

**LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE
FAMILIA**

M^a JOSÉ NÚÑEZ TOMÁS

**FISCAL DELEGADA DE LA ESPECIALIDAD CIVIL Y PROTECCIÓN
JURIDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA DE CATALUÑA**

**FISCAL DECANA DE LA SECCIÓN DE LOS CIVIL Y PROTECCIÓN DE
PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA FISCALIA PROVINCIAL DE
BARCELONA**

**PROCESOS MATRIMONIALES .RESOLUCIONES SOBRE GUARDA Y
CUSTODIA .CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA PENSIÓN
ALIMENTICIA PARA LOS HIJOS MENORES**

MADRID 19 AL 20 DE MARZO DE 2018

INDICE

1.INTRODUCCION

Función del Ministerio Fiscal

Reseña de las Circulares , Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado en referencia a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles

2.INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

2.1 EL MINISTERIO FISCAL COMO PARTE DEMANDANTE

2.1.1 El Fiscal como demandante en el ejercicio de la acción de nulidad matrimonial

2.1.2 El Ministerio Fiscal como demandante en interés de adopción de las medidas urgentes del artículo 158 del Código Civil

2.2 EL MINISTERIO FISCAL COMO DEMANDADO Y/O PARTE INTERVINIENTE

2.2.1 Intervención del Ministerio Fiscal en las demandas de impugnación de la Filiación

2.2.2 Intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de sustracción internacional de menores

2.3 OTRAS INTERVENCIONES EL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

2.3.1 Intervención del Ministerio Fiscal en los supuestos del artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil

2.3.2 La intervención del Ministerio Fiscal en los supuestos de controversia de la patria potestad

2.4.3 la Intervención del Ministerio Fiscal en las exploraciones de menores

3.CONSECUENCIAS DE LA NO INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL A LOS ACTOS , COMPARECENCIAS O VISTAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

4. REFERENCIA A LA RECOMENDACIÓN(2012) 11 DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, SOBRE EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL FUERA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

5.CONCLUSIONES

RESUMEN

La Intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito Civil lejos de ser una intervención secundaria se ha ido convirtiendo con el tiempo en una intervención necesaria. En el llamamiento del Ministerio Fiscal en los diversos procedimientos de Familia, entre otros procedimiento de Divorcio, separación, Guarda y custodia, alimentos, nulidad matrimonial, medidas urgentes del artículo 158 del Código Civil, procedimientos de filiación, controversias de patria potestad etc... se pone de manifiesto que su posición en defensa de la legalidad y de los intereses de los menores y de las personas vulnerables, hace que su intervención sea imprescindible, aportando con su presencia, la legalidad, la imparcialidad, el conocimiento jurídico, el equilibrio entre las partes del proceso y la ayuda y apoyo jurídico al Juzgador. La estructura de la presente ponencia consta de una parte teórica en la que se concreta cuales son los procedimientos, aunque no se mencionan todos, en los que, en el ámbito del Derecho de Familia, es llamado el Ministerio Fiscal y la regulación que de dicha intervención realizan las distintas Circulares, instrucciones y Consultas de la Fiscalía General del Estado. Pero quizás una de las partes más importante de la Ponencia y que debe servir de referencia es el hecho de que la presencia del Ministerio Fiscal en este ámbito de derecho no es una intervención aislada, sino que la legislación europea también se hace eco de la presencia del Fiscal en el ámbito Civil, siendo dicha circunstancia la que debemos tener en consideración, pues como indica la Recomendación de Comisión Europea en su informe de 2010, todos los países del ámbito europeo no pueden ser ajenos a la presencia del Ministerio Fiscal fuera de la justicia penal, manteniendo en el ámbito civil su misión de representar el interés general o público, proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales así como respetar el Estado de Derecho, rigiéndose por los principios de legalidad, objetividad, equidad e imparcialidad.

Partiendo de la recomendación en el ámbito Europeo se hace preciso necesariamente replantear la organización de las distintas Fiscalías en todos los ámbitos, dotando a las mismas de los medios personales y materiales precisos para asegurar la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito Civil y en el de Familia donde su presencia siempre es precisa.

1.INTRODUCCION

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, configura al Ministerio Fiscal como el órgano encargado de promover la acción de la Justicia en defensa del interés público y lo considera el representante del Gobierno en lo que concierne a las relaciones con el Poder Judicial

No es hasta el Real Decreto de 21 de junio de 1926 en el que la carrera Fiscal se configura como una carrera autónoma, publicándose en dicho momento su primer Estatuto, ya siendo entonces cuando se le encomienda la misión de representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial y velar por la observancia de las leyes, promoviendo la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos para el mantenimiento del orden público y la satisfacción del interés Social.

En la Constitución de 1978, el artículo 124 establece "El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de

los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley de oficio o a petición de los tribunales, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social “

En iguales términos se expresa el artículo 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley Orgánica 50/1981, de 30 de diciembre .

Es el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal el que en su artículo 3, define y recoge en 16 apartados las funciones del Ministerio Fiscal y en referencia a la materia civil, establece en su apartado 7 lo siguiente :

“Por el cumplimiento de las normas establecidas en el artículo 1 corresponde al Ministerio Fiscal :

...7 .Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando pueda afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de mecanismos ordinarios de representación “

Las funciones del Ministerio Fiscal que se recogen en el artículo 7 del Estatuto Orgánico al hacer remisión al artículo 1 del mismo texto configuran su función como una misión

El Diccionario de la Lengua Española, al definir el término misión recoge diez significados, siendo el que se recoge en el apartado 2, el que mejor aplicación tiene a la función del Ministerio Fiscal y dice así ;

“ poder, facultad que se da a alguien de ir desempeñado algún cometido “

Haciendo aplicación al Ministerio Fiscal se puede concluir que :

- el Ministerio Fiscal cumple una función principal que es la defensa de la legalidad.
- Que en el cumplimiento de dicha función se concede a los miembros del Ministerio Fiscal el poder y la facultad de cumplir dicho cometido .
- Y que la intervención del Ministerio Fiscal en cualquier tipo de procedimiento en aras al cumplimiento de la legalidad, tiene especial relevancia en el ámbito civil cuando se encuentre comprometido el interés social, pueda afectar a menores, incapaces o desvalidos

La Intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento civil ha sido abordada por diferentes Instituciones, la primera de ellas la propia Fiscalía General del Estado que con través sus Instrucciones, circulares y Consultas ha ido resolviendo con precisión que funciones tiene el Ministerio Fiscal en los procedimientos civiles, así podemos mencionar:

Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001 sobre Incidencias de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles

Que en su introducción establece “ Los intereses que pueden verse comprometidos en determinados procesos matrimoniales explican la presencia del Fiscal, con distinto significado y régimen jurídico en función de los casos. En aquellos procesos de nulidad, separación y divorcio en que deban intervenir con arreglo al criterio general proclamado por los dos apartados que integran el artículo 74, habrá que ser citado a la comparecencia que precede a la adopción de las medidas provisionales previas (art 771.2 y 3) ,ha de ser oído antes de dictar la resolución que acuerde las medidas

provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio(art 773.3), puede proponer prueba sobre los hechos que sean relevantes para la decisión judicial sobre medidas definitivas solicitadas(art 774.2), en fin, puede solicitar la modificación de medidas definitivas acordadas con anterioridad, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas(art 775.1).Aún ajena al carácter de genuino proceso, también la eficacia de las resoluciones canónicas sobre matrimonio rato y no consumado , se acomoda al procedimiento descrito en el artículo 778, debiendo ser oído el Ministerio Fiscal en la audiencia que aquel precepto regula. En el ámbito de los procesos de filiación, paternidad y maternidad, adquiere pleno sentido la regla general proclamada por el artículo 749.1, comentado supra , con arreglo al cual el Ministerio Fiscal será siempre parte, aunque no haya sido el promotor de los mismos ni deba, conforme a la ley asumir la defensa de alguna de las partes

En la [Consulta 3/2005 de 2 de diciembre “ sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el juicio de alimentos del artículo 250.1.8 de la ley de Enjuiciamiento Civil cuando se insta a favor de menores de edad”](#)

La consulta tiene por objeto resolver la cuestión relativa a la exigencia de intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de reclamación de alimentos para menores de edad cuando la acción es ejercitada frente a su progenitor o progenitores, por terceros que ostentan la representación legal de aquellos .

La consulta concluye que “ la falta de previsión expresa acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el juicio de alimentos del artículo 250.1.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil instando a favor de menores de edad, queda así mismo superada aplicando analógicamente la norma contenida en el artículo 749.2 de la LEC para los casos de reclamación de alimentos a favor de hijos menores por parte de un progenitor contra otro (“ *será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor o incapacitado* ”),posibilidad ésta que se encuentra amparada en el artículo 4.1 CC, dada la identidad de razón entre los supuestos de hecho y en la medida que el Fiscal, en el ámbito funcional que le es propio actuar en ambos tipos de procedimiento en defensa de los mismos intereses .

Instrucción 9/2015,de 22 de diciembre de intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria

El apartado 2 hace referencia a la Intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de jurisdicción voluntaria .

En el apartado 2.1 hace referencia a las recomendaciones Internacionales , indicando:

El Ministerio Público asume competencias extrapenales en algunos Estados miembros del Consejo de Europa. Esta actividad incluye la defensa de colectivos vulnerables, los asuntos de familia y la protección de los derechos fundamentales, pero puede constatarse la existencia de un grupo indefinido y variable materias en los que la intervención del Fiscal se presenta como posible.

En el terreno de las recomendaciones internacionales, destaca la Rec (2012) 11del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre *el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal*. Aunque silencia las materias concretas que deben serle conferidas -dado que es una cuestión que entra dentro de los márgenes de competencia

de cada Estado-, recoge una serie de principios comunes, entre los que resaltan los siguientes:

- Las responsabilidades y facultades del Ministerio Público fuera del sistema de justicia penal “deben ser establecidas por ley en todos los casos y claramente definidas a fin de evitar cualquier ambigüedad”.
- El ejercicio de tales facultades y responsabilidades debe ser “acorde con los principios de legalidad, objetividad, transparencia e imparcialidad”.
- La conducta de los miembros del Ministerio Público en tales ámbitos “debe estar regida por códigos de ética apropiados”.
- Con el fin de armonizar la política y la práctica en cada ámbito nacional, se debe considerar la confección de “circulares e información sobre las mejores prácticas en los ámbitos externos al sistema de justicia criminal en lo que afecta al Ministerio Público”.
- Por último, el Ministerio Público “debe tener a su disposición los recursos materiales y personales necesarios y disponer de la formación apropiada al objeto de cumplir adecuadamente sus responsabilidades en los ámbitos ajenos al sistema de justicia penal”.

En el apartado 2.2 en referencia a la Naturaleza de la intervención del Fiscal ante la Jurisdicción Civil establece ;

Como expresa el Tribunal Constitucional (STC nº 185/2012, de 17 de octubre), “ni la Constitución Española, ni el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) determinan la naturaleza de la intervención del Fiscal ante la jurisdicción civil”.

La STS Sala 1ª, nº 160/1988, de 3 de marzo, sin embargo, la analiza detalladamente proyectada en una doble actuación: “Como parte plena o como parte informante, conocida también como meramente dictaminante o que simplemente evacua audiencias”.

La Circular 1/2001, de 5 de abril, *sobre la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, (ya mencionada)abunda en las diferentes formas de intervención, según el tipo de proceso, expresando que “las dos situaciones fundamentales previstas en la LEC para el Fiscal son la de parte y la de órgano dictaminador”. Ahora bien, matiza que su condición de parte ofrece peculiaridades cuando no actúa como demandante, puesto que su intervención “se debe *ex Constitutione* a la defensa de la legalidad y del interés público”.

El apartado 2.3 recoge las normas de intervención y puntualmente en el apartado 2.3.2 Indica ;

El art. 4 LJV, bajo el título “intervención del Ministerio Fiscal” dispone que *el Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare.*

El Consejo Fiscal (*Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria* de 17 de diciembre de 2013) estimó que “la redacción (...) mejora sensiblemente la contenida en el art. 1.815 LEC 1881, a tenor de la cual la intervención del Fiscal se delimita en función de que la solicitud afecte bien a los intereses públicos –lo que no siempre resulta fácil de precisar-, bien a persona o cosa cuya protección o defensa compete a la Autoridad”.

