que se viene desarrollando de forma adecuada y que responde a lo querido por los progenitores». Nada más dice. Nada dice que el padre es "buen padre de familia", como señala el Juzgado en la sentencia que ratifica la Audiencia, circunstancia que no se niega ni se discute, y nada argumenta tampoco sobre la evolución natural de la menor desde que el convenio se aprueba hasta ahora especialmente referida a un momento importante como es para la niña el del inicio de su etapa escolar, y la menor dependencia de sus padres».*

La respuesta de la Sala es la siguiente:

*“La sentencia solo ha valorado el convenio regulador anterior sin tener en cuenta este cambio de circunstancias que propician un régimen de custodia distinto, como tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad.”*

Una cosa es que al tiempo de la quiebra de la unidad familiar, ambos progenitores consideraran que tal alternativa era la que mejor se adaptaba a las necesidades de la niña, y otra distinta que el simple transcurso del tiempo, dice la sentencia, apelando a la cosa juzgada y a la seguridad jurídica, **no tenga entidad suficiente** para modificar un status que, hasta el presente, ha ofrecido las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado de la niña, y que podría verse afectada negativamente por el régimen de alternancia que postula el

apelante, por más que el mismo ofrezca, al menos en teoría, las aptitudes necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora, la función debatida, ignorando que en la actualidad el régimen de estancias es muy amplio y flexible ya que, como reconoce la esposa, la menor está con el padre todos los miércoles hasta el jueves, además de los lunes alternos, los fines de semana alternos desde el viernes hasta el lunes, y la mitad de las vacaciones.

En primer lugar - STS 18-11-2014 -, el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual, como resulta de la sentencia de 29 de noviembre de 2013 .

En segundo lugar, lo que se pretende con esta medida -dice la misma sentencia- es *"asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor"* y, en definitiva, *"aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos"*.

En tercer lugar, la rutina en los hábitos de la niña que resultan del régimen impuesto en el convenio regulador no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, de una forma responsable.

Por consiguiente, la valoración del interés de la menor... no ha quedado adecuadamente salvaguardado. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior». (iii) Sentencia 529/2017, de 27 de septiembre

Es por ello por lo que: *“Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, Rc. 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque:*

*(i) la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años;*

*(ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado.”*

Por tanto, condiciones para atender a una modificación de circunstancias sí que existen, sin que sea óbice al cambio de régimen el que el precedente monoparental y con amplio régimen de visitas funcionase correctamente (SSTS de 28 de enero de 2016 y 16 de septiembre de 2016)». (iv) Sentencia 564/2017, de 17 de octubre. (alteración de circunstancias que no justifica el cambio del régimen de custodia, pese a que la monoparental era prácticamente del 50%).

Ello lo sustenta en el cambio de circunstancias acaecidas dado el tiempo transcurrido desde la sentencia de divorcio (4/4/2006), cuyas medidas de custodia se han modificado en dos ulteriores procedimientos de modificación de medidas, hasta conseguir que en la actualidad pase la niña... (21-4-2009) dos tardes con pernocta

con cada progenitor y los fines de semana alternos, más la mitad de las vacaciones para cada uno.

Esta sala debe declarar que no cabe recurso de casación para obtener un cambio de denominación en el sistema de custodia, pues el régimen de visitas no varía, dado que el recurrente pretende mantener el mismo sistema de estancias de los menores, que el conseguido en la última modificación de medidas, de lo que se deduce que no hay un cambio sustancial de circunstancias que justifique la pretensión del recurrente (arts. 90 f y 92 del Código Civil)». (iv) Sentencia 215/2019, de 5 de abril (cambio cierto: artículo 91 CC). «Como esta sala ha declarado en sentencia 31/2019 de 19 de diciembre, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio "cierto" de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores (artº 91 del Civil).

En el presente caso, dado que el menor contaba con meses cuando los progenitores rompieron su convivencia, que en la actualidad tiene siete años y que en anterior procedimiento ya se anunciaba la posibilidad de un cambio en el sistema de custodia, debemos concluir que se aprecia un cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, como para posibilitar un cambio de custodia en interés del menor, unido ello al informe psicosocial favorable. En este sentido, se ha de casar la sentencia recurrida al no tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre cambio de medida»<sup>10</sup>.

Una vez analizado, brevemente, los extremos más relevantes del procedimiento de modificación de medidas, podemos ratificar que, en el caso que nos ocupa, se observa claramente que no se reúnen los requisitos y premisas necesarias para que el juez ordene una modificación de medidas definitivas. Aunque esto no significa que el juez a la hora de resolver la solicitud de medidas urgentes

<sup>10</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Cambio de circunstancias” en *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Núm. 197, octubre 2020, (Revista de derecho Vlex), 2003, pp 76- 80.

del 158 del CC no mencionare el procedimiento que debería de seguir la parte contraria para materializar lo que realmente está solicitando. Lo manifiesta en el Auto, en concreto cuando sugiere lo siguiente: *“Finalmente, de la prueba celebrada durante el plenario, nada se puede concluir que permita pensar que las menores se hallan en situación de desamparo y, por ende, no procede modificación de las medidas, sin perjuicio del derecho que asiste a las partes para la iniciación de un procedimiento ad hoc.”* (...) en consecuencia, de la prueba practicada, y siguiendo los informes de las profesionales que constan en la causa, no procede acordar las medidas, excepcionales y de urgencia en aras de regularizar una situación fáctica perentoria que caracterizan este trámite procesal, *sin perjuicio de iniciar el procedimiento de modificación de medidas que se estime oportuno.”*

Para finalizar, es interesante resaltar que la intención que subyace a la hora de solicitar las medidas urgentes de 158 del CC y no una modificación de medidas definitivas, no era otra que la de que las menores pasaran las vacaciones con su padre, y la vía “rápida” era solicitar unas medidas cautelares, por esta razón el juez le advierte diciéndole que debe optar por otro procedimiento y rechaza la petición al no observar desamparo en el comportamiento de la madre con las menores.

