

## EDJ 2011/248690

AP Sevilla, sec. 2ª, A 8-6-2011, nº 95/2011, rec. 5304/2010

Pte: Palacios Martínez, Andrés

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	1
FALLO .....	2

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Cita art.158 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó auto el día 30 de marzo de 2010, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "Adoptar como medida cautelar al amparo de lo dispuesto en el art. 158.3 del Código Civil EDL 1889/1 , a favor del menor Teofilo, la medida de que el retorno con su madre se produzca el Viernes, día 02 de abril a las 11.00 horas, prolongando el periodo de estancia de vacaciones con el padre a fin de asegurar que el niño pueda salir en la madrugada con su Cofradía del Silencio."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. Tras la votación y fallo quedó visto para dictar la oportuna resolución.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON ANDRÉS PALACIOS MARTÍNEZ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tras el examen y valoración de lo actuado en primera instancia, lo alegado tanto por el Ministerio Fiscal en su escrito de interposición del recurso y por la representación procesal de la Sra. Adela en el suyo articulado vía impugnación a la resolución recurrida, así como el de oposición formulado por la representación procesal del Sr. Moises; no puede esta Sala declarar la nulidad interesada por falta de competencia objetiva y funcional del Juzgado de Primera Instancia num. 7 de Familia en el procedimiento incoado al amparo de lo establecido en el art. 158 del C.C. EDL 1889/1 En este sentido, centrada la cuestión litigiosa en la petición formulada tanto por parte del Ministerio Público como de la ahora impugnante pretendiendo la declaración de nulidad de lo actuado por el Juzgado de referencia desde la providencia de admisión a trámite de 30 de marzo de 2010 sobre medidas cautelares urgentes incoadas a tenor de lo dispuesto en aquél precepto por falta de competencia del mismo (no olvidemos, que la pretensión de nulidad ha de ser examinada con absoluta cautela y criterio altamente restringido, siendo preciso para declararla que si hubiese prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o se hubiesen omitido los principios de audiencia, asistencia o defensa determinantes de una efectiva indefensión) conviene precisar, que si bien es cierto, que el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer num. 4 de esta ciudad que conoce de los autos de divorcio contencioso de ambas partes bajo el núm. 116/2009, dictó auto de medidas provisionales con fecha 26 de enero de 2010 acordando entre otras "que cualquier aspecto relacionado con la educación, docencia, formación de los menores, ya sea en colegios, internados, residencias, colonias veraniegas, deportes y otras actividades serían decididas por ambos progenitores teniendo en cuenta lo mejor y más beneficioso para los hijos, resolviendo el Juzgado en caso de discrepancia" y más concretamente en relación al régimen de estancias, comunicación y visitas "que dichos progenitores respetarán el deseo de los hijos menores de tomar parte en la estación de penitencia de las Hermandades a las que pertenecen"; también lo es, no solo que por el titular del Juzgado de Primera Instancia num. 7 (Familia) de esta ciudad, al que se había turnado la correspondiente solicitud, incoó el oportuno procedimiento de medidas cautelares urgentes a tenor de lo dispuesto en el art. 158 de nuestro C.C. EDL 1889/1 dada la petición expresa contenida en aquélla de fecha 30 de marzo de 2010 (Martes Santo) suscrita por el abuelo paterno del menor Teofilo de 11 años de edad e hijo de ambas partes litigantes en el procedimiento de divorcio entablado, para que aquél pudiese realizar la estación de penitencia como paje en la Hermandad del Silencio durante la madrugada del Jueves al Viernes Santo, al haber discrepancia entre los progenitores; sino que explorado el menor en relación a la solicitud formulada (quién manifestó expresamente su deseo y que se encontraba en una situación de angustia ante las dudas generadas sobre su posible salida procesional), por parte del Juez "a quo" se dictó "inaudita parte" resolución al amparo de aquél precepto para que éste último pudiera realizar la estación de penitencia con su cofradía y garantizar el interés del mismo. Así las cosas, justificado el precitado artículo 158 de nuestro C.C. EDL 1889/1 por la celeridad que la satisfacción de los menores impone y el carácter tuitivo, garantista y protector de los mismos, las medidas que los jueces pueden adoptar, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paternofiliales, con la posibilidad de que se adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme a las circunstancias concurrentes y oyendo al menor según se desprende de la L.O. 1/1996 de 15 de enero EDL 1996/13744 recogiendo el espíritu de cuantas Convenciones Internacionales vinculan a nuestro país;

por lo que partiendo de este contexto y ante la solicitud formulada por el abuelo paterno Sr. Moises y el expreso deseo manifestado en la comparencia ante el Juez "a quo" por parte del menor, esta Sala en atención a las razones de urgencia y necesidad estima competente al Juzgado de Primera Instancia num. 7 (Familia) de esta ciudad para incoar y conocer del presente procedimiento entablado, ya que aquél precepto le permitía adoptar las medidas necesarias para tutelar y proteger los intereses del menor de referencia incluso "inaudita parte" o de oficio por dicho órgano (no olvidemos, que la solicitud se insta por persona distinta a las partes del proceso de divorcio). Es decir, las medidas o demás condiciones que en favor de los menores se establecen en dicho precepto a instancia del propio hijo, pariente o Ministerio Público con la finalidad de apartarlo de un peligro o evitarle perjuicios, pueden ser adoptadas dado su carácter tutelar y urgente dentro de cualquier proceso civil o penal o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, por lo que la competencia del Juzgado de Familia en el supuesto de autos difícilmente puede ser cuestionada y ello con independencia del desarrollo de otros procesos ya entablados (conviene recordar, que no nos encontramos ante una discrepancia en el ejercicio de la patria potestad o ante una modificación sustancial del régimen de estancia, comunicación y visitas, sino ante una medida puntual y cautelar en evitación de un perjuicio al menor de referencia). De ahí, que desde la perspectiva de legalidad sustantiva y procesal ordinaria, sea procedente la desestimación de sendas pretensiones de nulidad articuladas tanto a través del recurso interpuesto como vía impugnación a la resolución recurrida, sin olvidar que autorizada la específica y puntual salida procesal del menor por el Juez competente, se habría producido el agotamiento sobrevenido del objeto del proceso entablado.

CUARTO.- Que en atención a las circunstancias concurrentes y relaciones subyacentes en el presente procedimiento, no procede hacer pronunciamiento expreso sobre las costas procesales devengadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación.

## FALLO

Que desestimando tanto el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, como la impugnación formulada por la representación procesal de D<sup>a</sup> Adela contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia num. 7 (Familia) de esta ciudad con fecha 30 de marzo de 2010, lo confirmamos en toda su integridad sin expreso pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas en esta alzada.

Así por este nuestro auto, contra el que no cabe recurso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 41091370022011200115