

**¿ES PRESCINDIBLE LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL ÁMBITO DEL
DERECHO DE FAMILIA?**

Juan Carlos Socorro Marrero.

**Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 (Juzgado de Familia) de Las
Palmas de Gran Canaria.**

**Procesos matrimoniales. Resoluciones sobre guarda y custodia. Criterios de determinación de
la pensión alimenticia para los hijos menores. Pericial psicosocial. Maternidad subrogada.
Criterios del Tribunal Supremo
19 y 20 de marzo de 2018**

SUMARIO

RESUMEN	2
1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. SOBRE EL PAPEL (MÁS O MENOS) PRESCINDIBLE DEL FISCAL EN EL DERECHO DE FAMILIA.....	4
2.1 EL MINISTERIO FISCAL Y EL PROCESO CIVIL EN GENERAL.....	4
2.2 LAS FUNCIONES ACTUALES DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO CIVIL.....	4
2.3 LA PROPUESTA DE REVISIÓN EN PROFUNDIDAD DEL MARCO FUNCIONAL PROPIO DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL CONTENIDA EN EL LIBRO BLANCO DEL MINISTERIO FISCAL DE 2.013.....	6
2.3.1. El Ministerio Fiscal en los procesos no penales, según el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013. Razones y principios del modelo propuesto.....	6
2.3.1.1. Las razones generales de la propuesta.....	6
2.3.1.2. Los “principios” del nuevo modelo que se propone.....	6
2.3.2 Diagnóstico de la situación y propuestas de revisión de la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso civil, según el Libro Blanco.....	8
2.3.2.1. Visión general de la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil.....	8
2.3.2.2. Las propuestas de revisión de las funciones del Ministerio Fiscal en los procesos civiles que no están relacionados con el Derecho de Familia.....	9
2.3.3. El Libro Blanco del Ministerio Fiscal y los procesos relacionados con el Derecho de Familia.....	9
2.4 EL REPROCHE DOCTRINAL A LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN CIERTOS PROCESOS CIVILES.....	10
2.5 EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA PRÁCTICA ORIENTADA A PRESCINDIR (EN MAYOR O MENOR MEDIDA) DE MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS CIVILES.....	11
2.5.1 La eliminación o limitación de la intervención del Ministerio Fiscal en ciertos ámbitos del Derecho Privado.....	12
2.5.2 La falta de intervención del Ministerio Fiscal en ciertos procesos (o en ciertos actos procesales) relacionados con el Derecho de Familia.....	13
3. PORQUÉ NO ES (NI DEBE SER) PRESCINDIBLE EL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE DERECHO DE FAMILIA.....	16
3.1 RAZONES DE DERECHO POSITIVO PARA LA CONTINUACIÓN (O INCREMENTO) DE LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA.....	16
3.1.1 Una reflexión desde la Constitución Española y los tratados internacionales.....	16
3.1.2 La Ley Orgánica del Poder Judicial, el E.O.M.F., y el art. 2.5 c) de la Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	18
3.1.3 Las (otras) normas de Derecho Procesal.....	19
3.2 RAZONES DOCTRINALES.....	21

3.2.1. Desde la Fiscalía General del Estado.....	21
3.2.2. La familia y el Derecho de Familia ahora.....	22
3.2.3. La “Agenda Universal 2.030” de las Naciones Unidas y su interés como marco de actuación del Ministerio Fiscal.....	22
3.2.4. En especial, las razones por las que el Ministerio Fiscal debe seguir actuando en los expedientes de jurisdicción voluntaria propios del Derecho de Familia.....	23
3.3 RELEVANCIA EN LA PRÁCTICA DE LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA.....	24
3.3.1 ¿Pueden estar suficientemente representados y amparados sin la intervención del Ministerio Fiscal los intereses que se deben tutelar en el ámbito del Derecho de Familia?.....	24
3.3.2 ¿Es realmente prescindible el Ministerio Fiscal en el examen del presunto incapaz en los procedimientos sobre modificación de la capacidad de obrar?.....	26
3.3.3. Las ventajas, en general, del papel activo del Ministerio Fiscal en los procesos relacionados con el Derecho de Familia. Sobre su labor suficiente y satisfactoria o no en ellos.....	27
4. CONCLUSIONES.....	30
BIBLIOGRAFÍA.....	32



Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN

La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso civil hoy, y, en concreto, en los procesos sobre Derecho de Familia suscita interrogantes que se refieren a si es o no prescindible su papel en esos procesos (y, si no lo es, en qué medida puede llegar a serlo). El problema se analiza desde el punto de vista dogmático, desde el derecho positivo, y desde el conocimiento fáctico disponible. Una respuesta a esa cuestión puede hallarse con el estudio del marco general de actuación del fiscal en los procesos civiles, el análisis de las propuestas contenidas en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013, el repaso de algunas normas jurídicas, y con la cita de ciertas orientaciones doctrinales y prácticas. Pero la respuesta que se entiende más conveniente, la que puede ser más receptora del consenso racional de la comunidad jurídica, es aquella que resulta, sobre todo, de una interpretación constitucional de la actuación del Ministerio Fiscal, reforzada por ciertas experiencias prácticas y por la constatación de las ventajas de su intervención en esos procesos.

1. INTRODUCCIÓN.

Recientemente se ha publicado un trabajo¹ acerca de la necesidad de una regulación legal del tratamiento ambulatorio involuntario de las personas que padecen una enfermedad psíquica. En ese estudio se citan las diversas propuestas efectuadas por los poderes públicos para poder ordenar jurídicamente el problema. Entre ellas se menciona el Proyecto de Ley (121-000109/2.006) de Jurisdicción Voluntaria de 20 de octubre de 2.006. En el párrafo segundo del art. 85 de ese texto se decía lo siguiente: “Igualmente, podrá promover el expediente el Ministerio Fiscal, si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no lo hubieran promovido”. Las personas a las que se refería la norma eran “el cónyuge del paciente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos del enfermo, tutores, curadores o titulares de la patria potestad del mismo, así como el facultativo que atienda al paciente o responsable del servicio de salud mental al que el mismo esté adscrito”. La redacción de ese artículo recordaba a la del apartado segundo del art. 757 de la Ley 1/2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.) cuando, a propósito de la “Legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad”, dice que “el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado”. La norma también evocaba el deber del Ministerio Fiscal, previsto en el art. 228 del Código Civil (C.c.), en relación con el art. 222.2º de dicho Código, de pedir la constitución de la tutela cuando tuviere conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a ésta, deber que abarca también al supuesto de personas que deban ser objeto de otra forma de protección como la curatela (arts. 287 y 291 del C.c.).

En el trabajo antes citado, que aborda el problema del tratamiento ambulatorio involuntario desde el punto de vista médico y jurídico, se resalta que en muchas ocasiones el entorno familiar del paciente no tiene habilidades para asegurar que éste se someta al tratamiento pautado. Son casos en los que la persona decide abandonar dicho tratamiento porque no tiene conciencia suficiente de su enfermedad, o porque cree haber mejorado de ella después de haberlo iniciado. En esas situaciones, en las que existe un elevado riesgo de que el paciente no sólo se cause daño a sí mismo sino que provoque graves perjuicios (materiales e incluso físicos) a terceros, y en las que las personas cercanas al paciente (si existieran) pueden hallarse desbordadas, o, como se dice en el estudio, “ánimicamente bloqueados, incapaces de reaccionar y temerosos de la respuesta violenta que en breve podrían sufrir de manos de su familiar enfermo”, la actividad de las instituciones del Estado (en concreto, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal) se produce para ratificar (o informar favorablemente) una medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico que se haya dispuesto de forma inmediata por razones de urgencia, es decir, tiene lugar para limitar de forma (más) importante la libertad de las personas, cuando no para investigar y sancionar, en el seno de la jurisdicción penal, las conductas de éstas después de que los daños ya se hayan producido, incluso con la adopción de medidas cautelares (como las órdenes de alejamiento) que, como indica el trabajo mencionado, “no hacen sino convertir a los familiares en responsables de que su hijo o hermano pase a vivir prácticamente en la calle”.

Esas consideraciones me han hecho reflexionar sobre la importancia actual de la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso civil, y, en particular, en los procesos relacionados con el Derecho de Familia. Una de las cuestiones que se plantean en esta mesa redonda es si es prescindible (y si no

¹ Fuertes Rocañin, José Carlos, Rodríguez Lainz, José Luis, Fuertes Iglesias, Carlos, y Naranjo Rodríguez, Jessica, “Necesidad de regulación legal del tratamiento ambulatorio involuntario en pacientes psiquiátricos”, Diario LA LEY, nº 9.123, de 22 de enero de 2.018, Editorial Wolters Kluwer.

lo es, en qué medida o grado puede llegar a serlo) la intervención del Fiscal en el ámbito del Derecho de Familia. Examinaré a continuación ese problema (y las soluciones al mismo) desde el punto de vista dogmático, desde el derecho positivo, y también desde el conocimiento práctico que, humildemente, dispongo. Ello me permitirá expresar la visión que yo tengo del papel del Ministerio Fiscal en relación a esta rama del Derecho, y, en particular, la relevancia o no de su actuación en los procesos civiles sobre Derecho de Familia que tienen una mayor incidencia en el trabajo cotidiano de los Juzgados y Tribunales (los procedimientos matrimoniales y, en general, sobre adopción de medidas paternofiliales, y los procesos sobre modificación de la capacidad de las personas).

2. SOBRE EL PAPEL (MÁS O MENOS) PRESCINDIBLE DEL FISCAL EN EL DERECHO DE FAMILIA.

2.1 EL MINISTERIO FISCAL Y EL PROCESO CIVIL EN GENERAL.

Se ha dicho en la doctrina que el proceso civil no es el “campo normal de actuación” (el más frecuente por su importancia práctica) del Ministerio Fiscal². Ello se explica por dos razones: una, en atención a los intereses relevantes en juego en dicho proceso, porque esos intereses son generalmente privados, propios de un círculo reducido de personas guiadas en sus actos, entre otros, por el principio de autonomía de la voluntad (y aunque el respeto a ese principio sea reiterado, precisamente, como fundamento de la invariabilidad de algunos pactos, como los plasmados en los convenios reguladores, que se conocen en ciertos procesos civiles – propios del Derecho de Familia - en los que interviene el Ministerio Fiscal); la otra razón tiene alcance constitucional: según el art. 124 de la Constitución Española (C.E.), el Ministerio Fiscal “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad”, y su referencia principal de actuación puede entenderse que es la defensa del “interés público tutelado por la ley” y “la satisfacción del interés social”. Se contraponen así las nociones de interés privado e interés público (o social), con el que se vincula al Ministerio Fiscal, para llegar, como lógica consecuencia, a la conclusión según la cual el Fiscal no debería actuar (o debería actuar menos, de manera subsidiaria, o, como se verá a continuación, “potestativa”) cuando el objeto del proceso se refiera a intereses privados. Sin embargo, dicho resultado puede no ser satisfactorio porque implica omitir que también la C.E. (y luego la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal – E.O.M.F.-) atribuye a éste la misión de promover la acción de la justicia en defensa “de los derechos de los ciudadanos”, a petición de éstos (o de oficio), es decir, de personas privadas cuyos derechos no quedan abandonados al libre juego de la autonomía de la voluntad.