### **Distinción entre patria potestad y régimen de visitas**

En el escrito de solicitud de medidas, en los motivos que fundamentan la petición bajo el título *“EJERCICIO INADECUADO de la patria potestad CREANDO LA PROGENITORA EN LA MENOR UN RECHAZO DEL PADRE. EN UN INTENTO DE TRANSFORMAR LA CONCIENCIA DE SUS HIJOS. DELITO CONTINUADO DE DESOBEDIENCIA”* se manifiesta lo siguiente: *“La Señora X, es quien le incumbe facilitar y posibilitar los contactos con sus hijas con su padre, pues tiene el deber constitucional de velar por las hijas menores y brindarles protección integral, dentro de lo cual se incardina lo necesario para asegurar el correcto desarrollo de su personalidad.*

*No podemos dejar de olvidar, tal y como manifestaré más adelante, que este régimen se desarrolla bajo la supervisión del PEF, y las menores pueden ser supervisadas por los profesionales que trabajan en el centro, por lo tanto la progenitora debería haber transmitido cualquier peligro que hubiese observado en relación de su padre con las menores, y por lo tanto la obstrucción directa al ejercicio del derecho de manera arbitraria y por decisión unilateral constituye un ejercicio no solo inadecuado sino abusivo de la guarda y custodia.*

*Dejándose claro y patente que la conducta de la madre viene motivada por motivos o ánimos espurios resentimiento o venganza con la interposición de la correspondiente denuncia falsa. Tal y como demostraremos.”*

- La parte contraria confunde los términos de patria potestad y régimen de visitas, cuando nos referimos a patria potestad hacemos referencia al conjunto de **derechos y obligaciones** que los padres tienen para con sus hijos: protección, educación, alimentos, alojamiento, salud, formación, higiene, crianza, etc. En definitiva, todo aquello que un menor necesita para su completo desarrollo y que aún no puede procurarse por sí mismo.

Para muchos, es suficiente con que se diga que la patria potestad es toda obligación y responsabilidad derivada del hecho de ser padre, para garantizar el adecuado desarrollo y el bienestar de los hijos.

Por norma general, la patria potestad **recae sobre ambos progenitores** y solo se pierde cuando un juez estima que el progenitor no cumple con sus deberes y obligaciones como padre, no está capacitado para ello o el menor ha sido dado en adopción. Igualmente, la patria potestad expira con la mayoría de edad de los hijos y su capacidad para cuidarse solos.

Y en cuanto al régimen de visitas, según el **artículo 94 del CC**, se refiere a que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados **gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía**. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Es destacable la confusión ya que es el juez quien, a la hora de un divorcio o separación tiene que determinar dichas visitas, a no ser que sea un divorcio amistoso, que, en tal caso, serán los progenitores quienes a través del convenio lo determinen, y el juez tendrá que confirmarlo velando por el interés de los menores involucrados.

En cuanto al segundo párrafo, la afirmación sobre que la madre no alertó de ningún peligro que corrían las niñas con su padre al PEF es totalmente falso, ya que la madre en cuanto puso la denuncia se lo comunicó directamente para que el PEF tuvieran constancia de los hechos delictivos y actuasen en consecuencia.

Finalmente, en cuanto al delito continuado de desobediencia no hace mención alguna más que en el título, con lo cual, al no esgrimir la parte actora argumentos que lo justifiquen, no procederé a debatir acerca de la acusación.

## LA NULIDAD DE ACTUACIONES

### PARTE TEÓRICA

Según el artículo **225 de la LEC** se podrá solicitar la nulidad de las actuaciones y declarar la posterior nulidad de los actos procesales cuando se incurra en alguna de las siguientes causas:

- Cuando se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
- Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.
- Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.
- Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria.
- Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Letrado de la Administración de Justicia.

- Cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia.

- En los demás casos en que esta ley así lo establezca

Dispone el art. 227.2 LEC, que el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiera recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

Para que sea procedente la declaración de nulidad de actuaciones judiciales, se precisa la concurrencia de tres requisitos:

- La existencia de una infracción procesal sustancial, por lo que, no cualquier infracción de las normas procedimentales determina la nulidad de actuaciones.

- Que, como consecuencia directa de tal infracción, se haya producido indefensión. Señala, al respecto el Tribunal Constitucional que la indefensión relevante, a efectos de la nulidad de actuaciones, no tiene lugar siempre que se vulnere cualquier norma procesal, sino solo cuando con esa vulneración se provocan **consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa**, y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella (STC 48/1986), y, por lo tanto, dicha indefensión es algo distinto de la indefensión meramente procesal, pues debe alcanzar un significado material, produciendo una lesión efectiva en el derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE (SSTC 18/1983 y 102/1987), requiriéndose además que tal indefensión no esté causada por la propia postura procesal de quien alega haberla sufrido (SSTC 66/1986 y 54/1987). En consecuencia, la indefensión relevante conlleva la introducción de factores distintos del mero respeto de las normas procesales, consistiendo sustancialmente en la prohibición del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por la decisión judicial.