El Anteproyecto coincide, en este sentido, con las pretensiones señaladas en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal, reduciendo la intervención en numerosos negocios de jurisdicción voluntaria en los que se consideraba que existía un interés general de personas indeterminadas (expedientes de dominio, declaraciones de herederos, extravío de cheques, etc.).

La norma general, por tanto, prescribe la intervención del Fiscal en tres supuestos:

- Cuando el expediente afecte al estado civil o condición de la persona.
- Cuando esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente.
- Aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare.

2.INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

En la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento Civil y puntualmente en los procedimientos de familia se ha de tener en consideración los siguientes extremos :

- a.Los intereses en los procedimientos civiles en general y en los de familia en particular son intereses privados
- b.En dichos procedimientos rige el principio de autonomía de la voluntad de los particulares , en los que rigen los principios de oportunidad y disposición o dispositivo
- c. La intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento Civil no es de carácter general sino que se reserva para casos concretos y no siempre es el mismo no teniendo su intervención un carácter homogéneo , pues en ocasiones se le concede la facultad de ejercicio de acciones , en otras tiene únicamente una función dictaminadora, otras de representación y defensa etc...
- d.La actuación del Ministerio Fiscal depende de la funciones y la legitimación que le confiera la ley en cada caso.

Supuestos en los que el Ministerio Fiscal tiene legitimación activa en el ámbito de Familia

1.En algunos procesos matrimoniales, específicamente en los procesos relativos a la nulidad matrimonial por las causas que se establecen en el artículo 74 del Código Civil

2..En el supuesto de recurso en interés de Ley, artículo 491 de la ley de Enjuiciamiento Civil

3.En las demandas de medidas urgentes del artículo 158 del Código Civil

4.En las demandas de tutela de menores y guardas de hecho con funciones tutelares

Supuestos en los que el Ministerio Fiscal tiene solo legitimación pasiva , siendo en consecuencia parte en un proceso iniciado por otro en los siguientes supuestos :

1.En los procesos de nulidad matrimonial instando por un particular por alguna de las causas del artículo 74 del Código Civil

2.En los de determinación e impugnación de la filiación, según el artículo 749.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil

3.En los procesos que supongan modificación de los asientos del registro Civil sobre filiación, según el artículo 50 de la ley del Registro Civil .

4.En los procesos contenciosos de separación, divorcio y nulidad matrimonial; guarda y custodia y modificación de medidas .

5.ejecución de sentencias extranjeras (artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

6.Expedientes de adopción

7.Expedientes de sustracción de menores

8. expedientes de medidas cautelares urgentes

9. Reconocimiento de sentencias extranjeras (exequatur)

10. controversias en el ejercicio de la patria potestad

11.Intervención demandado y/o denunciante conforme el artículo 49 bis de la ley de Enjuiciamiento Civil por manifestación de hechos que pueden ser calificados como de violencia contra la mujer expuestos en la demanda de nulidad, separación o divorcio

Intervención del Ministerio Fiscal en sede de recursos

1.Interposición del recurso de apelación

2.Interposición de recurso de reposición

3.Oposición al recurso de apelación y/o impugnación de resolución

4.Oposición recurso de reposición

5.Aclaración de sentencias

Intervención del Ministerio Fiscal como dictaminador

Finalmente el Ministerio Fiscal , también interviene en los procedimientos de familia como dictaminador (emisor de dictámenes), informante, lo que pone de manifiesto la necesidad de que mismo sea oído, en aquellos supuestos en los que no se ha señalado una vista o comparecencia en la que el mismo pueda informar de manera oral, pero que el órgano judicial precisa de su “opinión” para concluir el procedimiento .

En este caso el traslado que realiza el órgano judicial al Ministerio Fiscal puede ser por diversos motivos tanto de derecho material como de derecho procesal y se puede circunscribir a las siguientes materias dentro del total ámbito civil :

Sobre materia procesal, el traslado al Ministerio Fiscal puede tener por objeto :

- para que informe sobre los conflictos de competencia (art 45 de la LOPJ)
- para que informe sobre cuestiones de competencia (art 52 LOPJ)
- declaración de incompetencia objetiva y territorial(art 48.3 y 58 de la ley de Enjuiciamiento Civil)
- suspensión por prejudicialidad penal (art 569.1 Ley de Enjuiciamiento Civil) .
- informes de tramitación en sede de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio

Entrando puntualmente en las intervenciones más importantes del Ministerio Fiscal en cada una de sus posiciones en el procedimiento :

2.1 EL MINISTERIO FISCAL COMO PARTE DEMANDANTE

2.1.1 El Fiscal como demandante en el ejercicio de la acción de nulidad matrimonial

El artículo 73 del Código Civil establece “Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración :

- 1.El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial
- 2.El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 4, salvo los casos de dispensa conforme el artículo 48
- 3.El que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario Judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.
- 4.El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad , hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”

La Circular 1/2002 , de 19 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería , que se refiere a :

-El tratamiento en el ámbito civil de la inmigración ilegal : actuación del Ministerio Fiscal ante los matrimonios simulados .En este ámbito el Ministerio Fiscal tiene una actuación preventiva mediante la supervisión del expediente seguido al efecto ante el encargado del Registro Civil “ riguroso examen de la concurrencia de los requisitos esenciales para contraer matrimonio, en particular, a través del trámite de audiencia reservada y por separado de ambos cónyuges”. Por otra parte , se pide a los Fiscales que cuando , por cualquier medio se tenga conocimiento de la existencia de uno de estos matrimonios simulados, deberán ejercitar la acción de nulidad, a fin de evitar que los efectos jurídicos que nuestro ordenamiento vincula a la celebración del matrimonio – en atención al carácter fundamental que esta institución desempeña en la sociedad – se apliquen igualmente a quienes no han tenido verdadera intención de contraerlo”

La intervención y legitimación del Ministerio Fiscal para interponer la demanda de nulidad, después de celebrado un matrimonio y tramitado el expediente matrimonial viene justificada por la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la DGRN sobre matrimonios de complacencia. En dicha instrucción queda de manifiesto que “siempre que surjan posteriormente más datos o hechos que hagan dudar de la existencia o autenticidad del consentimiento matrimonial, se instará judicialmente la nulidad matrimonial a través del proceso judicial correspondiente, por el Ministerio Fiscal, los cónyuges o cualquier persona con interés directo o legítimo”.