2.2 LAS FUNCIONES ACTUALES DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO CIVIL.

A pesar de no ser el proceso civil el ámbito (más) frecuente de actuación del Ministerio Fiscal, el Ordenamiento Jurídico prevé su intervención en él, lo que se explica por lo que la doctrina denomina “publicización de parte del derecho civil”³.

Como se sabe, en la actualidad el Ministerio Fiscal interviene en algunas ocasiones en el proceso civil (en los casos concretos en que así lo prevé la ley) como parte, condición que asume con plenitud, aunque es cierto que es una parte especial porque el interés que representa y defiende no es privado, ya que actúa en defensa del interés público o social, el interés de la sociedad plasmado en la ley, cuya defensa le incumbe con sujeción a los principios de unidad de actuación,

² Montero Aroca, Juan, “*Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*”. Editorial Tirant lo Blanch. 24ª Edición. Valencia, 2.016, p. 117.

³ Montero Aroca, Juan, “*Proceso Civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, y quince ensayos*”. Editorial Tirant Lo Blanch. 2ª Edición. Valencia, 2.011.

dependencia jerárquica, respeto a dicha ley e imparcialidad. En esos casos el Ministerio Fiscal actúa con una legitimación propia para la tutela de los intereses de la sociedad. Su misión se prevé así en el art. 3.6 del E.O.M.F.: “tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley”. El Ministerio Fiscal “toma parte”⁴ en el proceso civil, en esos supuestos, por razón de la naturaleza especial de la materia que es objeto del mismo.

El Ministerio Fiscal actúa también en el proceso civil como representante legal y defensor de los intereses específicos de ciertas personas (los menores, las personas con capacidad modificada judicialmente y los ausentes). Su función la expresa así el art. 3.7 del E.O.M.F.: “Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”. En esos casos su intervención se justifica por el grado de desarrollo o la situación de desprotección en la que se encuentra el titular del derecho, que necesita que alguien lo ejercite hasta que se constituya el órgano de representación correspondiente (“en el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél”, dice el art. 8.2 de la L.E.C., y el art. 299 bis del C.c. señala que “cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal (...”).

El Ministerio Fiscal también interviene en el proceso civil con una función dictaminadora. Así, expresa en ciertos casos una opinión jurídica sobre cuestiones, de derecho material o procesal, en las que está afectado el interés público. En esos supuestos responde (con un informe o dictamen) al órgano judicial tras habersele dado “audiencia” (por ejemplo, en el caso del art. 38 de la L.E.C.), “vista” (así en el art. 48.3 de la L.E.C.), ser “oído” (en el caso del párrafo segundo del art. 569.1 de la L.E.C.), o haber recibido los autos (art. 169.2 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, Concursal – L.C.-).

Según el art. 4 de la Ley 15/2.015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (L.J.V.), “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”. Esa norma reproduce para los expedientes de jurisdicción voluntaria las tres clases de funciones básicas, antes señaladas, que tiene el Ministerio Fiscal en el proceso civil, si bien, dado que esos procedimientos se promueven para “la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso” (art. 1.2 de la L.J.V.), en ellos, “al igual que el resto de los sujetos intervinientes, no puede tener la consideración dogmática de parte, aunque sí de solicitante o interesado”⁵. Así, el Ministerio Fiscal actúa en los expedientes de jurisdicción voluntaria una vez como solicitante (por ejemplo, puede promover el acogimiento de menores – según la Disposición Adicional 1 a) de la L.J.V.-), en otras como representante legal de menores, personas con capacidad modificada judicialmente o ausentes (en los expedientes de autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de esas personas – art. 64.1 de la L.J.V.-, los promovidos para la intervención judicial en relación con la patria potestad – art. 85.1 y 2 de la L.J.V.-, en el expediente

⁴ Ello no tiene el mismo significado que constituirse en parte o ser simple parte en el proceso, pues “tomar parte” es una expresión más amplia que significa intervenir en un proceso, y cabe participar o meter baza en el proceso sin ser parte y sin ser juez. Así lo indicó González Soler, Olayo Eduardo, en “*El Ministerio Fiscal en los procesos que afectan a la infancia*”, en la publicación “*Protección de Menores en el Código Penal*”. Cuadernos de Derecho Judicial. Volumen nº 12, 1.998, pp. 60 y ss.

⁵ Liébana Ortiz, Juan Ramón, y Pérez Escalona, Susana, “*Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria*”. Thomson Reuters Aranzadi, 2.015, p. 109.

de aceptación y repudiación de la herencia – art. 94.3, en relación con el art. 93.2 a) y b), de la L.J.V., etc), y, en otras ocasiones (aunque puede hacerlo simultáneamente con la tarea anterior), expresa una opinión jurídica, es decir, desempeña una función dictaminadora (se le da “audiencia” - dice, por ejemplo, el art. 16.2 y 3 de la L.J.V.- para ello) respecto a ciertas cuestiones antes de la aplicación judicial del derecho.

2.3 LA PROPUESTA DE REVISIÓN EN PROFUNDIDAD DEL MARCO FUNCIONAL PROPIO DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL CONTENIDA EN EL LIBRO BLANCO DEL MINISTERIO FISCAL DE 2.013.

2.3.1. El Ministerio Fiscal en los procesos no penales, según el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013. Razones y principios del modelo propuesto.

2.3.1.1. Las razones generales de la propuesta.

El Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013 da cuenta, con datos estadísticos, de “los recursos que consumen los órdenes jurisdiccionales distintos al penal” en cuanto a la asistencia a vistas y a la presentación de demandas efectuadas por los miembros del Ministerio Fiscal ante los Tribunales de esos órdenes jurisdiccionales. El texto considera necesario revisar “los criterios” conforme a los cuales se atribuyen funciones al Fiscal para su actuación en ellos. También considera imprescindible retocar la forma con la que el Ministerio Fiscal desempeña sus funciones en ese ámbito, considerado ajeno a su “campo normal de actuación”. Las razones básicas que explican esos objetivos son dos: una es “la anunciada atribución de nuevas competencias en el orden penal”; la otra es el propósito de corregir lo que se denomina “tendencia expansiva” (en lo que se refiere a la atribución legal de funciones que implican una actuación en procedimientos no penales) que considera aplicada en ocasiones sin justificación (sin la concurrencia de un “interés público y/o social relevante”), y sin la correlativa asignación de medios. Así, el Libro Blanco entiende que en nuestro país ha llegado el momento de cambiar el modelo de actuación del Ministerio Fiscal cuando intervenga fuera del proceso penal, que “el Ministerio Fiscal en el Siglo XXI”⁶ en todos los órdenes jurisdiccionales que no sean el penal debe reflejar por disponerlo la ley, más atenuadamente, la “publicización” de los derechos antes citada. Ello se trata, en principio, de una legítima opción, basada en criterios ciertos e identificables (los criterios de “necesidad y eficacia”, que se citan expresamente), que se proponen ponderar con los “recursos” - humanos y materiales- existentes, y el número de asuntos que se plantean en los Tribunales no pertenecientes al orden jurisdiccional penal.

2.3.1.2. Los “principios” del nuevo modelo que se propone.

El Libro Blanco del Ministerio Fiscal parte, antes de indicar el “diagnóstico de la situación” y las “propuestas” de modificación de la intervención de éste en los órdenes jurisdiccionales distintos al penal, de unos “principios” generales que deberían guiar el nuevo modelo. En realidad, alguno de estos “principios” no suponen una alteración del patrón actual de actuación del Ministerio Fiscal. Así, cuando se dice que “en el caso de que fuera procedente su actuación, el Ministerio Fiscal debe intervenir en el proceso con las mismas facultades y en las mismas condiciones que el resto de las partes”, y cuando se señala que “cuando se entienda que el Fiscal debe intervenir, debe hacerlo de la forma más amplia posible”, no se añade nada en especial respecto a su función como parte en ciertos procesos en los que la ley le asigna la defensa de los intereses de la sociedad, condición procesal de parte (o de “solicitante”) que debe

⁶ Guibert Ovejero-Becerra, Santiago, “*El Ministerio Fiscal en el Siglo XXI*”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.017. A pesar del título de la obra, que parece abarcar todos los ámbitos de actuación procesal del Ministerio Fiscal, no se ocupa de la intervención de éste en el orden jurisdiccional civil pues, como se descubre desde su prólogo, se dedica a su actuación en el ámbito penal.

asumir, por esa razón, con plenitud.

Lo realmente novedoso en el Libro Blanco, y lo que sugiere la opción por el carácter prescindible (en mayor o menor medida) de la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso civil (y en los procesos que se tramiten en los Tribunales de los demás órdenes jurisdiccionales que no son el penal), es la proposición de un conjunto de “principios” (en verdad, nuevas formas de actuar las funciones constitucional y estatutariamente asignadas al Ministerio Fiscal) que, por su relevancia para su debate, se ordenan aquí del siguiente modo:

1º Se propone que la intervención del Ministerio Fiscal (en el proceso civil y en los demás procesos no penales) sea “potestativa” (“debería ser potestativa, ponderando los intereses en conflicto”, se dice). Pero ello se matiza a continuación. La manera y el momento de actuar no se quiere dejar al criterio individual de cada Fiscal, pues, al contrario, para evitar actuaciones dispares o sin el suficiente examen, se dice que la nueva opción debería ir acompañada de un “claro impulso unificador de criterio a través de Circulares de la Fiscalía General del Estado y el control interno a través de los órganos de coordinación del Ministerio Fiscal y de la propia inspección en último caso”.

El “principio” de actuación “potestativa” del Ministerio Fiscal ante los Tribunales de los órdenes jurisdiccionales no penales es, a primera vista, al menos llamativo, y ello aunque, en el fondo, no se quiera decir lo que parece afirmarse. Sobre la utilidad de ese “principio” (que “sería de gran utilidad”, se dice en el Libro Blanco) en el proceso civil y, en especial, en los procesos relacionados con el Derecho de Familia, se expondrá más adelante lo que se expresa en ese documento, al indicar las razones de la opción por el carácter prescindible (o de menor fuerza) de la actuación del Ministerio Fiscal en dichos procedimientos.

2º Como complemento del “principio” anterior, y para su efectividad práctica en el proceso no penal, se propone que el Ministerio Fiscal actúe en él después de la parte demandada (“su intervención en el proceso debería producirse con posterioridad a la de las partes demandadas”, se indica en el Libro Blanco). Este (nuevo, o no tanto, en la práctica) criterio de actuación del Ministerio Fiscal se justifica con un propósito determinado: “con la finalidad de que se pueda valorar el objeto de la controversia y la pertinencia de su intervención”. Ello enlaza con la revisión de la forma de desempeñar sus funciones que se postula, y con los criterios generales, de necesidad y eficacia de éstas, que la inspiran.