Como señala la SAP Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 2016: "(...) Solo es posible declarar la nulidad de actuaciones cuando se prescinde total y

*absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley, o por infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión, y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 238, y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se precisa de una infracción 12 procesal sustancial, que produzca de modo material indefensión, con consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella (Tribunal Constitucional sentencia 48/86, de 23 de abril, entre otras) por lo que la indefensión con consecuencias reales es algo distinto de la indefensión meramente procesal, pues exige que alcance un significado material, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución (sentencia 102/1987, de 17 de junio, entre otras), requiriéndose además que tal indefensión tenga su motivo por causas ajenas a la propia actividad procesal de las partes, pues no puede invocarse la indefensión cuando la razón de la misma se debe de manera exclusiva y relevante a la inactividad, por falta de diligencia procesal exigible, del lesionado, o porque se ha generado una actuación desacertada, equivocada o errónea, diligencias referidas al aspecto personal y procesal, afectante a la parte, a su abogado y procurador, por lo que las eventuales lesiones resultantes de las relaciones entre el interesado y su representación no se amparan constitucionalmente, pues en estos casos tal indefensión no es atribuible a los Poderes Públicos".*

- Que la infracción determinante de la indefensión no encuentre, en las normas procesales, otro medio de subsanación (AP Madrid, Sección 22.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2013). Se establece un carácter subsidiario y su absorción en el sistema de recursos, de modo que no podrá promoverse dicho incidente cuando pueda repararse el defecto a través del oportuno recurso.

## PARTE PRÁCTICA

En nuestro caso, la parte demandante promueve dos escritos de nulidad de actuaciones en ambos procedimientos (despacho de la ejecución y solicitud de medidas urgentes del artículo 158 CC), en concreto, el día 24 de diciembre de 2019 y el 26 de diciembre de 2019. La solicitud de ambos se encuentra motivada por la misma razón y es que, cuando se procede a señalar vista, la parte demandada y el MF solicitan su aplazamiento ya que entienden que es crucial la intervención de un profesional del PEF en calidad de testigo, el juzgado lo ve conveniente y retrasa la vista, aproximadamente tres semanas en ambos procedimientos y, por economía procesal, se celebran el mismo día de forma continuada.

Asimismo, ambos escritos justifican jurídicamente su petición en base a los mismos argumentos, los cuales mencionaré y, posteriormente iré detallando los aspectos más relevantes de cada uno:

- Preclusión del plazo a la hora de aportar documentos y admisión de pruebas impertinentes.
- Irregularidades procesales en la exploración de las menores por parte del juez.
- suspensión de la vista con el único fin de dilatar el procedimiento y señala que ha habido graves circunstancias que aconsejan la intervención judicial como es la privación de la patria potestad.

### **Impugnación de la prueba aportada.**

Según el artículo 17.3 de la LJV *“Los interesados serán citados a la comparecencia con al menos quince días de antelación a su celebración, avisándoles de que deberán acudir a aquélla con los medios de prueba de que intenten valerse. La citación se practicará en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen.*

*Si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente.”*

La parte demandante alega que se han aportado pruebas fuera del plazo establecido, pero si acudimos al artículo 752 de la LEC, el cual tiene una decisiva importancia en el ámbito probatorio de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores:

*“1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que*

*hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en*

*que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.*

*Sin perjuicio de las **pruebas** que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.*

*2. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.*

*3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable asimismo a la segunda instancia.*

*4. Respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refieren este título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden*

*disponer libremente según la legislación civil aplicable, no serán de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores.”*

Estamos ante un precepto de **excepción**; lo es desde la perspectiva del art. 216 y desde la del art. 282 con arreglo al cual “*las **pruebas** se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas **pruebas** o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.*”. Veamos algunos extremos del citado precepto:

a) El apartado 1 del art. 752 regula una **excepción** a lo que disponen los arts. 136 (**preclusión**) y 400 (**preclusión** de alegación de hechos y fundamentos jurídicos).

A la hora de decidir, el tribunal deberá tener en cuenta todos los hechos que hayan tenido acceso al proceso con tal de que hayan sido objeto de debate y resulten probados. Se refiere el precepto a hechos alegados o introducidos “de otra manera” en el proceso. La expresión no puede comprender la posibilidad de aportación de hechos por el juez, en la medida que ello supone alterar las bases mismas de lo que es un proceso; una aportación de hechos por el juez comportaría la asunción por este de un cometido que es propio de las partes; en rigor, no podría hablarse de proceso. Lo que se admite es la **entrada de hechos por vía distinta de las alegaciones de las partes**, por ejemplo, a través de la actividad probatoria misma incluida la que fuera promovida por el tribunal en el ejercicio de las facultades que le confieren los arts. 752 y 770.4<sup>a</sup>.