La propia Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los matrimonios de complacencia establece los elementos que sirven para detectar un matrimonio de complacencia o fraudulento, haciendo hincapié en las manifestaciones de los cónyuges e indica:

“No puede fijarse una “lista cerrada” de los datos personales y familiares básicos cuyo conocimiento sea exigido, pues ello puede depender de las circunstancias del caso concreto. Si puede, proporcionarse una “lista de aproximación”, con los datos básicos personales y familiares mutuos más frecuentes que los contrayentes deberían conocer uno del otro, utilizando entre otros, los elementos que proporciona la resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 1997, tales datos son: fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes, hábitos notorios, y nacionalidad del otro contrayente, anteriores matrimonios, número y datos básicos de identidad de los familiares más próximos de uno y otro (hijos comunes, padres, hermanos), así como las circunstancias de hecho en que se conocieron los contrayentes.

Dentro de estos datos de conocimiento hay que diferenciar:

a. Los datos básicos personales de los que se exige un conocimiento del llamado “núcleo conceptual” de dichos datos, sin que sea necesario descender a los detalles posibles. Se ha de exigir un conocimiento suficiente no exhaustivo.

b. Los datos de carácter accesorio o secundarios, que no son relevantes en sí mismo, pero que en su conjunto marca unos indicios claros de una relación de complacencia y de un matrimonio fraudulento.

2.1.1 El Ministerio Fiscal como demandante en interés de adopción de medidas urgentes del artículo 158 del Código Civil

En los supuestos en que se detecte una situación de gravedad y/o urgencia que afecte a un menor en sede de un procedimiento de familia (separación, Divorcio, Nulidad, guarda y custodia, guarda de hecho etc..) el Ministerio Fiscal podrá pedir la adopción de las medidas que se comprenden en el artículo 158 del Código Civil, que dispone:

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

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

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

3º. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por algunos 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 hubiese expedido
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor .

4º. En general, las demás disposiciones que considere oportuna, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”

Todas estas medidas se pueden adoptar por diversos motivos, y pueden adoptarse dentro de cualquier proceso civil o también en sede de un procedimiento de jurisdicción voluntaria; las indicadas medidas tienen carácter cautelar, accesorio dentro del procedimiento civil de familia y si se solicitan por el Ministerio Fiscal, su adopción y el mantenimiento de las mismas no está sujeta a un límite temporal .

La solicitud de dichas medidas por el Ministerio Fiscal, con interposición de demanda en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, permite que las mismas se adopten de forma casi inmediata y urgente y evitando dilaciones .

En los procedimientos de adopción de medidas urgentes del artículo 158 del Código Civil, se puede practicar prueba y se puede solicitar que sean oídas las personas afectadas y vinculadas al menor. El menor, si es mayor de 12 años deberá ser oído o si tuviese suficiente juicio, también se debe oír a la parte respecto a la que se pide la adopción de la medida. No obstante si las mismas tienen carácter urgente se pueden pedir *inaudita parte* conforme al artículo 733.2 *in fine* de la LEC:

El artículo 216 del Código Civil extiende la aplicación del artículo 158 del mismo texto legal a todos los supuestos de “tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de estos”. El principio que debe regir la adopción de las medidas es el superior interés del menor y pueden tener por objeto tanto su bienestar material (protección de sus bienes), como su aseguramiento personal, que puede ir desde la atribución provisional de guarda a un guardador de hecho, como en los términos previstos en el artículo 103.1, párrafo 2º del Código Civil, encomendar la guarda de los hijos a otra persona o institución idónea, hasta que se adopte una resolución sobre ellos, constituyéndose la guarda judicial a la que se refiere el artículo 172.2 del Código y muchas otras medidas, como son la prohibición de salida del territorio nacional y otras .

2.2 INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL COMO DEMANDADO Y/O PARTE INTERVINIENTE

En los procedimientos en los que el Ministerio Fiscal no es demandante, asumirá la posición de demandado, pero eso no quiere decir que el mismo deba asumir tal posición procesal sino que solo lo es con carácter formal, pues en aplicación del principio de legalidad el mismo como “ parte interviniente” puede defender cualquiera de las pretensiones de las partes, y puede solicitar tanto la estimación como la desestimación de la demanda, las medidas que considere oportuno en interés del menor .

No hay que olvidar que la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de familia lo es como representante legal de los menores, asumiendo la posición de defensor de los mismos dentro de las previsiones del artículo 3, en su apartado 6 y 7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal

Detallando a quien representa el Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos, se puede indicar;

a. En los procesos de filiación, el artículo 765.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil atribuye al Ministerio Fiscal la representación del hijo menor de edad o incapacitado para demandar.

b. En los procesos de separación y divorcio conforme establece el artículo 749.2 de la ley de Enjuiciamiento Civil, el interés y defensa de los menores

c. Con carácter provisional mientras se constituya los organismos tutelares o se nombra al defensor judicial, el Ministerio Fiscal asumirá la representación legal en juicio de todos los menores, incapaces o ausentes (artículo 8 de la ley de Enjuiciamiento Civil)

A ello hay que añadir la representación y defensa de los menores por parte del Ministerio Fiscal no solamente se produce cuando el procedimiento es contencioso, sino que aun en los supuestos en que los procedimientos son de mutuo acuerdo, la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva, asumiendo en defensa de los intereses de los menores el control del Convenio regulador firmado por las partes, supervisando el cumplimiento de la legalidad en lo referente a las medidas que afectan a los hijos menores (potestad parental, guarda y custodia, pensión de alimentos etc...),

Entre los procedimientos en los que el Ministerio Fiscal interviene como parte demandada y/o interviniente es

2.2.1 Intervención del Ministerio Fiscal en las demandas de impugnación de la Filiación

Conforme establece el artículo 749 de la ley de Enjuiciamiento Civil “ en los procesos sobre capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismo ni deba, conforme a la ley asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada”.