Este “principio”, que afecta a la ordenación del proceso (no penal), y que sitúa al Ministerio Fiscal en una posición no igual al resto de las partes cuando no pida la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, no es especial por lo que se razona en el Libro Blanco (cuando en él se propone que se relegue su actuación al momento en que ya la hayan efectuado las partes demandadas “dado que en los órdenes jurisdiccionales distintos al penal el Fiscal se encuentra necesariamente ubicado fuera del círculo en que se genera el conflicto”), pues el Ministerio Fiscal, también en el orden penal (y más aún si cabe en él), se halla institucionalmente fuera de ese “círculo”, ya que se encuentra “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial” (art. 2.1 del E.O.M.F.).

3º El Libro Blanco propone una menor actuación del Ministerio Fiscal en los procedimientos no penales. No sólo se opta en el documento por limitar la manera y el momento en que en ellos ha de actuar (con carácter “potestativo”), al prever la intervención del Fiscal en esos ámbitos en coherencia con el propósito de corregir la afirmada “tendencia expansiva” de la atribución legal de funciones que le afectan. También se prefiere corregir los casos (el tipo y el número de casos) en que debería intervenir. Así, se sostiene que “la intervención del Ministerio Fiscal sólo debería extenderse a supuestos en que existan especiales circunstancias de interés público que lo aconsejen”.

Al formular este “principio” (que se enuncia como una especie de “principio de intervención mínima” del propio Ministerio Fiscal en los asuntos no penales) no se dice, a diferencia de lo que ocurre con el carácter “potestativo” de su actuación, que su aplicación práctica habría de ir acompañada también de una labor de unificación de criterios desde la Fiscalía General de Estado, y del control interno de su ejercicio. El “principio” se conforma, más bien, como una opción de actuación ofrecida al legislador, que es quien debería en cada caso, y sin perjuicio de la actividad unificadora y de control de los órganos que integran el Ministerio Fiscal, concretar los casos en que sería aconsejable (por las “especiales circunstancias” concurrentes) que éste interviniera.

4º Por último, el Libro Blanco del Ministerio Fiscal propone un criterio de atribución de funciones a éste, para su actuación ante los Tribunales de los órdenes jurisdiccionales distintos al penal, que no afecta en especial a los procedimientos relacionados con el Derecho de Familia. Parte del hecho indiscutible de que las funciones del Fiscal están “imbricadas en el ámbito de la Administración de Justicia”, y postula, por ello, que su intervención se limite, en la esfera puramente administrativa, a “aquellos supuestos en que las cuestiones se ventilen ante los órganos judiciales” (el documento se refiere particularmente al momento en que se consolide el marco legal previsto para el Registro Civil).

2.3.2 Diagnóstico de la situación y propuestas de revisión de la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso civil, según el Libro Blanco.

2.3.2.1. Visión general de la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil.

Las funciones del Ministerio Fiscal en el proceso civil en la actualidad se someten en el Libro Blanco del 2.013 a un análisis crítico. No omite el documento las tres funciones básicas (además de la actuación en los expedientes de jurisdicción voluntaria) que desempeña el Ministerio Fiscal hoy en dicho proceso (como parte, como representante legal de los menores, las personas con capacidad modificada judicialmente y los ausentes, y como dictaminador), pero, antes de proponer ciertos cambios, quiere constatar en qué estado se encuentran esas funciones. Así, junto a la “intervención del Fiscal en condiciones de plena igualdad con el resto de las partes, como garante de los derechos de los menores o personas con discapacidad afectados por el conflicto”, se refiere a su “intervención limitada sólo a aquellos casos en que el interés del menor o persona con discapacidad no aparezca suficiente o adecuadamente representado”, y a su papel, por fin, como “dictaminador o vigilante de la legalidad, sin necesidad de adoptar una posición material en el procedimiento”, pero todas esas actuaciones las juzga heterogéneas, aparentemente carentes de criterio sistemático (o, en general, sin responder a unos criterios que entienda más correctos y suficientes – los de “necesidad y eficacia” -, que deberían, según el documento, inspirar en el futuro la ordenación de la actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales de todos los órdenes jurisdiccionales distintos al penal).

Según el Libro Blanco, el marco funcional propio del Ministerio Fiscal en el orden jurisdiccional civil se caracteriza por su “hipertrofia”, con una “variedad” y “profusión” de tareas encomendadas.

En general, el documento entiende que no es suficiente (no es un criterio suficiente para determinar la actuación del Ministerio Fiscal) “la función de mera salvaguarda del cumplimiento de las normas in genere”, que, más adelante, contrapone a su papel como parte en el proceso civil en condiciones de igualdad con el resto de las que actúan en él.

Con esa básica censura del vigente modelo o marco funcional del Fiscal en el proceso civil, se proponen en el documento ciertas reformas que alcancen una finalidad concreta: “dedicar nuestros recursos a aquellas materias que realmente lo requieran, y, además, hacerlo de forma eficaz, superando así la actual situación en la que se observa, con carácter general, una insuficiente e insatisfactoria labor en esta jurisdicción” (la jurisdicción civil).

Con esos antecedentes, poco favorables a la situación actual del Ministerio Fiscal en el proceso civil, sería lógico efectuar ciertas propuestas que implicaran matizar la actuación del Fiscal en dicho proceso, o reducir su papel en él.

2.3.2.2. Las propuestas de revisión de las funciones del Ministerio Fiscal en los procesos civiles que no están relacionados con el Derecho de Familia.

Junto con la conservación de las funciones asignadas ahora al Ministerio Fiscal en defensa de los derechos fundamentales (“en coherencia con una larga tradición que configura al Ministerio Fiscal como una institución garante de los derechos más elementales de los miembros de una comunidad, como son precisamente los derechos fundamentales”, dice el Libro Blanco), y en materia de Derecho del Consumo (el art. 11.5 de la L.E.C. dice en la actualidad, tras la Ley 3/2.014, de 27 de marzo, que “el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”), el documento propone suprimir las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal en aquellos procedimientos civiles “en los que no se observe un interés público y/social relevante que justifique su intervención (...)”. Entre esos procesos, distintos de los relacionados con el Derecho de Familia, y de los que no cabe hacer una exhaustiva mención aquí por exceder ello el objeto de este trabajo, se incluyen en la propuesta, en el ámbito del derecho de propiedad, los expedientes de dominio (la supresión de la actuación del Ministerio Fiscal se hizo realidad en relación a esos procedimientos tras la entrada en vigor de la Ley 13/2.015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria), y, en general, los que afectan a cuestiones procesales como la reconstrucción de actuaciones judiciales (la vigente L.E.C. conserva, sin embargo, la plena intervención del Ministerio Fiscal como parte en dichos procedimientos – art. 232.2 de la L.E.C.-).

2.3.3. El Libro Blanco del Ministerio Fiscal y los procesos relacionados con el Derecho de Familia.

En relación a los procesos relacionados con el Derecho de Familia, el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013 contiene especiales propuestas sobre la actuación de éste en ellos. Son las siguientes:

1ª La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de Derecho de Familia debería configurarse como potestativa, “ponderando la existencia de intereses en conflicto que pudieran repercutir de manera negativa en el interés del menor o de la persona con discapacidad”. Según el Libro Blanco, solamente la existencia de aquellos intereses (los que puedan causar consecuencias negativas al interés superior del menor o de la persona con discapacidad) justificaría la participación del Fiscal en dichos procesos. Para ello, el documento indica que desde la Fiscalía General de Estado se determinarían los supuestos concretos en que procedería o no la intervención del Fiscal.

La actuación potestativa del Ministerio Fiscal es uno de los “principios” (una de las nuevas formas de actuar sus funciones) que se postulan respecto de la intervención del Ministerio Fiscal en en los procedimientos que tramitan los Tribunales pertenecientes a los órdenes jurisdiccionales distintos del penal. Según el Libro Blanco, su aplicación práctica “sería de gran utilidad en los procesos de familia en los que en muchas ocasiones los intereses que se tutela aparecen suficientemente representados y amparados sin que la intervención del Fiscal aporte verdadero valor añadido”.

La intervención “potestativa” enlaza, como se ha dicho, con los criterios de “necesidad y eficacia” que resalta el Libro Blanco, y que éste reitera a propósito, precisamente, de los procesos relacionados con el Derecho de Familia. El documento parte al formular ese “principio” de un análisis de la situación de las Fiscalías según la cual “nuestra intervención no siempre resulta necesaria para

garantizar la adecuada defensa del supremo interés del menor o de la persona con discapacidad” dado que, “en ocasiones, los puntos objeto de discusión no afectan al interés superior del menor”. No obstante, el propio Libro Blanco incluye, como propuesta de actuación del Ministerio Fiscal en los asuntos civiles (en todos), aquella que consiste en que “el Fiscal debe intervenir con plenitud de facultades procesales” en ciertos casos en los que han de ser protegidos los derechos de los menores de edad o de las personas con discapacidad. El “principio” de actuación potestativa parece contradecir esta última propuesta, que se formula de forma imperativa (“debe intervenir”, se dice), y que no constituye ninguna novedad con respecto al marco funcional actual del Ministerio Fiscal conforme a los apartados sexto y séptimo del art. 3 del E.O.M.F.

2ª El momento procesal para que el Ministerio Fiscal conteste a la demanda debería ser “con posterioridad al resto de las partes demandadas, y no de manera simultánea, con la finalidad de que se pueda valorar el objeto de la controversia y la pertinencia de su intervención”. Esta propuesta de actuación está relacionada con la anterior, pues, si se postula que en unos casos intervenga el Fiscal y en otro no, lo lógico es que éste pueda valorar los “intereses en conflicto” (todos, y no sólo el de la parte demandante) antes de decidir si su intervención es necesaria en el caso.

3ª La coordinación de los señalamientos con el Ministerio Fiscal. El Libro Blanco propone que imperativamente se establezca que la fecha y la hora de las vistas o de los trámites equivalentes se efectúe por los letrados de la Administración de Justicia (sujetándose a los criterios e instrucciones dadas por el titular del órgano jurisdiccional unipersonal o los Presidentes de Sala o Sección de los Tribunales colegiados) “en coordinación con el Ministerio Fiscal en los procedimientos en que las leyes prevean su intervención”, es decir, prever en la ley procesal como obligatoria esa coordinación, a la que se refiere el art. 182.4 de la L.E.C. tras la reforma de ésta efectuada por la Ley 13/2.009, de 3 de noviembre. En la actualidad, la coordinación con el Ministerio Fiscal es una más de las circunstancias que los letrados de la Administración de Justicia tienen en cuenta (junto con el orden en el que los procedimientos lleguen a estado en que deba celebrarse vista o juicio, disponibilidad de sala y recursos humanos en la Oficina Judicial, y el tiempo que fuera preciso para las citaciones y comparecencias de los testigos y peritos) para efectuar los señalamientos.