Esta laxitud alegatoria se da también en la segunda instancia (art. 752.3), por lo que, llegada esta, las partes podrán alegar hechos, incluidos los que eran ya conocidos en la primera instancia y no fueron allí alegados; el juez podrá valerse de ellos en la sentencia a condición de que hubieran sido objeto de debate y resulten probados

b) El art. 752.1.2 atribuye al tribunal amplios poderes en relación con la práctica de prueba, pues con independencia de las practicadas a instancia de las demás partes o del Ministerio Fiscal, el tribunal “*podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.*” Se materializa en este precepto la **excepción** ya anunciada en el

art. 282.4 En palabras de Abel Lluch el art. 752.1 “*constituye la manifestación por excelencia de la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil, quebrando la regla general contenida en el art. 282 LEC, en cuya proposición primera se dispone que las **pruebas** se practicarán a instancia de parte.*”

Es importante resaltar que el hecho de que el juez tenga unas amplísimas facultades en orden a acordar la práctica de **pruebas**, no significa que su decisión sea inatacable e incontrolable; las partes pueden impugnar la decisión del juez; las razones pueden ser de índole diversa: error del juez que acuerda prueba que ya está en los autos, o la prueba acordada de oficio se refiere a materias sometidas a la libre disposición de las partes, o no se ajusta a las prescripciones del art. 283 (sería un contrasentido que el tribunal se concediese el «privilegio» de poder acordar una prueba que él podría –o mejor, debía denegar legalmente a las partes). Precisamente, para facilitar ese control, Abel Lluch llama la atención sobre la conveniencia de que el juez, al tiempo de acordar la prueba de oficio, motive, siquiera sucintamente, su decisión. Las facultades del juez en orden a la práctica de oficio de prueba se reiteran en otros preceptos:

1º. En el art. 771.3, a propósito, las medidas provisionales previas y en el 773.3 que trata de las medidas coetáneas (donde se remite al precepto anterior). Se practica la prueba que las partes propongan, así como la que el tribunal acuerde de oficio. Hay que entender, como es lógico, que la iniciativa probatoria de oficio se refiere a las medidas de los arts. 102 y 103 regidas por normas de ius cogens, es decir, sobre las que las partes no tienen disponibilidad.

2º. Cuando se trata de procesos matrimoniales contenciosos, dispone el art. 770.4ª que: «el Tribunal podrá acordar de oficio las **pruebas** que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que

afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable.»<sup>11</sup>

En el caso que nos ocupa, el padre alega que se ha traído a colación una prueba que ha sido generada sin consentimiento de él, se trata del informe emitido por un organismo público especializado, en este caso se trata de la Oficina de Asistencia Víctimas, además señala que no se tuvo la oportunidad de examinar el contenido del mismo en la vista y que por esa razón proceden a impugnar el contenido ya que *“la psicóloga ha redactado un contenido totalmente falso y erróneo”*. La parte contraria responde aduciendo que el padre sí que era conocedor del hecho de que las hijas acudían a ese centro, ya que él consintió cuando firmó el documento para que fueran examinadas por dicho especialista, de lo contrario se estaría vulnerando la patria potestad, ya que corresponde a ambos progenitores decidir qué profesional tratará a sus hijas.

En cuanto al argumento alegado por la parte demandante sobre la falta de tiempo para poder examinar los documentos, el auto que resuelve la incidencia de la nulidad de actuaciones expone lo siguiente: *“Ambas vistas se celebraron de forma consecutiva, por economía procesal. Sin embargo, los documentos fueron los mismos, por lo que la letrada que solicita nulidad tuvo tiempo para examinarlos y, en cualquier caso, en ningún momento, se le pidió que continuara, sino que se dejó tiempo.”* Un apunte relevante es que, de igual manera, el MF tuvo el mismo margen de tiempo para poder familiarizarse con los escritos y por su parte no hubo queja ninguna, por lo tanto, la excusa de la parte actora carece de argumentación.

Además, es importante resaltar lo que dispone el **art. 283 de la LEC**, en su apartado 1, que no deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente. Por su parte, el apartado 2 establece que tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir

---

<sup>11</sup> PICATOSTE BOBILLO, J., *Algunas cuestiones a propósito de las pruebas de interrogatorio de partes y de testigos en los procesos matrimoniales*, 1ª. Ed., Barcelona (Bosch), 2018, pp 130.133

a esclarecer los hechos controvertido. Pues bien, en este caso no nos encontramos ante pruebas insustanciales sin relación con la coyuntura, de hecho, esta prueba en concreto es muy relevante ya que su contenido goza de veracidad por estar dicho organismo adscrito al juzgado, y no solo eso, el contenido del mismo es determinante para saber si nos encontramos ante el famoso SAP o, por el contrario, ante unos abusos sexuales.

### **Irregularidades procesales en la exploración de las menores por parte del juez.**

La parte demandante también alega irregularidades en la exploración, en concreto, señala lo siguiente *“Para poder llevar a cabo una exploración judicial de las menores es requisito indispensable que el menor haya alcanzado un grado mínimo de madurez que le permita haberse formado y poder expresar su opinión o su percepción sobre la situación. En el presente caso no podemos dejar de lado la edad de las mismas, y la posible manipulación e influencia en contra de este progenitor que las menores están sufriendo y llevan sufriendo desde la ruptura familiar del año 2016.”* También hace mención a que desconoce cuál ha sido el procedimiento llevado a cabo en la exploración, así como la admisión, el trámite, el proceso, incluso llega a mencionar que desconoce el fondo

Parece obviar la parte actora que según la Ley de Jurisdicción voluntaria la exploración del menor se acuerda siempre, en este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la **Sentencia 64/2019, de 9 de mayo de 2019** *“Sentada esta premisa, debe constatarse que el art. 18.2.4 de la Ley 15/2015, al regular la audiencia del menor de edad, no hace otra cosa que incorporar una norma de obligada observancia a los expedientes de jurisdicción voluntaria que afecten a sus intereses. El acta de la exploración judicial del menor constituye el reflejo procesal, documentado, del derecho del menor de edad a ser «oído y escuchado», entre otros ámbitos, en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social. Este derecho, (...). Goza pues de un amplio reconocimiento en los acuerdos*