En cuanto a la legitimación activa se remite al artículo 131 del Código Civil que establece que “ Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada “. Que se ha de poner en relación con el artículo 764.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil que establece “ Podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil “

Respecto del Fiscal, el art. 765.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación civil, correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente», por lo que en estos casos el Fiscal será promotor de la acción, actuando como demandante, siempre que el menor o incapacitado no comparezca en su

propio nombre y derecho a través de procurador y abogado nombrados por su representante legal.

2.2.2 Intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de sustracción Internacional de menores

En los mismos términos que recoge el artículo 749 de la ley de Enjuiciamiento Civil en los procedimientos de sustracción internacional de menores será siempre parte el Ministerio Fiscal y velará durante todo el proceso por el interés superior de la persona afectada que es el menor .

A nivel procesal , corresponde al Abogado del Estado , representante de la Autoridad central –Ministerio de Justicia- al que le corresponde la interposición de la demanda

La Disposición Final tercera de la ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria ha introducido un nuevo capítulo IV bis en el Título I del libro de la ley de Enjuiciamiento Civil, que comprende los artículos 778 quater a 778 sexies, en el que se contiene la regulación de la sustracción internacional de menores. La indicada materia se encuentra dentro de la Jurisdicción voluntaria y fuera del ámbito de los procesos contencioso del ámbito de familia .

En los supuestos de sustracción internacional de menores , se da una controversia , derivada del traslado o retención ilícita de un menor por uno de los progenitores en contra de la voluntad del otro , motivo por el que el expediente no puede configurarse como un expediente de jurisdicción voluntaria , sino como un procedimiento especial , siendo su naturaleza de naturaleza material de proceso jurisdiccional civil. En realidad aunque se plantea como un procedimiento contencioso , no hay verdaderas partes en este procedimiento, más se preve la intervención del Ministerio Fiscal y los interesados podrán actuar bajo dirección letrada

2.3 OTRAS INTERVENCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Son de interés mencionar :

2.3.1 Intervención del Ministerio Fiscal en el artículo 49 bis de la ley de Enjuiciamiento Civil

El artículo 49 bis de la ley de Enjuiciamiento Civil, en sus dos primeros apartados se regula la actuación del Juez Civil ante el conocimiento de un acto de violencia , diferenciando entre el supuesto en que ya este abierta una causa penal y en el supuesto que no lo esté y así se establece :

“1.Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la ley orgánica de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, que ha dado lugar a la iniciación de un proceso penal o de una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el párrafo tercero del artículo 87 ter de la ley orgánica del poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al juez de Violencia sobre la mujer que resulte competente, salvo que se hubiese iniciado la fase de juicio oral .

2.Cuando un juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la

iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter de la ley orgánica del poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer que resulte competente. En el supuesto en que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente.

3...”

Conforme se establece en el primer apartado del artículo 49 bis la actuación del Ministerio Fiscal se limitará a un informe sobre la determinación de la competencia objetiva.

En el segundo apartado la intervención del Ministerio Fiscal es una intervención activa, es el rector de la comparecencia que se celebra en la que debe preguntar a las partes en relación a los hechos puestos de manifiesto en el escrito de demanda que pudieran ser constitutivos de un acto y/o delito de Violencia contra la Mujer; como se indica en el propio artículo también corresponde al Ministerio Fiscal en el supuesto que se aprecie la existencia de actos de esta índole presentar la denuncia por el acto y/o delito de Violencia dirigido dirigida contra la persona que resulte inicialmente autora de los mismos.

El límite temporal es escaso, 24 horas y la presentación de denuncia comporta la declaración de incompetencia objetiva por parte del Juzgado de 1ª instancia que esta conociendo de la nulidad, separación o divorcio y la inhibición para su conocimiento al Juzgado especializado de Violencia contra la Mujer.

2.3.2 La Intervención del Ministerio Fiscal en los supuestos de controversia de la patria potestad

Una de las características de la Nueva ley de la Jurisdicción Voluntaria; ley 15/2015 de 2 de julio, es que la ausencia de controversia entre las partes ha dejado de ser un elemento definidor de la Jurisdicción voluntaria, y que en la actualidad los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden plantearse ante una situación de conflicto y/o oposición o pueden mantenerse cuando el mismo surge en el curso del procedimiento, así en los supuestos de desavenencias conyugales o en el ejercicio de la patria potestad, en los que la controversia es previa y manifiesta.

La existencia previa de la discordancia o la posibilidad de que surja en el curso de la tramitación en el expediente se refieren diversas disposiciones legales en las que se preve que la oposición se resolverá por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, así:

En la Ley 26/2015 de 28 de julio de protección de la infancia y adolescencia y en la ley de Enjuiciamiento Civil se prevé este cauce para.

1. Para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil

2. Para cualesquiera otras reclamaciones que surjan con motivo del ejercicio de la patria potestad
3. Para cualquier otra reclamación que surja en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio (régimen de visitas de abuelos, ...)

La ley de la Jurisdicción Voluntaria, ley 15//2015 de 2 de julio, en sus artículos 85 a 89, dentro del Capítulo II, del Título III se refiere a la expediente de intervención judicial en relación con la patria potestad y se mencionan dos tipos de expedientes:

- El de intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (artículo 86)
- El de adopción de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente (artículos 87 a 89)

Los expedientes relacionados con la patria potestad, se rigen por unas normas comunes contenidas en la Sección 1ª del capítulo que lleva por título “ Disposición Común y que comprende el artículo 85, del siguiente tenor:

“1. En los expedientes a que se refiere este Capítulo, una vez admitida la solicitud por el Secretario Judicial, éste citará a la comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad modificada judicialmente, en su caso o al menor si tuviere suficiente madurez, y en todo caso si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de estos, a su tutor. Se podrá también acordar la citación de otros interesados.

2. El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas. Si estas actuaciones tuvieren lugar después de la comparecencia se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.

3. No será necesaria la intervención de Abogado ni procurador para promover y actuar en este tipo de expedientes”

El expediente de intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, está regulado en el artículo 86.1 de la LJV, que establece:

“1. Se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando el juez deba intervenir en el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores. También serán de aplicación en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o la intervención judicial cuando el titular de la patria potestad fuese un menor de edad no emancipado o hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.

2. Será competente el Juzgado de Primera instancia del domicilio o, en su defecto de la residencia del hijo. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera instancia que la hubiera dictado.