4ª Según el Libro Blanco, “la Ley debería establecer el carácter no obligatorio de la asistencia del Fiscal al examen del presunto incapaz”. La propuesta abarca a toda clase de procesos sobre modificación de la capacidad de las personas, y con independencia o no de la aptitud de éstas para desplazarse al órgano jurisdiccional para ser examinada (antes o durante la celebración de las vistas o comparecencias).

5ª De forma general, en relación a todos los conflictos civiles, se defiende el impulso y potenciación de la mediación civil como medio para resolver los mismos.

Como se puede apreciar, en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013 se contiene una propuesta de revisión favorable a corregir la intervención de éste en el proceso civil, y, en concreto, en los procesos relacionados con el Derecho de Familia. No se desea que el Ministerio Fiscal abandone por completo sus funciones en dichos procesos, pero sí se quiere matizar (reducir o eliminar al menos parcialmente), por diversos criterios, su papel en ellos (o en ciertos trámites de esos procedimientos). Pero ese documento no es la única expresión de una solución al problema (sobre si es o no prescindible el Ministerio Fiscal en el ámbito del Derecho de Familia) que aquí expongo. Existe también en la doctrina, en relación a ciertos procedimientos civiles en los que interviene el Ministerio Fiscal, la opinión favorable a entender innecesaria su actuación. También la realidad legal y la práctica muestran cierta tendencia proclive (o al menos no opuesta) a relegar al Ministerio Fiscal en los procesos civiles.

2.4 EL REPROCHE DOCTRINAL A LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN CIERTOS PROCESOS CIVILES.

Entre los principios del proceso se incluyen, según alguna clasificación doctrinal⁷, los relativos a la pretensión y al derecho subjetivo material. Son los principios dispositivo o de oportunidad y el principio de necesidad u oficialidad, que informan el objeto del proceso. Indican qué sujetos de éste (las partes o el juez) son los titulares de la pretensión, y cuál es la vinculación del órgano jurisdiccional con respecto al objeto del proceso. También se incluyen los principios relativos a la formación de los hechos en el proceso (el principio de aportación y el de investigación de oficio), que se enuncian en atención a los sujetos procesales (igualmente, si a las partes o al juez) a quienes corresponde la introducción y prueba del material fáctico en el proceso. En los llamados por Calamandrei “procesos civiles inquisitorios” (los procesos civiles matrimoniales – de nulidad matrimonial, separación y divorcio-, los de filiación, y de modificación de la capacidad de obrar), en los que en el conflicto prevalece el interés público consistente en tener certeza sobre el estado civil de las personas y proteger los intereses de los menores, las personas con discapacidad, y los ausentes, rigen los principios de necesidad y de investigación de oficio. Precisamente por ello se ha cuestionado doctrinalmente el papel del Ministerio Fiscal en esos procesos, pues se ha dicho que su intervención no añade una garantía mayor que la que deben ofrecer los órganos jurisdiccionales.

En concreto, a propósito de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de filiación (el art. 749.1 de la L.E.C. dice que en los procesos de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes, y que velará durante todo el proceso – y no sólo en ellos sino también en los que versan sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, y en los de sustracción internacional de menores - por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada), se han formulado críticas en la doctrina que podrían trasladarse a los demás “procesos civiles inquisitorios”. Así, se ha sostenido⁸ que, cuando interviene el Ministerio Fiscal junto con el representante legal del menor o de la persona con discapacidad (“indistintamente”, como dice, en relación con las acciones de filiación, el art. 765.1 de la L.E.C.) en esos procesos, que “las garantías procesales están (deben estar) salvaguardadas por el juez, lo que hace innecesario el control (...), además de la inutilidad de (en) esta clase de procesos informados por los principios inquisitivo y de investigación de oficio, en donde el control de legalidad está asegurado por el juez”. Además se ha dicho⁹ que “hubiera sido más lógico limitar la posible intervención del Fiscal (aparte de la que de modo genérico le corresponde según su propio estatuto, al tratarse de un pleito sobre el estado civil) a los casos en que el menor o incapacitado carezca de representación legal”.

En estos casos se llega a concluir por la doctrina¹⁰ que puede existir un “exceso de control” desde los órganos del Estado de los conflictos que son objeto de esos procesos civiles, que posiblemente se pueda provocar una “fuga material del Ministerio Fiscal, que se limitará a dar por buena la acción judicial”, y que en ocasiones se asigna a éste funciones excesivas que apenas ejerce. El argumento principal es que, si los procesos están inspirados en los principios de necesidad u oficialidad y de investigación, con mayores facultades conferidas al juez y en los que se han de aplicar normas imperativas, “puede producirse la paradoja del exceso de control”.

⁷ Almagro Nosete, José, Gimeno Sendra, Vicente, Cortés Domínguez, Valentín, y Moreno Catena, Víctor, *“Derecho Procesal. Tomo I (Vol. I). Parte General. Proceso Civil (I)”*. Editorial Tirant lo Blanch, 5ª Edición. Valencia, 1.991, p. 329.

⁸ García Vicente, José Ramón, *“La participación del Ministerio Fiscal”*, en *“Las relaciones paterno-filiales. Las acciones de filiación”*. Base de datos de Thomson Reuters Aranzadi Familia. DOC 2.012/1299.

⁹ De la Cámara Álvarez, Manuel, en *“Comentarios al Código Civil. Tomo III. Vol. 1º”*. Edersa, 1.978, p. 560.

¹⁰ Por García Vicente, José Ramón, en la obra citada.

2.5 EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA PRÁCTICA ORIENTADA A PRESCINDIR (EN MAYOR O MENOR MEDIDA) DE MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS CIVILES.

2.5.1 La eliminación o limitación de la intervención del Ministerio Fiscal en ciertos ámbitos del Derecho Privado.

Antes de referirme a ciertos supuestos (legales y prácticos) que pueden encajar en la opción por el carácter más o menos prescindible de la actuación del Ministerio Fiscal en los procesos relacionados con el Derecho de Familia, hay que mencionar otros casos (en los que se excluye su actuación, al menos parcialmente) que ya han encontrado consagración legal en ámbitos del Derecho Privado ajenos a los procedimientos familiares. Son muestras de un cambio de orientación en cuanto a la actuación del Ministerio Fiscal (y de la intervención de los órganos jurisdiccionales) en ciertos espacios que, tradicionalmente, han ocupado la labor de éstos y del Ministerio Fiscal. Podrían postularse con esos antecedentes y a partir de esos ejemplos (y junto a la contribución de las construcciones dogmáticas, y de las propuestas nacidas de textos como el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013) otros asuntos, ya en el Derecho de Familia, que continuaran esa orientación.

Los casos a los que me refiero como ejemplo son los siguientes:

1º El art. 23 de la Ley de 26 de julio de 1.922, de Suspensión de Pagos, decía que “desde el momento de iniciarse el expediente de suspensión de pagos hasta el cumplimiento total del convenio, será parte el Ministerio Fiscal”. En relación a esa norma, la Circular 1/1.995, de 6 de abril, de la Fiscalía General del Estado insistía en que la condición de parte del Ministerio Fiscal en ese procedimiento abarcaba la totalidad del mismo, es decir, no sólo alcanzaba a su intervención en la pieza de calificación sino que también llegaba a la sustanciación del procedimiento principal. Sin embargo, tras la L.C. se ha limitado la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de insolvencia. Su función en ellos se restringe a lo siguiente: a) a ser oído antes de la adopción por el juez de algunas de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del deudor a las que se refiere el art. 1.1 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹¹; b) a instar (art. 4 de la L.C.) del juez de instrucción competente la comunicación de los indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómicos y de la existencia de una pluralidad de acreedores al juez de lo mercantil o a los acreedores¹²; c) a actuar como dictaminador (“previa audiencia del Ministerio Fiscal”, dice el art. 12.2 de la L.C.) en el caso de que se plantee por el deudor (o los demás legitimados para solicitar la declaración de concurso) una cuestión de competencia territorial por declinatoria, y d) a ser parte (sólo pasiva, asumiendo la posición procesal de demandado, lo que no implica que tenga que oponerse necesariamente a la estimación de la pretensión de la parte demandante) en la sección 6ª, de calificación del concurso

¹¹ El apartado 3 de esa norma prevé que “la adopción de cualquiera de las medidas descritas en el apartado 1 de este artículo se acordará previa audiencia del Ministerio Fiscal y mediante decisión judicial motivada”.

¹² El art. 4 de la L.C. dice: “Cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico

se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de éste se encontrase en tramitación un procedimiento concursal.

Asimismo, instará el Ministerio Fiscal del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.”

(el art. 184.1 de la L.C. dice que “en la sección sexta será parte, además, el Ministerio Fiscal”), y emitir el dictamen al que se refiere el art. 169.2 de la L.C.¹³

La intervención del Ministerio Fiscal en la sección de calificación del concurso es, como dice Lafuente Torralba¹⁴, “uno de los últimos baluartes” de la participación de éste en los procedimientos de insolvencia. Ese autor defiende que el Ministerio Fiscal actúe como parte en dicha sección porque “junto al interés jurídico-privado subyacente en el proceso de calificación, orientado a recomponer el patrimonio concursal y reparar el daño infligido a la masa, pervive en él un evidente interés público: la necesidad de preservar la seguridad del tráfico mercantil, evitando la reiteración de comportamientos dolosos o imprudentes e impidiendo la afectación potencial de los intereses de terceros. Por tanto, se trata no sólo de amparar a la masa de acreedores que el concurso aglutina, sino de proteger al mercado y a cuantos en el futuro pudieran relacionarse con el afectado por la calificación”. No obstante, a pesar de que la actuación del Ministerio Fiscal en los procedimientos de insolvencia es limitada, se ha criticado¹⁵ incluso su intervención en la sección 6ª, de calificación del concurso, al considerarla un “residuo histórico carente fundamento en la actualidad” ya que, suprimida la necesidad de la calificación de la quiebra como culpable o fraudulenta para la persecución del delito, se dice que la intervención del Ministerio Fiscal “no ofrece ventaja alguna”, y el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013, al que se ha hecho mención antes, propone la supresión de funciones encomendadas al Ministerio Fiscal en la pieza de calificación del proceso concursal (y, en general, en dicho proceso) porque “en muchos supuestos se observa que no hay un auténtico interés público que el Ministerio Fiscal deba tutelar, por lo que con frecuencia no se rentabilizan adecuadamente los recursos empleados”¹⁶. Además, la intervención del Ministerio Fiscal respecto a la calificación del concurso no se debe producir siempre porque, como dice el párrafo segundo del art. 167.1 de la L.C., “no procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiéndose igualmente por tales las establecidas en el artículo 94.2, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido”.