*internacionales que velan por la protección de los menores de edad, referencia obligada para los poderes públicos internos de conformidad con lo establecido por los arts. 10.2 y 39.4 CE. Este derecho se desarrolla en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, (...) la efectividad del derecho al disponer que, en las resoluciones sobre el fondo de aquellos procedimientos en los que esté afectado el interés de un menor, debe hacerse constar el resultado de la audiencia a este y su valoración (art. 9.3 in fine de la Ley Orgánica 1/1996).*

*El derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5).“*

La edad cronológica es un elemento fáctico que el Juez deberá valorar, pero no el único. De esta manera, la madurez será distinta de acuerdo a su desarrollo personal, cognitivo, social, etc. De hecho,

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del **Menor**, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya concretaba en su artículo 9.1.º el *derecho a ser oído del menor... Que lo podrá ejercitar cuando tenga suficiente juicio.*

El legislador se ve abocado a la introducción de este derecho garantista del **menor** intentando otorgarle un adecuado marco jurídico de protección que surge de diversos Tratados Internacionales ratificados por España fundamentalmente la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el **menor**, basada en un mayor reconocimiento del papel que este desempeña en la sociedad y en la

exigencia de un mayor protagonismo. Objetivo prioritario también de otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño.

La propia Exposición de Motivos de la LOPJM de 1996 indicaba que *“pretende ser la primera respuesta a estas demandas, abordando una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del **menor** reguladas en el CC...(cuyo) contenido trasciende los límites de este para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los **menores**, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general”*. Poderes públicos que se encuentran obligados específicamente por el mandato constitucional contenido en el artículo 39 CE.

Se insiste en la evolución social que *“ha provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los **menores** de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”*.

Por ello se introdujo la *condición de sujeto de derechos a las personas **menores** de edad*. Así, el concepto *“ser oído... si tuviere suficiente juicio”* se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan, e introdujo la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos cuyas limitaciones deben interpretarse de **forma restrictiva y centrarse más en los procedimientos que se adecuarán a la edad del sujeto** (*“En los procedimientos judiciales, las comparecencias del **menor** se realizaran de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de este, cuidando de preservar su intimidad”*).

Posteriormente, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha modificado el precepto poniéndose de manifiesto que *“transcurridos casi veinte **años** desde la aprobación*

*de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los **menores** y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 CE». Es más, se refirió al informe del Defensor del Pueblo titulado «Estudio sobre la escucha y el interés superior del **menor**, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia del año 2014».*

El artículo 9 desarrolla de forma más detallada el derecho fundamental del **menor a ser oído y escuchado** de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual; y con los criterios recogidos en la Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Además, *se sustituye el término juicio por el de madurez y se introduce la preferencia de sus comparecencias y audiencias en los procedimientos judiciales o administrativos, marcándose el límite de edad mínimo en doce años cumplidos como presunción de la madurez del menor.*<sup>12</sup>

De todo ello se puede deducir, que un menor no necesariamente tiene que rebasar la edad de los 12 años para ser oído, ya que es un derecho que el menor ostenta. El juez no solo ha de tener en cuenta la edad cronológica si no que a criterio del juzgador deberá valorar que el menor tenga madurez suficiente.

Según la STS del TC 64/2019, de 9 de mayo de 2019 “*El acta de la exploración judicial del menor constituye el reflejo procesal, documentado, del derecho del menor de edad a ser «oído y escuchado», entre otros ámbitos, en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social. Este derecho, introducido por primera vez en el art. 12.2 de la Convención sobre los derechos del niño, figura asimismo en el art. 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, ratificado por España mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014; en el apartado 15 de la Carta Europea de derechos del niño,*

---

<sup>12</sup> DE LA IGLESIA MONJE MARÍA I., “introducción evolución legislativa” en *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, núm. 780, julio 2020 pp- 346-347.

*aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992 y, con una fórmula más genérica, en el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Goza pues de un amplio reconocimiento en los acuerdos internacionales que velan por la protección de los menores de edad, referencia obligada para los poderes públicos internos de conformidad con lo establecido por los arts. 10.2 y 39.4 CE. Este derecho se desarrolla en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que indica en su exposición de motivos que se han tenido en cuenta los criterios recogidos en la observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Entre otros aspectos, la citada reforma legal de 2015 refuerza la efectividad del derecho al disponer que, en las resoluciones sobre el fondo de aquellos procedimientos en los que esté afectado el interés de un menor, debe hacerse constar el resultado de la audiencia a este y su valoración (art. 9.3 in fine de la Ley Orgánica 1/1996).*

*El derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5).”*

Aunque, eso no significa que sea una prueba, ya que si acudimos al artículo 299 de la LEC se puede observar cómo no viene recogida, esto es así porque la intención de la exploración de los menores no es que constituya una prueba judicial,

si no que sirva de orientación al juzgador para obtener una visión global de los hechos acaecidos y, sobre todo, la percepción del menor ante los mismos. Además, tampoco se puede considerar una prueba en sentido estricto por dos razones:

- La diligencia de la exploración no puede realizarse en la Sala de juicios y someterla al derecho de intervención y contradicción de las partes, como si fuera una prueba testifical.

- El Tribunal no debe notificar a las partes el resultado de la exploración, pues su finalidad, además de respetar el derecho del niño, es su percepción *“de la visión del conflicto subyacente desde el punto de vista del menor.”*

*“El sentido de la opinión del menor se reflejará en la sentencia”*, y si por alguna de las partes se considera que la interpretación ha sido errónea, podrá solicitar que en apelación se vuelva a practicar la audiencia.