3. Están legitimados para promover este expediente ambos progenitores, individual o conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, también están legitimados sus progenitores y, a falta de estos, su tutor”.

Para iniciar el procedimiento por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad atribuida conjuntamente a ambos progenitores, es preciso:

- que la patria potestad este atribuida a ambos progenitores conjuntamente
- la existencia de una controversia entre los progenitores sobre la toma de una decisión que corresponde adoptar conjuntamente a ambos
- No cabe acudir a este procedimiento cuando la patria potestad haya sido atribuida de manera exclusiva a uno de los progenitores, ni cuando no haya desacuerdo o controversia sobre los extremos que la misma comprende

Para concretar que actos propios del ejercicio de la patria potestad corresponde realizar conjuntamente a ambos progenitores se debe acudir al artículo 156 del Código Civil, que establece:

“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente juicio y en todo caso si fuere mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá exceder nunca de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padre, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio “.

La vía procesal para entablar, debatir y resolver tales desacuerdos, era el procedimiento introducido por la ley Orgánica 1/1996, de protección del menor, que dispuso los trámites de la jurisdicción voluntaria y, si existía ya proceso ordinario de familia, en el contexto del mismo o en ejecución de sentencia que hubiera recaído, que a partir de la entrada en vigor de la ley 1572015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, el 23 de julio de 2015 permite la segunda instancia en este tipo de controversias, lo que con anterioridad estaba vedado.

Como tiene sentada la Jurisprudencia menor, este tipo de desacuerdos no hallan su mejor acomodo en el trámite judicial, pues no existen razones jurídicas para poder en ocasiones determinar que es lo que resulta más conveniente en el caso concreto. La decisión de otorgar la facultad de decidir sobre una cuestión en controversia, a favor de

uno u otro progenitor a veces no depende de un solo factor , sino de varios siendo los mismos heterogéneos .

La necesidad de dotar a las decisiones que se adopten de una cierta estabilidad, tal como señala el artículo 2 de la Ley Orgánica del protección del menor , es uno de los factores a tener en consideración en orden a decidir en este tipo de expedientes .

El artículo 3.2 de la ley de la Jurisdicción Voluntaria establece que “ en todo caso, será necesaria la actuación de Abogado y procurador para presentar los recursos de revisión y de apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente” y en base a dicho mandato debe considerarse de aplicación lo dispuesto en materia de costas en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

2.3.3.La Intervención del Ministerio Fiscal en las exploraciones de menores

La exploración de un menor no se configura como una prueba judicial , no estando incluida entre los medios de prueba del artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , su finalidad no es obtener la certeza sobre unos hechos sino conocer la percepción que el menor tiene sobre el litigio .

El artículo 770.4º de la ley de Enjuiciamiento Civil establece :

“ las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días .

Durante éste plazo, 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 aplicable. Si el procedimiento fuese contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados que tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

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”.

La practica de la exploración ha de venir guiada por los siguientes principios :

- a.Protección del menor
- b.Adecuación a las circunstancias de cada menor
- c.Principio de intimidad
- d.Participación de terceros con carácter excepcional

La protección del derecho a la intimidad del menor , hace necesario que la exploración del menor no sea grabada .

El artículo 754 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dentro del Capítulo primero (de las disposiciones generales) del Título primero del Libro IV (procesos especiales), establece con carácter general para los procesos sobre capacidad , filiación , matrimonio y menores que en ellos podrán *decidir los tribunales , mediante providencia , de oficio o a instancia de parte , que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas , siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté ante ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente ley .*

El artículo 63 de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre , de *Medidas de protección Integran contra la Violencia de Género* también establece la posibilidad de declaración de reserva de las actuaciones .

Además la Instrucción 1/2007 de la Fiscalía general del Estado sobre *.Actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores .* Acoge una recomendación del Defensor del Pueblo para que el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las competencias que le son propias adopte las medidas necesarias para preservar el derecho a la intimidad de los menores .

Esta cuestión debe ser puesta en conexión con la ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia , que en su artículo 9 , en referencia al Derecho del menor a ser oído y escuchado , establece en el segundo inciso del apartado 1 “ en los procedimientos judiciales o administrativos , las comparencias o audiencia del menor tendrán carácter preferente , y se realizarán en forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo , con la asistencia si fuere necesario de profesionales cualificados o expertos , cuidando preservar su intimidad ...”

A ello hay que añadir , que el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece en su primer inciso “ las actuaciones orales en las vistas , audiencias y comparencias ante los jueces y magistrados o , en su caso ante los letrados de la administración de justicia , se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen y no podrán transcribirse “

Lo que a *sensum contrario* interpretan algunos autores , que no siendo las exploraciones de menores propiamente ni vistas , ni comparencias , ni audiencias las mismas no deben ser grabadas y si por el contrario deben ser documentadas por el Letrado de la Administración de Justicia , aunque no de forma literal ; En protección del derecho a la intimidad de los menores, la exploración de un menor no debe ser grabada , sin perjuicio de que dicha actuación y para dejar constancia de la misma deba levantarse un acta por el Letrado de la Administración de Justicia en la que se recogerían de forma sucinta las alegaciones y manifestaciones que tengan trascendencia para adoptar las medidas que afecten al menor , pero que , por razones de intimidad dignidad y para evitar presiones y conflictos de fidelidades ante uno u otro progenitor , no deben ser objeto de grabación de sonido e imagen .

En relación a si el acta en la que se recoge el contenido de la exploración realizada al menor pueden tener acceso terceros ajenos al procedimiento o las propias partes del mismo . En este punto hemos de diferenciar entre :

A)-Terceros ajenos al procedimiento – que no son intervinientes ni partes personadas en el procedimiento - estos no pueden tener acceso al contenido del Acta de exploración del menor .

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2007 sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores , da cuenta de la Recomendación del Defensor del Pueblo de Madrid para que el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus competencias que le son propias adoptara “ las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad afectados en procedimientos de separación o divorcio , procurando que los órganos judiciales , con ocasión de publicar por edictos las resoluciones dictadas en dichos procedimientos , omitan datos tales como nombres , apellidos y domicilio de esos menores o cualesquiera otros que permitan su identificación “

En aplicación de la indicada Instrucción , y con fundamento en el artículo 235 de la LOPJ , el art 2.2 del Reglamento 1/2005 , de 15 de septiembre (actuaciones en archivos) , artículo 234 LOPJ , 140 LEC y artículo 5 Reglamento 1/2005(actuaciones en tramitación) en los procesos en que se resuelva sobre aspectos relativos a la vida familiar de los menores , la intimidad de los mismos constituye límite legítimo frente al derecho de información de los terceros interesados .