2º Con la Ley 13/2.015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1.946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2.004, de 5 de marzo, se ha producido la “desjudicialización”¹⁷ de ciertos procedimientos (entre ellos, el expedientes de dominio, el procedimiento de inscripción de rectificaciones descriptivas, y procedimiento de reanudación del tracto sucesivo) en los que, antes de su entrada en vigor, intervenía el Ministerio Fiscal, y con ello la participación de éste en esos procesos civiles. Ya el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013 se refería a ciertos asuntos en los que “se observa la preponderancia, directa o indirectamente, de bienes jurídicos como la propiedad privada”, asuntos que “pueden tener una adecuada respuesta a través de la vía judicial, sin que la intervención del Ministerio Fiscal añada un plus garantizador de los intereses en litigio”.

¹³ El art. 169.2 de la L.C. dice que “una vez unido el informe de la administración concursal, el Secretario judicial dará traslado del contenido de la sección sexta al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en el plazo de diez días. El Juez, atendidas las circunstancias, podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen en ese plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación.”

¹⁴ Lafuente Torralba, Alberto José, “Consideraciones sobre la función del Ministerio Fiscal en la calificación del concurso”, en “La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia”. Base de datos de Thomson Reuters Aranzadi. BIB 2.013/16129.

¹⁵ Por González Cuéllar, citado por Lafuente Torralba en el trabajo mencionado.

¹⁶ Para ello se propone, en su lugar, que el Juzgado de lo Mercantil pueda “remitir testimonio de lo actuado si apreciara indicios de infracción penal”.

¹⁷ Dice el Preámbulo de la Ley 13/2.015 que “las modificaciones que se introducen en los procedimientos regulados en los artículos 198 a 210 de la Ley Hipotecaria tienen como objeto, por una parte, la desjudicialización de los mismos eliminando la intervención de los órganos judiciales sin merma alguna de los derechos de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, que siempre cabrá por la vía del recurso, y por otra parte, su modernización, sobre todo en las relaciones que han de existir entre Notarios y Registradores y en la publicidad que de ellos deba darse”.

2.5.2 La falta de intervención del Ministerio Fiscal en ciertos procesos (o en ciertos actos procesales) relacionados con el Derecho de Familia.

Con frecuencia, el Ministerio Fiscal deja de intervenir, por disposición legal (o ausencia de previsión legal) o por razones prácticas (unidas a una interpretación flexible de las normas), en ciertos procedimientos relacionados con el Derecho de Familia. Son ejemplos de la aplicación de la opción por el carácter (más o menos) prescindible de su actuación en ese ámbito. He de mencionar ahora sólo los siguientes supuestos:

1º La Disposición Final Undécima de la L.J.V. modifica la Ley de 28 de mayo de 1.862, del Notariado, y, en concreto, añade el art. 54 de ésta, cuyo apartado primero dice que “los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes”. La norma prevé en su apartado tercero que “la solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley”. De esta manera, en esos casos (porque no hay “hijos menores o incapacitados” - art. 777.5 de la L.E.C.-), no interviene el Ministerio Fiscal (no informa sobre los términos del convenio). Ni siquiera ha de hacerlo en los casos en los que los cónyuges acudan ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador de la separación matrimonial o el divorcio después de que el Notario (o el Letrado de la Administración de Justicia) considere que alguno de los acuerdos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados (supuesto previsto en el párrafo tercero del art. 90.2 del C.c., que también fue modificado por la Ley 15/2.015, de 2 de julio). La modificación realizada por la L.J.V. sigue el criterio, que nace en el apartado seis de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1.981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, de limitar la intervención del Ministerio Fiscal (sólo para “audiencia” sobre los términos del convenio relativo a los hijos – “menores o incapacitados”-) en los procedimientos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, a pesar de que esos procesos (como los matrimoniales contenciosos) afectan al estado civil de las personas (art. 3.6 del E.O.M.F.).

2º La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos sobre medidas paternofiliales no tiene en la vigente Ley Procesal Civil una regulación específica más allá de la provisiones del art. 776 de L.E.C., que, como se sabe, se remite a las normas previstas en el Libro III de dicha Ley con las especialidades (sobre las consecuencias del incumplimientos de las obligaciones dinerarias y no dinerarias, y sobre la declaración de gastos extraordinarios) contempladas en ese artículo.

En el proceso de ejecución son parte (únicamente), según el art. 538 de la L.E.C., “la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha”. El Ministerio Fiscal no suele en la práctica pedir el despacho de la ejecución. Se le da audiencia en los procesos de ejecución de medidas de contenido personal, y es parte en ellos como proyección de su actuación en el proceso declarativo (en el que, conforme al art. 749.2 de la LEC, es preceptiva su intervención siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal). Igualmente, puede instar por la vía del art. 158 del C.c., durante la tramitación del proceso de ejecución, la adopción de medidas para proteger a dichas personas.

En la ejecución de las resoluciones que contemplen medidas de contenido patrimonial que

afecten a los menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente (como las que atribuyen el uso de la vivienda a los hijos menores y al progenitor en cuya compañía quedan, la pensión de alimentos, o las ejecuciones dirigidas al cumplimiento forzoso por alguno de los progenitores de otras obligaciones de carácter económico con repercusión – aún indirecta- en la situación de los menores), tampoco es habitual que actúe el Ministerio Fiscal. Actuaciones como las respuestas judiciales a las solicitudes de ampliación de las ejecuciones dinerarias (art. 578 de la L.E.C.), la fijación por el tribunal de las cantidades que puedan ser embargadas en éstas (art. 608 de la L.E.C.), las decisiones sobre la mejora, la reducción o la modificación del embargo o de las medidas de garantía adoptadas (art. 612.1 de la L.E.C.), o las tomadas en la pieza separada abierta tras las oposición a la propuesta de liquidación de intereses (después de la vista contemplada en el art. 715 de la L.E.C.), no cuentan en la práctica con la intervención del Ministerio Fiscal a pesar de que puedan afectar a los intereses de menores o personas con discapacidad.

Igualmente, no es frecuente la intervención del Ministerio Fiscal en relación a la ejecución material de las resoluciones sobre internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico (salvo la que tiene lugar antes de decidir sobre la continuación o no del internamiento, conforme al art. 763.4 de la L.E.C.).

3º Cuando la L.J.V dice en su art. 4 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, puede entenderse que no está imponiendo la intervención personal de éste en todos los actos de esos expedientes. El art. 17 de la L.J.V. dice que, admitida la solicitud, si sólo hubiera que oír al Ministerio Fiscal y no fuera necesaria la realización de prueba, éste emitirá su informe por escrito en el plazo de diez días. En principio, la actuación en el expediente del Ministerio Fiscal se limitaría a este informe por escrito. Pero el problema se plantea en la práctica porque ese artículo se incluye entre las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria, una de éstas (el art. 13 de la L.J.V.), contenidas en el Capítulo (el Segundo del Título Primero de la L.J.V.) dedicado a las “Normas de tramitación”, dice que “las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a todos los expedientes de jurisdicción voluntaria en lo que no se opongan a las normas que específicamente regulen las actuaciones de que se trate”, y, en ciertos expedientes, la Ley prevé la citación imperativa del Ministerio Fiscal (junto a los solicitantes o interesados) a una comparecencia antes de que se decida el expediente. Mencionaré a continuación para aclararlo dos ejemplos de expedientes frecuentes en la práctica. Uno es el que debe tramitarse anualmente para la aprobación judicial de las cuentas presentadas por el órgano de representación o asistencia de las personas con discapacidad. El apartado segundo del art. 51 de la L.J.V. (dedicado a la “rendición de cuentas”) dice que “presentados los informes, el Secretario judicial citará a comparecencia ante el Juez al titular del cargo, al tutelado o asistido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años, a aquellos que estuvieran interesados y al Ministerio Fiscal, pudiéndose proponer de oficio o a instancia de parte las diligencias y pruebas que se estimen oportunas”. El otro ejemplo se refiere a la tramitación (prevista en el art. 64 de la L.J.V.) del expediente que tiene por objeto la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente. Esa norma (el art. 64 de la L.J.V.) dice en su apartado primero que “admitida a trámite la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a comparecencia al Ministerio Fiscal, así como a todas las personas que, según los distintos casos, exijan las leyes y, en todo caso, al afectado que tuviera suficiente madurez y al menor mayor de 12 años”. En ambos casos, la L.J.V. quiere que se celebre una comparecencia (con el amplio contenido previsto en el art. 18 de la L.J.V.) con la intervención del Ministerio Fiscal. Sin embargo, en la práctica, se admite que la actuación de éste se limite a un informe por escrito siempre que no se den las circunstancias previstas en el art. 17 de la L.J.V. (norma común en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria), es decir, siempre que no deban ser oídos en ellos interesados distintos del

solicitante, no deban practicarse pruebas ante el juez o el letrado de la Administración de Justicia, y no se considere por éstos necesaria la celebración de la comparecencia para la mejor resolución del expediente.

3. PORQUÉ NO ES (NI DEBE SER) PRESCINDIBLE EL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE DERECHO DE FAMILIA.

En esta mesa redonda se plantea el problema de si es prescindible o no el Ministerio Fiscal en el ámbito del Derecho de Familia. Hasta ahora se ha expuesto una solución a ese problema. Para ello se ha partido del papel del Ministerio Fiscal en los procesos civiles en general, y, tras recordar las funciones que asume en ellos, se ha explicado la propuesta de revisión contenida en el Libro Blanco de 2.013 sobre su marco funcional, y se ha constatado, en el ordenamiento jurídico y en la práctica, la realidad de la tendencia a limitar, reducir o incluso eliminar la intervención del Ministerio Fiscal en ese ámbito (y en el proceso civil en su conjunto). A continuación, es oportuno expresar otra respuesta a ese problema, lo que se hará también desde varios puntos de vista. Ello supondrá no sólo una evaluación crítica de la primera solución a la cuestión, sino la afirmación de la que realmente considero que debe ser la correcta respuesta al mismo. Para esa doble finalidad, comenzaré con una reflexión desde el derecho positivo (desde las normas – y también los principios– que integran nuestro ordenamiento jurídico), expondré a continuación ciertas consideraciones dogmáticas o científicas sobre esa otra respuesta al problema, y presentaré al final, y antes de concluir, las ventajas que en la práctica considero que tiene el papel activo del Ministerio Fiscal en los procesos de Derecho de Familia.

3.1 RAZONES DE DERECHO POSITIVO PARA LA CONTINUACIÓN (O INCREMENTO) DE LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA.

3.1.1 Una reflexión desde la Constitución Española y los tratados internacionales.

I. Cuando la Constitución Española de 1.978 (C.E.), desde su Título Preliminar y su Título Primero, somete a los poderes públicos (y a todos los ciudadanos) a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1), y atribuye a aquéllos (en el art. 9.2) la tarea de “promover” (el mismo verbo que emplea su art. 124.1, que trata del Ministerio Fiscal) las condiciones para hacer efectivas y reales la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en los que se integren, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en las áreas principales de la vida (política, económica, cultural y social), y cuando consagra (en el art. 10.1), como fundamento del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, es oportuno pensar qué significan o qué suponen ahora esas normas para los poderes públicos (y, en concreto, para el Poder Judicial, en el que, como se sabe, se integra con autonomía funcional el Ministerio Fiscal) cuando conocen de asuntos relacionados con el Derecho de Familia.