Por todo lo anterior, el motivo alegado por la parte paterna no tiene lógica jurídica. En relación con que la actuación del juzgador con los menores no fue la correcta, la parte paterna alega que la exploración no se hizo de una forma lícita. Según el artículo 770.4 párrafo 2 de la LEC” *en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”*.

Pero ¿cómo se desarrolla una exploración al menor? La realidad es bastante desoladora, por lo general **se lleva a cabo en el despacho del Juez** encargado del asunto de familia, además **está presente el Fiscal y un funcionario** que se encarga de transcribir lo que dice el menor. La exploración judicial del menor, salvo casos puntuales, **no suele durar más de 10 o 15 minutos**. En esa entrevista **no están presentes los abogados de las partes, esas entrevistas no se graban, el acta no se**

**entrega a las partes** y, a lo sumo, lo que sucede es que a los letrados les dejan ver el acta y tomar notas.<sup>13</sup>

En el caso que nos ocupa, fue bastante similar, pero con una diferencia, el juez en cuestión, antes de dirigirse con cada niña al despacho (ya que fue una por una, empezó por la mediana, aunque a la pequeña no la exploró) las llevó al jardín sito en la parte trasera del juzgado para que vieran unos conejos. Es decir, la exploración de las menores se hizo de una forma correcta y templada creando una esfera de protección y confianza para que las menores pudieran expresarse sin miedo. Pese a este afable gesto solo consiguió que una de las dos hablara, ya que la mediana permaneció callada, exteriorizando la situación de bloqueo emocional que describe la psicóloga del Servicio de Atención a las Víctimas del Juzgado en el Informe de intervención sobre las menores.

A la vista está que la exploración se hizo de una forma ajustada a derecho, de hecho, el auto que deniega la nulidad de actuaciones manifiesta lo siguiente: *“Respecto a la valoración de la prueba, considera esta juzgadora que, por un lado, se practicó con presencia del Ministerio Fiscal y sin intervención de ninguno de los progenitores ni representantes legales, para salvaguardar los intereses de las menores.”*

Finalmente, para terminar con este epígrafe, he de señalar brevemente que la parte demandante insistió en múltiples ocasiones del desconocimiento del procedimiento llevado a cabo en la exploración, así como la admisión, el trámite, el proceso, incluso llega a mencionar que desconoce el fondo, el auto que deniega la nulidad de las actuaciones zanja dicho extremo alegando: *“Asimismo, se hizo un resumen del contenido con anterioridad a la celebración de la primera vista, por lo que ningún desconocimiento se puede alegar en este sentido. A mayor abundamiento, constan en la causa las exploraciones y se mencionan en la resolución de 23 de diciembre. Por ende, no se considera que se haya cometido*

---

<sup>13</sup> Disponible en: <https://www.mateobuenoabogado.com/exploracion-judicial-menores/>. (Consultado el 28 de noviembre de 2020).



*ninguna infracción de las normas del procedimiento y tampoco concurre la indefensión alegada, por lo que se deniega la nulidad de actuaciones planteada.”.*

## CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado he de decir que, desde mi punto de vista, hay varios aspectos criticables, uno de ellos es la falta de implicación por parte de los PEF, ya que, cuando la madre les comunica que se ha interpuesto una denuncia por abuso y agresión sexual, el organismo parece hacer caso omiso y solo redacta un informe explicando que la madre se ha negado a llevar a las niñas al centro y la posterior apertura del procedimiento: Diligencias urgentes XXX/2019.

La sentencia del 8 de febrero de 2018 otorgaba plena legitimidad al PEF para gestionar las visitas acordes a la evolución de las menores y a la relación de estas con el progenitor, pese a ello, decidieron permanecer al margen, adoptando una actitud pasiva, es decir, liberándose de la carga de su cometido para que otros se ocuparan.

Lo que me lleva a la siguiente reflexión ¿realmente el PEF cumple con su obligación principal: procurar el bienestar de los menores? Entiendo que intentan llevarlo a término, pero quizá necesiten otras herramientas para poder gestionar mejor la situación. A la vista está que no han actuado de una manera diligente en sus obligaciones.

Otro aspecto a tener en cuenta es la absoluta desprotección judicial que sufren las menores, tanto en el procedimiento civil como en el penal. Se percibe como a las niñas, en un principio, no les importaba estar una vez a la semana con el padre, ya que hacían una comida familiar, rodeadas de más gente, por lo que sabían que el padre no podría hacer nada poco ortodoxo.

A lo largo de los informes redactados por los profesionales se observa como las niñas no se encuentran en un ambiente cómodo, ya que manifiestan, en múltiples ocasiones, que no quieren pernoctar con el padre y, cuando se les plantea tal posibilidad, es cuando empiezan a sufrir episodios de ansiedad, rechazando rotunda y tajantemente la idea de dormir con su padre.

Desde el punto de vista penal, comprendo que la prueba es fundamental para poder enjuiciar a un sujeto investigado, sin prueba no hay base jurídica donde se pueda sustentar una condena. En este caso no podríamos acudir a un informe de urgencias para constatar dichas acciones delictivas por dos razones; el tiempo que ha transcurrido desde que se produjo el delito hasta que las niñas relatan lo ocurrido y por la ausencia de penetración, es decir, los abusos inferidos a las menores se basan en tocamientos no consentidos, en besos invasivos, etc. De hecho, el criterio que suele seguir la AP de Cantabria a la hora de calificar jurídicamente dichos hechos controvertidos sería tildar de abuso sexual y no agresión sexual, ya que se considera que, al ser las víctimas menores, no tienen voluntad y al ser un familiar el sujeto activo se puede considerar como un abuso de confianza (artículo 181 Código Penal).