B) A las partes en el proceso es un tema debatido y no pacífico .

a) Algunas Audiencias como la de Cantabria SAP Cantabria 3ª de 13 de febrero de 2004 y la de Guadalajara AAP Guadalajara 1ª de 21 de enero de 2004, recomiendan que , en todo caso , se debe dar cuenta sucinta a las partes del resultado si bien omitiendo aquellas manifestaciones del menor que puedan ser utilizadas por las partes para culpabilizar al mismo y concluyen que :

-El hecho de que la exploración de menores no se encuentre incluida en el artículo 299 de la LEC como medio de prueba , no excluye el valor probatorio en cuanto aporta al juzgado conocimientos que se consideran convenientes , en muchos casos imprescindibles , para resolver las cuestiones que afectan al menor en sede del procedimiento de familia , como son la guarda y custodia o sobre el régimen de visitas .

-el hecho de que sea una “prueba peculiar” , el hecho de que la misma se documente , en aplicación del artículo 140.3 de la LEC , solo permitiría acordar el carácter reservado de la totalidad o parte de las actuaciones judiciales por medio de Auto , señalando en su segundo párrafo que las partes , sus representantes y defensores podrán conocer esas actuaciones de carácter reservado .

- cuestionándose que si la exploración de un menor documentada en una acta levantada por el letrado de la Administración de Justicia , puede sustraerse al conocimiento de las partes interesadas y legitimadas , ya que de no darles traslado se verían imposibilitadas de ponderar , la motivación y adecuación de la decisión judicial adoptada en la sentencia .

b) Otras Audiencias como la de Barcelona SAP Sección 18 de 11 de febrero de 2013 (Ponente . Viñas Maestre), abogan por la no necesidad del traslado de la

exploración a las partes litigantes y resolviendo un recurso de apelación en el que se solicitaba la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia por no haberse dado traslado de la exploración realizada al menor a las partes, dice:

“Al respecto cabe señalar que la exploración de menores no constituye un medio de prueba que deba ser sometida al principio de contradicción, sino una diligencia o actuación judicial que tiene como finalidad satisfacer el derecho del menor a ser oído, derecho que viene reconocido en el artículo 12 de la Declaración sobre los derechos del niño de 1989, Carta Europea de los derechos del Niño de 8 de julio de 1992(punto 8.14), Convención Europea sobre el ejercicio de los Derechos de los menores, adoptada en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, art 6b), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, art 24, entre otros instrumentos internacionales y recogido también en nuestra legislación interna, concretamente en el artículo 211-6,2 CCC y artículo 7 de la Llei d’Oportunitats i Drets de la Infància i Adolescència. Se alega por el apelante la vulneración de los artículos 358 y 359 de la LEC, pero en la exploración de menores, el menor no es el objeto reconocido sino el sujeto que ejerce su derecho. Los preceptos que se alegan como infringidos no son por tanto aplicables. La regulación procesal no contempla ninguna norma que determine como se lleva al proceso el contenido de la exploración de un menor, lo que ha dado lugar a las distintas prácticas por parte de los tribunales. En el proceso examinado el Juez no ha documentado el contenido de la exploración pero si ha hecho referencia a dicho contenido en la sentencia. En cualquier caso cabe señalar que no tratándose de un medio de prueba como se ha dicho, no es necesaria la valoración por las partes litigantes, lo que conduce a considerar que no se ha producido indefensión alguna con tal actuación”.

I.-El artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado 2 establece “En los demás procesos a que se refiere este Título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal”.

La ausencia de publicidad de la exploración de un menor, que prevé el artículo 138.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 754 de la misma Ley, no va referida al Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal conforme establece el artículo 124.2 de la Constitución Española “ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

Conforme el artículo 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ley 50/1981 de 30 de diciembre “El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

El artículo 2.5 c) de la ley orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia establece “ Toda medida en interés

superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y en particular : ...c)La participación de progenitores , tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiese conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses “

El Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados , vela por los derechos de estos .

II.-La Sentencia del tribunal Constitucional 17/2006 de 30 de enero , en referencia a un recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal ante la negativa de la Sala a permitir la intervención del Ministerio Fiscal en la exploración de las menores que vulnera la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) , que alcanza el propio interés de los menores , señala que :

-Resulta irrelevante para la negativa al Ministerio Fiscal para intervenir en la exploración de las menores , que la diligencia de exploración de las menores en segunda instancia fuese inicialmente solicitada por el padre de las menores y no por el Ministerio Fiscal , quien se limitó a manifestar su conformidad a que se practicase dicha diligencia , pues es claro , que aunque nadie hubiera solicitado la exploración de las menores , al tratarse de un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de éstas , las cuales por la edad que tenían en aquel momento , gozaban del juicio suficiente para deber ser oídas en el procedimiento (art 9 de la Ley de protección del menor), la Audiencia venia obligada a otorgar un trámite específico de audiencia a las menores antes de resolver el recurso de apelación , de conformidad con nuestra doctrina al respecto (por todas SSTC 221/2002, de 25 de Noviembre FJ5 y 152/2005 de 6 de junio FJ3) .