En primer lugar, las normas citadas expresan imperativos constitucionales. Pero también marcan criterios de actuación insoslayables, que no admiten fisuras, y que no permiten acoger en su lugar otros distintos (como los de “necesidad y eficacia”) que cualquier poder público quiera proponer y aplicar. Entre esos imperativos se encuentra la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (a todo su contenido, incluso a aquellas normas que se formulan como “principios”).

Es misión del Ministerio Fiscal según la C.E. (su art. 124.1), como es conocido, promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos. La protección de éstos debe hacerse realidad en el ámbito del Derecho de Familia especialmente respecto a tres grupos de personas (de ciudadanos) que, constitucionalmente, han de ser destinatarios de singular tutela: los hijos (y, en general, “la familia”), “los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, y “ los ciudadanos durante la tercera edad”.

Cuando el art. 39 de la C.E. encomienda a los poderes públicos (también al Ministerio Fiscal) la tarea de reafirmar (“aseguran”, dice) la protección (social, económica y jurídica) de la familia, y también la protección integral de los hijos, en el momento que el art. 49 de la C.E. señala que esos mismos poderes públicos deben prestar atención (“prestarán la atención especializada que requieran”) y defender de forma singular (“amparán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”) a “los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, y cuando el art. 50 de la C.E. obliga a los poderes públicos a “promover” (de nuevo, el mismo verbo que emplea, enlazado con el término “misión”, al describir en el art. 124 las funciones del Ministerio Fiscal) el “bienestar” de “los ciudadanos durante la tercera edad”, resulta que en nuestra Norma Fundamental se consagra no sólo un conjunto de abstractos “principios rectores de la política social y económica” que afectan a dichas personas, sino un grupo de principios ideológicos o valores de los que hay que partir para definir las reglas de actuación concretas cuando no exista una norma jurídica que aplicar, o cuando ésta se pueda interpretar de forma incompatible con los (otros) valores y principios del sistema jurídico¹⁸. Estas reglas de actuación (inspiradas en esos principios) son las que, respecto a esas personas especialmente vulnerables, ha de seguir (debe seguir haciéndolo) el Ministerio Fiscal en los procesos relacionados con el Derecho de Familia.

II. Pero también ciertos tratados internacionales orientan hacia la respuesta correcta del problema que aquí se plantea. Como se sabe, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno (art. 96.1 de la C.E., y art. 1.5 del C.c.), y sus normas constituyen la referencia para interpretar (“se interpretarán de conformidad”, dice el art. 10.2 de la C.E.) las relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce. Por ello también son contextos necesarios, criterios de interpretación esenciales, y, al fin, son reglas de actuación para el Ministerio Fiscal en los procesos sobre Derecho de Familia las que se contienen en normas internacionales como las que obligan a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y para la efectividad de sus derechos, y a tomar las medidas adecuadas con esa finalidad (arts. 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1.989), o las reglas (como las contenidas en el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1.996) que reconocen específicos derechos procesales al menor, entre ellos el derecho (previsto en el art. 4.1 de ese tratado internacional) a contar con “un representante especial en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial” (“representante” en el sentido del art. 2 de dicho tratado, que menciona, además de al abogado,

¹⁸ Precisamente una de las formas de razonamiento justificativo empleado por los jueces es la ponderación, que, como explica Atienza, parte, como presupuesto, de la ausencia de una norma jurídica (una situación de laguna normativa) para resolver el supuesto enjuiciado, o, ante la realidad de la norma, de la incompatibilidad de ésta con los valores y los principios del sistema (lo que se ha denominado una “laguna axiológica”). En este caso la tarea argumentativa consistirá en establecer o definir un conjunto de reglas (a veces, una “constelación de reglas”) a partir de unos principios ideológicos o valores, y, a continuación, en aplicar dichas reglas en el caso concreto según un modelo subsuntivo o finalista de argumentar. En este supuesto la solución judicial del caso dependerá de: 1º) la definición, en bruto, de los principios o valores contrapuestos; 2º) la atribución de la prioridad a un principio sobre otro, lo que resulta la operación más delicada, y 3º) el establecimiento de una regla que constituirá la base a partir de la cual decidir según el modelo subsuntivo o finalista de argumentar.

al “organismo nombrado para actuar ante una autoridad judicial en nombre de un niño”). En ese sentido, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo el día 8 de julio de 1.992 (y publicada en el D.O.C.E. nº C 241, de 21 de septiembre de 1.992), señala que “en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente”.

También son pautas de actuación del Ministerio Fiscal y sirven (y deben servir) para afianzar (o incrementar) sus funciones, en la medida en que asume la misión de defender los derechos de los ciudadanos, normas como las que obligan a asegurar que se proporcionen a las personas con discapacidad “salvaguardias adecuadas y efectivas” (en el sentido del art. 12.4 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2.006 – Instrumento de ratificación publicado en el B.O.E. de 21 de abril de 2.008 -), o principios como aquel que consiste en que “las personas de edad” puedan “disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida”, previsto en los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, que fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 46/91) el 16 de diciembre de 1.991.

3.1.2 La Ley Orgánica del Poder Judicial, el E.O.M.F., y el art. 2.5 c) de la Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

I. El apartado primero del art. 545 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.) y el art. 1 del E.O.M.F. reiteran las funciones constitucionales del Ministerio Fiscal. Para el cumplimiento de sus tareas, previstas en esas normas – y en el art. 124 de la C.E.-, tareas que se concentran mediante el empleo de tres verbos, “promover”, “velar”, y “procurar”, que asignan al Fiscal (el primero y el tercero) sobre todo un papel dinámico, el E.O.M.F. detalla en su sabido artículo 3 las competencias concretas que se le asignan, que, en relación a los procesos sobre Derecho de Familia, son (y deben seguir siendo), fundamentalmente, las siguientes: “tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley” (apartado sexto), e “intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación” (apartado séptimo). Esas funciones las debe seguir asumiendo el Ministerio Fiscal por varias razones.

Una de las citadas razones es histórica, pues ya el art. 838.5º de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1.870 encomendaba al Ministerio Fiscal entre sus funciones la labor de “interponer su oficio en los pleitos que versen sobre el estado civil de las personas”, y el número 6 de esa norma le atribuía la tarea de “representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes o impedidos para administrar sus bienes, hasta que se les provea de tutores o curadores para la defensa de sus propiedades y derechos”. El art. 2.4 del Real Decreto de 21 de junio de 1.926, que aprobó su primer Estatuto, también se refería a la función del Ministerio Fiscal de “intervenir, ejercitando las acciones y formulando las instancias procedentes en los pleitos que versen sobre el estado civil de las personas (...) y en cuantos puedan afectar a intereses sociales, ordenen la leyes o el Gobierno estime pertinente su intervención”.

Las tareas del Ministerio Fiscal estatutariamente contempladas que son vinculadas al Derecho de Familia las debe seguir asumiendo porque responden al modelo constitucional de la institución.

Pero, sobre todo, las funciones que corresponden al Ministerio Fiscal para ejercitarlas en el ámbito del Derecho de Familia las debe seguir actuando, desde el punto de vista del derecho positivo, para proporcionar la máxima protección a los directos y más débiles afectados por los

conflictos que nacen en esa parte del Derecho Civil, es decir, para la “salvaguarda del interés superior de la persona afectada” (como dice el art. 749.1 de la L.E.C.), ya sea el interés superior del menor o el de la persona con discapacidad.

II. El art. 2.5 c) de la Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2.015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se refiere a una de las “debidas garantías del proceso” que afecta al Ministerio Fiscal, y que han de ser respetadas antes de adoptar toda medida en interés superior del menor (“toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular ...”, dice la norma). Ésta se refiere a la garantía procesal consistente en “la participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses”. Así, el Ministerio Fiscal debe participar siempre, porque sin duda así lo prevé la Ley, en el proceso en defensa de los intereses del menor. La norma, que se inspira, como estudia Guilarte Martín-Calero¹⁹, en la Observación general núm. 14 (2.013) sobre el derecho del niño a que su interés superior será una consideración primordial, aprobada por el Comité de Naciones Unidas de Derechos del niño en su 62º periodo de sesiones (del 14 de enero al 1 de febrero de 2.013), y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se refiere a una dimensión del concepto de interés del menor, como norma de procedimiento, que implica la obligación de establecer garantías procesales en la evaluación y determinación del interés superior del menor. Como dice la citada autora, la participación de los representantes legales del menor y el Ministerio Fiscal en el proceso de defensa de los intereses del menor es una consecuencia de las funciones de guarda, cuidado y representación que incumbe a los primeros, y de defensa de los menores y de los mayores necesitados de protección que el E.O.M.F. atribuye al Ministerio Fiscal.

Pues bien, cabe preguntarse qué significa ahora que el Ministerio Fiscal deba ser necesariamente participe en el proceso civil antes de que se tome “toda medida” en relación con el interés de los menores de edad, es decir, qué supone que un proceso civil sea, con él, un proceso “con todas las garantías” (como dice el art. 24.2 de la C.E.). Entiendo que ello implica, desde el punto de vista del derecho positivo, lo siguiente:

1º Atribuir verdadero valor (no un valor añadido, sino el que deriva de ser un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia²⁰) a las funciones que desempeña (y que debe desempeñar) el Ministerio Fiscal en el proceso civil, y, en concreto, en los procesos relacionados con el Derecho de Familia.

2º Que, en el proceso relacionado con el Derecho de Familia, antes de que se tome una decisión sobre cualquier medida, aunque no concierna directamente a la persona del menor o del sujeto con discapacidad, pero que a ellos afecte (aún indirectamente), es necesaria la participación del Ministerio Fiscal para la adecuada defensa del interés superior de éstos.

3º Que en esta clase de procesos, cuando se cuestiona la actuación del Ministerio Fiscal, la respuesta no se debe plantear (sólo) en términos de rentabilización de los recursos.

4º Que, sobre todo, no se trata de minusvalorar los intereses en juego, los intereses de menores o

¹⁹ Guilarte Martín-Calero, Cristina, “La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta”, en la obra “El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2.015”, dirigida por María Victoria Mayor del Hoyo. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2.017, pp. 485, y ss.

²⁰ Así lo dice el art. 2.1 del E.O.M.F.

personas con discapacidad (o que pueden ser declaradas afectadas por ella), determinadas por una situación, un contexto y una necesidades concretas, respecto a las que, por su importancia, el control judicial o administrativo puede no ser suficiente, y no cabe hablar, en general, de “exceso de control”.