Ante este panorama, el interrogante que me planteo es ¿Qué validez tienen las declaraciones de unas niñas menores de 11, 9 y 5 años respectivamente? Difícilmente se podrá demostrar cuando, por un lado, la mediana, debido al bloqueo mental no habla y cuando la menor tiene reconocida un retraso cognitivo (dato que he omitido durante toda la exposición, lo que todavía produce más aversión hacia el individuo y lo que agravaría más aun la pena privativa de libertad) y por otro, sin otra prueba en la que apoyarse, ya sea una prueba de reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, un informe médico o un testigo, arduamente podrá enjuiciarse al individuo.

Para finalizar estas conclusiones, quisiera referirme a la abogada de la parte paterna, me ha impresionado desabridamente por varios motivos, el primero es la avalancha de escritos que no ha parado de enviar durante todo el proceso a la parte demandada y al juzgado. Podría pensar que forma parte de una estrategia jurídica enfocada a jugar al despiste, es decir, inundar de documentos a la parte contraria para que no conteste a lo importante o no fundamente con tanto ímpetu la parte sustancial, centrándose en responder otros aspectos. De hecho, el auto que resuelve fallando a favor de la madre y rechazando la petición de las medidas urgentes de 158 del CC es recurrido en apelación y el auto que lo resuelve ratifica lo dicho por el

juzgado e impone costas a la parte paterna en consonancia al artículo 398 de la LEC, se podría interpretar como un tipo de sanción por haber llegado a la segunda instancia sin haber fundamentado coherentemente sus pretensiones.

Otro aspecto que no logro entender es la poca sensibilidad que tiene la letrada en sus escritos a la hora de referirse a la madre e incluso a la abogada contraria. Se observa cómo no tiene ningún escrúpulo cuando la califica de mentirosa, astuta, aunque no solo por dilatar el proceso, si no por manipular conscientemente a sus hijas y ponerlas en contra del padre, la acusa también de no saber separar el conflicto entre los progenitores y permitir que eso afecte a la relación paternofilial, exterioriza reiteradamente el abuso que ha puesto de manifiesto en el régimen de visitas y patria potestad y sin mencionar que insta un procedimiento de medidas urgentes del 158 CC aduciendo que las niñas se encuentran en situación de desamparo porque la madre no otorga los suficientes cuidados a las niñas. Parece que a la letrada se le olvida que no nos encontramos ante un procedimiento de incumplimiento contractual entre dos individuos, sin más vínculos que el negocio jurídico en sí puede otorgar, si no que nos encontramos ante una rama del derecho civil, en concreto, derecho de familia, un ámbito donde, en mi opinión, hay que ir con mucha cautela porque estamos hablando de familias, uno de los aspectos mas privados de la vida de una persona, por no decir el que más, estamos hablando de niños, quienes ya están bastante expuestos emocionalmente debido al divorcio de sus padres como para que encima la relación de ambos empeore por “batallas legales”.

Desde mi punto de vista, en este ámbito del derecho, una buena letrada debería ser capaz de encontrar el equilibrio entre defender a su cliente y el de intentar apaciguar la situación entre los padres procurando que dicha relación no quede más truncada de lo que ya pueda estar. Todo ello en aras de que el niño no sufra más, ya que, al fin y al cabo, quien está en medio de toda esta trágica situación, siempre son los menores.

Para finalizar quisiera realizar un breve apunte, tras analizar el supuesto de hecho podemos llegar a una conclusión y es que ninguna de las partes alcanza

satisfacción alguna. La situación entre las menores y el padre se encuentra como al principio, todo sigue dependiendo del criterio del PEF. A mi modo de ver la parte actora debería de haber obrado de manera distinta, en un primer momento, en su lugar hubiese interpuesto una demanda de despacho de la ejecución, tal como se hizo. En dicho escrito alegaría que se está vulnerando el derecho de visitas entre las menores y el progenitor, pero no acusaría a la madre de ello, si no al PEF que son los que realmente deben tomar las decisiones sobre el régimen de visitas, es decir, al ser la progenitora parte procesal la demanda de ejecución iría dirigida a ella, pero para solicitar dicho cumplimiento me centraría en el PEF que es quien realmente está incumpliendo la STS y no la madre. El juez hubiese ejecutado la STS haciendo cumplir al PEF lo dispuesto en ella, es decir, asegurar que las relaciones paternofiliales se desarrollen en un ambiente seguro, controlado y adecuado.

En este punto, la madre debería de hacer caso acatando la STS llevando a las menores al PEF, ya que el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y custodia (especialidad 3ª del art. 776 LEC). Si la parte demandada no hiciera caso entablaría un procedimiento de modificación de medidas regido por el artículo 770 LEC ya que para que proceda la modificación deben existir unos requisitos:

- Que los hechos en los que se basa la demanda de modificación de medidas se hayan producido con posterioridad a la sentencia inicial que fijó las medidas que ahora pretendemos modificar
- Que la variación o cambio en las circunstancias tengan la suficiente relevancia como para justificar la modificación pretendida, es decir, no podremos basar nuestra petición en meros motivos subjetivos, sino en **razones necesarias y convenientes**, sobre todo para el caso en el que pretendamos modificar circunstancias que afecten directamente al interés de menores o incapacitados, por ser el interés más vulnerable y necesitado de protección.
- Que el **cambio de circunstancia sea permanente** y no transitorio.