-No justifica el rechazo de la Audiencia a la intervención del Ministerio Fiscal en la exploración de las menores , que el respeto a la intimidad de éstas obligaba a realizar la diligencia de exploración “ de forma reservada , esto es , sin la asistencia de las partes , cuya presencia – no puede negarse – supondría además una falta de libertad nada deseable de las menores , a las que ya el mero hecho de comparecer les aturde “ Sin embargo tal razonamiento , no puede justificar desde la perspectiva constitucional la decisión del órgano judicial de excluir al Fiscal de intervenir en la exploración de las menores , pues los artículos 138.2 y 754 LEC permiten , en efecto , celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada , esto es , sin asistencia de las partes(sin perjuicio de que la comparecencia del menor pueda realizarse de otro modo , cuidando siempre de preservar la intimidad del menor , como señala el artículo 9.1, párrafo segundo de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor) , pero tal exclusión de publicidad , no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal , que interviene preceptivamente en el proceso (art 749.2 LEC) de forma imparcial (art 124.2 CE y 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados , velando por la primacía del interés superior de éstos (art 2 de la ley Orgánica de protección Jurídica del menor)

Para los intereses de las menores , que el Fiscal ha de defender no basta con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva , sino que el Ministerio Fiscal debe

actuar como garante del interés prevalente de los menores , debiendo y siendo precisa su intervención en la exploración que se practique al menor , permitiendo que el mismo en dicha exploración realice las preguntas que tenga por convenientes sobre el conflicto que afecta a la esfera personal y familiar del menor , pudiendo en su caso solicitar del Juzgado que se adopten las medidas que considere necesarias para la protección del menor .

3.CONSECUENCIAS DE LA NO INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Si bien el artículo 749 de la ley de Enjuiciamiento Civil establece la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal cuando alguno de los interesados en el procedimiento es un menor o incapacitado , la pregunta que nos hacemos es ¿ que sucede cuando el Ministerio Fiscal no puede acudir a los actos señalados en este tipo de procedimientos sea por motivos organizativos , por incompatibilidad de servicios u otro motivo justificado .

Diversas resoluciones dictadas por la Audiencia provincial de Barcelona , han puesto de manifiesto que la inasistencia del Ministerio Fiscal a los actos, comparencias o vistas de un procedimiento de familia no produce la nulidad de actuaciones , así podemos mencionar ;

-Sentencia dictada por la Sección 18 de la Audiencia provincial de Barcelona , en fecha 15 de marzo de 2016 , en la que concluye que “no dará lugar a la nulidad de actuaciones (la falta de presencia del Ministerio Fiscal), siempre y cuando el Ministerio Fiscal haya sido emplazado y notificado de las resoluciones, quedando condicionada su efectiva presencia a la discrecionalidad del propio Ministerio Fiscal, en función de criterios de oportunidad, siendo subsanable en cualquier momento, incluso mediante la intervención en los recursos como señala la Sentencia del tribunal Supremo dictada en fecha 16 de octubre de 2003 .

-Auto dictado por la Sección 12 de la Audiencia provincial de Barcelona, en fecha 28 de septiembre de 2016 , en la que se señala “ Consta que el Ministerio Fiscal ,aunque no estuvo presente en la vista, tuvo un adecuado seguimiento del proceso, sin que su ausencia sea motivo para declarar que cumpliera con su finalidad de dar regularidad al procedimiento, al haber podido amparar a los menores a través de la interposición del recurso de apelación o de la adhesión, oposición o impugnación del mismo.

Añade que la ley procesal exige que el Ministerio Fiscal intervenga en el proceso, aunque su inasistencia al acto de la vista, comunicada al juzgado, no suponga infracción procesal alguna dado que la ley procesal no exige que la intervención del Ministerio Fiscal se realice mediante su presencia en ese acto procesal, bastando que sea oído así como que haya constancia en las actuaciones de su conocimiento de lo actuado...”

Se pone de manifiesto en consecuencia, la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento y aún en el supuesto en el que mismo no haya podido acudir justificadamente a la vista o comparencia a la que había sido citado, su presencia en el procedimiento con conocimiento de lo actuado , emisión de informe , interposición o adhesión al recurso de apelación en su caso interpuesto .

4.REFERENCIA A LA RECOMENDACIÓN 11 DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, SOBRE EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL FUERA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Atendiendo al informe de 2010 de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) sobre normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial ; Constatando la ausencia de normas jurídicas internacionales comunes relativas a las tareas, función y organización de ministerios fiscales fuera del sistema de justicia penal; Convencidos, por tanto, de la necesidad de establecer principios comunes para los Estados miembros acerca del papel del fiscal fuera del sistema de justicia penal; Se recomienda que, cuando el fiscal juegue un papel fuera del sistema de justicia penal, los Estados miembros tomen todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar que este papel sea desempeñado con una atención especial a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y en plena conformidad con el Estado de Derecho, en particular el derecho a un juicio justo.

A. Ámbito de aplicación.

1. Esta recomendación y los principios establecidos en el presente apéndice se aplican para todos los casos en los que el ordenamiento jurídico nacional confíe al Ministerio Público un papel fuera del sistema de justicia penal.

B. Misión de los Fiscales

2. Cuando el ordenamiento jurídico nacional confiera a los fiscales competencias y poderes fuera del sistema de justicia penal, su misión debería ser la de representar el interés general o público, proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la de respetar el Estado de Derecho.

C. Principios comunes

3. Las competencias y los poderes de los fiscales fuera del sistema de justicia penal deben ser establecidos en todos los casos por la ley y claramente definidos para evitar cualquier ambigüedad.

4. Como en el ámbito del derecho penal, los fiscales deberían ejercer sus competencias y poderes fuera del sistema de justicia penal en plena conformidad con los principios de legalidad, objetividad, equidad e imparcialidad.

5. La Recomendación Rec(2000)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal se debería aplicar, mutatis mutandis, a los fiscales con competencias y poderes fuera del sistema de justicia penal en lo que se refiere a: - garantías para ellos en el ejercicio de sus funciones; - sus relaciones con el ejecutivo, el legislativo y el judicial; y - sus deberes y responsabilidades hacia los individuos.

6. Los Ministerios Fiscales deberían adoptar un enfoque de trabajo tan transparente y abierto como sea posible, respetando su deber de confidencialidad

5. CONCLUSIONES

Como se indica en la recomendación del comité de Ministros del Consejo de Europa, el ámbito, la misión y los principios que debe regir la actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito no penal, se basan en la sujeción a la legalidad y tienen por misión la defensa del interés general, con objetividad, equidad e imparcialidad. Siendo imprescindible la intervención en los procedimientos Civiles y puntualmente en los que afectan al derecho de Familia en defensa de los intereses de los menores, siendo siempre obligada su intervención presencial donde allí sea llamado o por informe o dictamen para asegurar la objetividad, equidad e imparcialidad que su preceptiva intervención aporta al procedimiento.