3.1.3 Las (otras) normas de Derecho Procesal.

Cuando se cuestiona si es o no prescindible el Ministerio Fiscal en el ámbito del Derecho de Familia, el primer pensamiento que surge al jurista, en general, es dar una respuesta negativa no sólo por la experiencia práctica que haya tenido o que conozca sino, sobre todo, por ciertas normas procesales que maneja o sabe, y que (al menos inicialmente, si no se conocen otras propuestas) impiden dudar de dicha respuesta. El problema consistirá, después, en confirmar o no la intervención del Ministerio Fiscal en toda la plenitud que exigen esas normas (como ya se ha visto antes a propósito de su actuación, por ejemplo, en ciertos trámites de los expedientes de jurisdicción voluntaria).

Entre esas normas que no pueden ser desconocidas en la actualidad, normas que no hacen prescindible al Ministerio Fiscal en el Derecho de Familia, hay que citar, en la L.E.C., aquellas que se refieren a la capacidad para ser parte (el art. 6.1.6º dice que podrá ser parte en los procesos ante los tribunales civiles el “Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte”), la integración de la capacidad procesal (el art. 8 dice que cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado 2 del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el Secretario judicial le nombrará un defensor judicial mediante decreto, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona, y que en ese caso y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél, y el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal), la norma sobre “intervención del Ministerio Fiscal” en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (el art. 749 señala, en su apartado primero tras la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, que “en los procesos sobre la 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 mismos 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”, y el apartado segundo dice que “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 norma que se refiere a la “legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad” (el apartado 2 del artículo 757 indica que “el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado”, y el apartado 5 dice que “la declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal”), la norma sobre “reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación” (el apartado 2 del art. 761 dice que “corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado”), la regla sobre su condición de solicitante de medidas cautelares en el proceso sobre modificación de la capacidad de obrar de las personas (el párrafo primero del apartado 2 del art. 762 señala que “el Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior”), la norma (el art. 763) sobre la intervención del Ministerio Fiscal antes de la decisión judicial en los procesos sobre autorización o ratificación de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico, y antes de las decisiones sobre la continuación de la vigencia de esa medida, y la norma

sobre el ejercicio de las acciones de filiación (el apartado 1 del art. 765 dice 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”).

Tampoco puede desconocerse que en el Código Civil se indica, en su artículo 74, que “la acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes”, o que, conforme al art. 248, el Ministerio Fiscal puede solicitar la remoción del tutor, lo que desarrolla la L.J.V (art. 49.1), junto con gran cantidad de normas (las previstas en los títulos segundo y tercero de esa Ley, dedicados a los expedientes “en materia de personas”, y “en materia de familia”) que prevén la intervención del Ministerio Fiscal en los casos que, genéricamente, menciona su artículo 4.

Y, en fin, y sin que ello suponga el cierre de una lista cerrada de casos en los que el Ministerio Fiscal actúa sus funciones en el ámbito del Derecho de Familia, tampoco puede negarse la tarea que la Ley le atribuye en el procedimiento judicial de exequátur de resoluciones dictadas en ese ámbito (o en otros) del Derecho Civil, procesos en los que, como dice el art. 54.8 de la Ley 29/2.015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, “intervendrá siempre”, y “a cuyo efecto se le dará traslado de todas las actuaciones”.

3.2 RAZONES DOCTRINALES.

Junto a las normas y principios jurídicos que justifican la intervención del Ministerio Fiscal en el Derecho de Familia, existen argumentos en la doctrina que alientan la persistencia (y el refuerzo) de sus funciones en ese ámbito. Esas razones científicas se exponen (aunque no sólo en ellas) en las circulares e instrucciones de la propia Fiscalía General del Estado, resultan de un examen de la familia y del Derecho que la regula atendiendo a su situación actual, como institución dinámica, sometida a nuevos riesgos y desafíos, atienden a los objetivos que deben cumplirse por los Estados, sobre todo para el bienestar de las personas que necesitan mayor protección, y son motivos, al fin, que explican el mantenimiento de sus funciones incluso en aquellos supuestos (como en la jurisdicción voluntaria) en los que no exista controversia que deba decidirse en un proceso contencioso. Siguiendo ese esquema, expondré (algunas de) esas razones.

3.2.1. Desde la Fiscalía General del Estado.

La Instrucción 4/2.016, de 22 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal Delegado de la Especialidad Civil y de Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad de las Comunidades Autónomas, recordaba que la Circular de 8 de mayo de 1.889, “con motivo de la publicación del Código Civil y referida al carácter de la intervención del Fiscal en los asuntos civiles, expresaba que, lejos de ser meramente formularia, representa siempre la garantía de algún derecho, ya fuere establecido y redundase en interés social, ya en beneficio de personas privadas, dignas por la situación en que se encuentren, de la protección de la Autoridad pública”.

La Instrucción número 3/1.989, sobre la intervención del Fiscal en el orden civil decía que “el Ministerio Fiscal ya no es sólo la genuina encarnación del principio acusatorio que impulsa, y a la vez limita, la jurisdicción, sino que su lucha por la Justicia y la Legalidad abarca múltiples campos y así es cada vez mayor su intervención en el orden civil”. Por esa razón, la primera regla dada sobre el modo de actuar los Fiscales en el proceso civil fue la siguiente: “se debe realizar una intervención activa y eficaz en los procesos en los que somos parte, abandonando viejas rutinas y posiciones meramente formularias, acudiendo a las comparecencias que requieran nuestra presencia, ejercitando todas las facultades procesales legalmente reconocidas, e interponiendo o preparando, en su caso, los oportunos recursos”. Antes de la citada Instrucción, y en concreto en relación con el proceso de ejecución de las resoluciones judiciales, la Circular número 3/1.986, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio, decía que “en la fase de la

ejecución de las sentencias el Ministerio Fiscal debe intervenir emitiendo informes sobre todas aquellas cuestiones que más directamente puedan afectar a los derechos patrimoniales o personales reconocidos a menores o incapacitados”.

De los citados documentos resalta el papel del Ministerio Fiscal como garante de derechos (incluso de los derechos patrimoniales de los menores en el proceso de ejecución), y, sobre todo, la necesidad de una intervención activa y eficaz en los procesos civiles, incompatible con una visión estática o reductora de sus funciones, por mucho que ello representase un especial esfuerzo en el empleo de recursos personales. Ello se explica, en concreto respecto al ámbito del Derecho de Familia, por una idea, ya expresada en la citada Instrucción 4/2.016, consistente en que “esta rama del Derecho sigue experimentando profundos cambios tanto en los principios inspiradores como en el desarrollo de las Instituciones, en conexión con la evolución intensa experimentada por la familia, debido al marco constitucional y a los compromisos internacionales asumidos, a cambios de valores y de comportamientos en nuestra sociedad, y, en algunos casos – así en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida o el de la investigación de la paternidad-, a consecuencia de los avances científicos”.

3.2.2. La familia y el Derecho de Familia ahora.

Han transcurrido cuatro años desde la publicación del Libro Blanco del Ministerio Fiscal, en unas condiciones (sobre todo económicas) distintas a las actuales, con una evolución jurisprudencial y unos cambios legislativos (las reformas de 2.015) desde entonces que inciden en los procedimientos civiles. La familia (ya en aquel momento, pero, sobre todo, ahora) es “la familia de la era tecnológica o postmoderna (...), familia que por imperativo constitucional y de los textos internacionales aceptados universalmente, defiende la igualdad de los cónyuges y de las diversas clases de filiación; es la familia de la patria potestad diárquica, del interés superior del menor, de la tutela de autoridad judicial, proclive a la adopción... Con todo, es evidente que la familia posmoderna es un grupo poco cohesionado, sus miembros se muestran más independientes y menos unidos, con un déficit de comunicación; familia menos sacrificada y, desde luego, menos estable”²¹.

Como dice la doctrina²², “quizás sea el Derecho de Familia la parte que más rápidamente está evolucionando de todo el Derecho privado, ello debido a la necesidad de adecuar la ley a una realidad social en continuo cambio que está transformando la forma de entender la familia y las relaciones jurídico-familiares. En apenas un lapso de cuatro décadas hemos visto cómo los llamados principios “inmutables” y “universales” que fundaban el Derecho de Familia han sido sustituidos por nuevos criterios, en ocasiones incompatibles con los anteriores (...)”.

Los menores y las personas con discapacidad están ahora expuestos a nuevos peligros (el ciberacoso o cyberbullying, las tecnoadicciones, el acceso a contenido digital inapropiado, etc.²³), y el control del ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad, y la protección de las personas con discapacidad debe alcanzar un mayor ámbito, más exigente, porque mayores son los riesgos para ellos. Como dice la doctrina²⁴, “en ocasiones y por motivos políticos, la ley amplía la legitimación dando

²¹ Alonso Pérez, Mariano, “*Familia, modernidad y globalización: la familia en la era tecnológica o familia “postmoderna”: sus profundas metamorfosis*”, en “*Familia y el Derecho de Familia*”. Base de datos de Thomson Reuters Aranzadi Familia. DOC. 2.012/1.006. En el citado artículo el autor también dice: “La familia de la era de la globalización, de la mal llamada «posmodernidad» (nombre vacío de significado), es una familia con heridas visibles: la disgregación de sus miembros, la violencia doméstica, la reclamación constante de derechos sin asumir los correlativos deberes, el tedio de lo cotidiano, la incomunicación entre sus miembros (los *diuturni silentii... quo eram his temporibus usus*, del *Pro Marcelo* ciceroniano, impuesto por el telever y el *homo* vidente digital), padres que declinan su autoridad y sus funciones educativas, pues ni corregir pueden a sus hijos *ex art. 154 CC* tras *disp. final 1ª Ley 54/2007, de 28 diciembre (...)*”.

²² De Torres Perea, José Manuel, “*Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial*”. Diario LA LEY, nº 8.737, de 8 de abril de 2.016. Editorial Wolters Kluwer.

²³ En el diario EL PAIS de 3 de febrero de 2.018 se publicó el artículo “*Ciberexpert@s: mediadores en las aulas contra el acoso y otros riesgos “on line*”, con el subtítulo “*Más de 870 centros educativos valencianos piden formación en el uso seguro de internet, acoso escolar, violencia de género, y consumo de drogas*”. El mismo periódico publicó el 16 de octubre de 2.016 un artículo titulado “*Cómo proteger a nuestros hijos en internet*”.

²⁴ Montero Aroca, Juan, en la obra citada en la nota 2.

entrada en el proceso al Ministerio Fiscal”. Cabría preguntarse si, por todo ello, no estaría ahora (más) justificada la intervención del Ministerio Fiscal en el Derecho de Familia.