- Que se trate de circunstancias ajenas a la voluntad del solicitante de la modificación de las medidas.
- Que los **hechos** que se pretenden alegar como nuevos, sean absolutamente **acreditados**. Utilizando para ello todos los medios de prueba que se consideren relevantes para ello.

Considero que en el caso de que la madre hiciera caso omiso a la ejecución de la STS, se podría acudir a esta vía para solicitar un cambio de custodia que es lo que realmente desea el padre en todo el proceso civil. Aunque sería una pretensión un tanto complicada ya que no podemos olvidar que fue condenado como sujeto activo de un delito de violencia domestica contra una de las menores y tuvo una orden de alejamiento contra las tres.

De esta manera, no hubiese acudido a la jurisdicción voluntaria para resolver mis pretensiones, ya que, para este caso en concreto no la considero la vía más idónea, por ende, la parte actora se hubiese ahorrado tiempo, dinero y trabajo en vano.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libro.

- PEREZ MARTIN JAVIER A., *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, Valladolid, 2007, pp. 33-37.
- PICATOSTE BOBILLO, J., *Algunas cuestiones a propósito de las pruebas de interrogatorio de partes y de testigos en los procesos matrimoniales*, 1ª. Ed., Barcelona (Bosch), 2018, pp 130.133

### Revista.

- CORDÓN MORENO, F., “Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil” en “*Grandes tratados*” (Editorial Aranzadi, S.A.U), 2011, pp. 67- ss
- ORTELLS RAMOS, M., “La demanda ejecutiva” en “*Manual universitario Derecho procesal civil*” (Aranzadi S.A.U), enero 2017, pp. 70-ss.
- BOADO OLABARRIETA, M., “Privation of minors’ custody in penal and civil process” *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 47, enero 2019, pp 77-78.
- NIETO MORALES C, TORRES REVIRIEGO M, ZAMORA SEGOVIA M, HERNANDO RAMOS S., “desamparo” en *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*, Dykinson 2016, pp 183.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Cambio de circunstancias” en *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Núm. 197, octubre 2020, (Revista de derecho Vlex), 2003, pp 76- 80.
- DE LA IGLESIA MONJE MARÍA I., “introducción evolución legislativa” en *Revista Critica de derecho inmobiliario*, núm. 780, julio 2020 pp- 346-347.

## Páginas web y recursos electrónicos

- GUÍA INFANTIL “Síndrome de alienación parental en niños” entrada de blog de 25 de abril de 2016. Disponible en < <https://www.guiainfantil.com/1502/sindrome-de-alienacion-parental-en-ninos-diagnostico.html#:~:text=El%20S%C3%ADndrome%20de%20Alienaci%C3%B3n%20Parental,v%C3%ADnculos%20con%20el%20otro%20progenitor.>> (Consultado el 1 de octubre de 2020).
- Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte II). Disponible en: <https://elderecho.com/los-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-en-materia-de-familia-en-la-ley-152015-de-2-de-julio-parte-ii> (Consultado el 22 de enero de 2020)
- GARZÓN XIMÉNEZ, A. Disponible en < <https://legal-2000.com/articulo-158-codigo-civil/>>. (Consultado el seis de octubre de 2020)
- Disponible en: <https://www.mateobuenoabogado.com/exploracion-judicial-menores/>. (Consultado el 28 de noviembre de 2020).

## Anexo jurisprudencial

### Tribunal Constitucional

STS del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo de 2019.

STS del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo.

STS del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre.

STS del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril.

STS del Tribunal Constitucional 152/2005, de 6 de junio.

STS del Tribunal Constitucional 17/2006, de 30 de enero.

STS del Tribunal Constitucional 48/86, de 23 de abril.

STS del Tribunal Constitucional 102/1987, de 17 de junio.

### **Tribunal Supremo**

STS del Tribunal Supremo, 564/2017, de 17 de octubre.

STS del Tribunal Supremo 215/2019, de 5 de abril.

STS del Tribunal Supremo 64/2019, de 9 de mayo.

STS del Tribunal Supremo 31/2019 de 19 de diciembre.

### **Audiencia Provincial**

SAP de Madrid núm. 52/2005 de 4 de marzo.

SAP de Madrid (Sección nº 27), nº 422/2015 de 30 de junio de 2015.

SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 1ª) nº 297/2018 de 14 de junio.

SAP de Madrid (sección 24ª) nº 825/2015 de 9 de octubre.

SAP de Córdoba (sección 1ª) nº 237/2016 de 9 de mayo.

SAP de Málaga (sección 6ª) nº 543/2016 de 20 de julio.

SAP de Madrid (sección 22ª) nº 414/2018 de 18 de mayo.

SAP de Madrid (sección 22ª) nº 144/2019 de 15 de febrero.

SAP de Madrid (sección 22ª) nº 224/2019 de 12 de marzo.

SAP de Madrid (sección 22ª) nº 284/2019 de 29 de marzo.

SAP de Madrid (sección 22ª) nº 523/2019 de 11 de junio.

SAP de Barcelona (sección 18ª) nº 309/2016 de 25 de abril.

SAP de Madrid, nº 395/2012. el 11 de diciembre de 2012,

SAP de Palma de Mallorca, nº 30/2017 de 22 de febrero de 2017.

SAP de Zaragoza, (sección 5ª) nº 274/2005 de 13 mayo.

SAP de Cantabria (sección 2) nº 90/2019 del 21 de febrero de 2019.