3.2.3. La “Agenda Universal 2.030” de las Naciones Unidas y su interés como marco de actuación del Ministerio Fiscal.

Desde la perspectiva de la intervención del Ministerio Fiscal en las secciones de menores de las Fiscalías, aunque ello cabe extenderlo a todo el ámbito del Derecho de Familia, se ha estudiado²⁵ un documento, nacido en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, denominado la “Agenda Universal 2.030 para el desarrollo sostenible” (Resolución de 25 de septiembre de 2.015), que amplió los objetivos de la llamada “Declaración del Milenio” de 8 de septiembre de 2.000. La Agenda Universal 2.030 establece unos objetivos muy generales destinados a los Estados (entre ellos, el “garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades”, y también el “promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”), y parte de la consideración de los menores y los jóvenes como “agentes fundamentales del cambio”. Precisamente para ello, se ha destacado que aunque el Ministerio Fiscal carezca de funciones fuera del ámbito del proceso penal en algunos países miembros del Consejo de Europa, y aunque la Recomendación (2.012) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal, redujo las funciones del Fiscal ajenas a su actuación en el proceso penal a “la representación y defensa del interés público y general, la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y la defensa del principio de legalidad”, en la mayoría de los Estados se observa “una tendencia que demanda su participación activa” para la protección jurídica de los derechos de la infancia, que, “deben formar parte del núcleo de la Agenda, constituyendo la materialización del marco general de derechos de la infancia y de la adolescencia uno de los fundamentos de una sociedad próspera y sostenible”²⁶.

Aunque los objetivos que marca la Agenda Universal 2.030 suponen estrategias básicas dirigidas a los Estados, también son expresión del consenso racional de la comunidad internacional, y es bueno, por ello, tenerlos en cuenta en el debate sobre el papel de una institución como el Ministerio Fiscal en un ámbito (el Derecho de Familia) que tanto puede incidir en el cumplimiento de esos objetivos.

3.2.4. En especial, las razones por las que el Ministerio Fiscal debe seguir actuando en los expedientes de jurisdicción voluntaria propios del Derecho de Familia.

En el debate doctrinal acerca de la posición del Ministerio Fiscal en el procedimiento de jurisdicción voluntaria que surgió mientras estaban en vigor los arts. 1.815 y 2.111 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 (sobre la intervención del Ministerio Fiscal – de los “Promotores fiscales” y los “Fiscales municipales”- en los actos de jurisdicción voluntaria), posición como “órgano estatal asesor de los órganos jurisdiccionales”, “protector de determinados intereses”, como “órgano informante”, como “parte”, como “parte principal en sentido formal”, “consejero jurídico”, o como “parte accesoria o cuasiparte”, se expresó con claridad²⁷ la razón de ser de su actuación en ese procedimiento. Así, se dijo que “con la intervención del Ministerio Fiscal no sólo se trata de evitar errores judiciales, sino también de fraudes al interés público o social o a los intereses de esas personas o cosas a que se refieren los asuntos que se entienden de Jurisdicción voluntaria”. De esta manera se explicaba la finalidad de la actuación del Ministerio Fiscal, en cierto modo preventiva y sin duda protectora de “los intereses

²⁵ Ferreirós Marcos, Carlos Eloy, “La Agenda Universal 2.030 para la infancia. Protección jurídica. Perspectiva del Ministerio Fiscal”. CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación nº 55, 2.016.

²⁶ Ver en la obra citada en la nota anterior (p. 3).

²⁷ Por Pérez Gordo, Alfonso, citado en la obra de González Poveda, Bienvenido, “La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y formularios”. Editorial Aranzadi, 3ª edición, 1.997, p. 106.

públicos” y de “la persona o cosa” cuya defensa se encomendaba a la “Autoridad”.

Esas mismas razones son las que hoy, al interpretar el art. 4 de la L.J.V., se indican²⁸ para justificar las funciones del Ministerio Fiscal en los expedientes de jurisdicción voluntaria, lo que es válido sobre todo cuando dicha norma prevé su actuación “en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare”, pues, en aquellos expedientes, citados por ese artículo, que “afecten al estado civil o condición de la persona” o en los que “esté comprometido” el interés superior de ciertas personas (los menores de edad y los sujetos con capacidad modificada judicialmente), el motivo de su actuación puede encontrarse también en los antecedentes normativos recogidos en aquella Ley de 1.881.

Los citados argumentos doctrinales siguen siendo hoy razones válidas para la actuación del Ministerio Fiscal en los expedientes de jurisdicción voluntaria relacionados con el Derecho de Familia, apoyadas en los principios y normas jurídicas básicas de nuestro ordenamiento jurídico, y en las exigencias prácticas. En ese sentido pienso, por ejemplo, en los perjuicios que se pueden causar al patrimonio de las personas con capacidad modificada judicialmente en los actos de disposición de sus bienes que se soliciten si no se rodean de las garantías previstas en los arts. 62 y ss. de la L.J.V. En esos casos, y en otros en que se prevé la intervención del Ministerio Fiscal, no sólo se actúa (y se debe seguir haciendo) para controlar la labor judicial (para “evitar errores judiciales”), sino para ofrecer una mayor garantía a ciertos intereses que se han de ponderar con superior valor.

3.3 RELEVANCIA EN LA PRÁCTICA DE LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA.

3.3.1 ¿Pueden estar suficientemente representados y amparados sin la intervención del Ministerio Fiscal los intereses que se deben tutelar en el ámbito del Derecho de Familia?.

I. Como se sabe, los jueces y magistrados están “sometidos únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1 de la C.E.). Como integrantes de uno de los poderes públicos (el poder judicial), “están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Los Tribunales deben primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir al aplicar las normas que les afecten, y al adoptar las medidas que les conciernan (art. 2.1 de la L.O. 1/1.996). Además, deben proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos a las personas con discapacidad, asegurar que disfruten del derecho a la libertad y la seguridad de la persona en igualdad de condiciones con las demás, garantizar que cualquier privación de su libertad sea de conformidad con la ley, y que tengan acceso a la justicia también en igualdad de condiciones con las demás personas (arts. 12.4, 13.1, y 14.1 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2.006). Todo ello es complementado por la jurisprudencia con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (art. 1.6 del C.c.) acerca del interés superior del menor y de la persona con discapacidad.

Como se ha expuesto aquí anteriormente, se ha sostenido (en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013) que “en muchas ocasiones” en los procesos relacionados con el Derecho de Familia los intereses que se tutelan aparecen suficientemente representados y amparados sin que la intervención del Ministerio Fiscal aporte verdadero valor añadido. El problema se plantea cuando esos intereses no son adecuadamente protegidos por los tribunales, aún sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (incluyendo, desde luego, dentro del mismo a los tratados internacionales válidamente celebrados publicados oficialmente en España, y a las Leyes Orgánicas), y

²⁸

Por Liébana Ortiz, Juan Ramón, y Pérez Escalona, Susana, en la obra citada en la nota 5.

beneficiados por el complemento que representa la jurisprudencia. La práctica relativamente reciente ha demostrado que ese amparo no se produjo o fue meramente formal. Voy a destacar a continuación algunos ejemplos de ello.

II. 1. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 17/2.006, de 30 de enero, reconoció el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión alegado por el Ministerio Fiscal en interés de las menores concernidas en un proceso. En ese caso, un proceso matrimonial que afectaba a la esfera personal y familiar de dos menores, la Audiencia Provincial acordó la exploración de éstas, pero no permitió la presencia e intervención en ese acto del representante del Ministerio Fiscal. Ante los dos esenciales argumentos para ello que expuso la Audiencia Provincial (el que el Ministerio Fiscal había ido contra sus propios actos porque en la primera instancia no formuló objeción o recurso a pesar de que la exploración de las menores se había producido sin la intervención del Fiscal, y el que la realización de la actuación con la presencia de otras personas que no fueran los miembros del tribunal “supondría una falta de libertad nada deseable de las menores, a las que ya el mero hecho de comparecer en el Juzgado las aturde”), el Tribunal Constitucional dijo que “la teoría de los actos propios no sana la lesión de derechos fundamentales”, y, sobre todo, que la exclusión de la publicidad en ese juicio “no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso (art. 749.2 de la L.E.C.) de forma imparcial (art. 124.2 de la C.E. y 2.1 del E.O.M.F.), 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)”, por lo que “es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan en libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias”.

2. La STC 31/2.017, de 27 de febrero declaró vulnerado el derecho fundamental a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) de un ciudadano en un proceso sobre modificación de la capacidad de obrar. Se refirió al supuesto de la celebración de la vista de ese proceso sin la intervención de la Fiscal designada para asistir en calidad de defensora del demandado, que no se había personado en las actuaciones ni contestado a la demanda, por lo que debía ser defendido por el Ministerio Fiscal, que no había sido el promotor del procedimiento (arts. 758 L.E.C. y 299 bis C.c.). El Tribunal Constitucional aplicó aquí la solución impuesta en su sentencia 199/2.006, y concluyó que “la falta de contestación a la demanda de quien aparece descrito en ella, en su calidad de demandado, como presuntamente afectado por una situación de discapacidad, y la consiguiente designación del Fiscal como su defensor cuando aquél no ha contestado en plazo, determina el carácter necesario de la intervención del Ministerio Público no solamente a efectos de que conteste a la demanda, sino también para que actúe en la vista del proceso. Si el Fiscal no acudiere a esta última es necesario interrumpir la sesión y fijar nueva fecha para que se celebre la misma contando con su actuación, todo ello para evitar la indefensión del demandado (...)”. Consideró, igualmente, que el Juzgado prescindió de aplicar “la regla especial de garantía del art. 8.2 de la misma Ley 1/2.000 y la doctrina de nuestra STC 199/2.006, siempre en la perspectiva de proteger la posición del presunto discapacitado, lo que le obligaba a suspender la vista para evitar su indefensión, sin tener para ello que dilucidar antes si la ausencia de la Fiscal respondía o no a una causa justificada (...). La Audiencia Provincial, que tampoco hace aplicación del art. 8.2 LEC ni de nuestra doctrina (STC 199/2006), lo minimiza bajo el argumento de la realidad de la discapacidad del demandado, argumento éste, por lo ya razonado, insuficiente para disculpar que no se repararan los derechos fundamentales vulnerados a don J.R.M. que se denunciaron en la apelación”.

3. Las SSTC 182/2.015, de 7 de septiembre de 2.015, 22/2.016, de 15 de febrero, 50/2.016, de 14 de marzo, 34/2.016, de 29 de febrero, y 132/2.016, de 18 de julio de 2.016, estiman recursos de amparo interpuestos por el Fiscal ante el Tribunal Constitucional, y declaran vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 de la C.E.) de los ciudadanos a propósito de la aplicación por el Tribunal del art. 763 de la L.E.C (el procedimiento de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico).

La STC 182/2.015 se refirió al “término inicial del plazo de setenta y dos horas que, para la ratificación judicial del internamiento no voluntario establece el art. 763.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)”, y concluye, en contra del criterio de la Audiencia Provincial, que había sostenido, entre otros razonamientos, que “durante el intervalo que media entre la comunicación del internamiento al Decanato por parte de la autoridad médica y el reparto del asunto al órgano judicial, la privación de libertad del paciente tiene carácter gubernativo”, lo siguiente: “afirmamos que la interpretación constitucionalmente adecuada del segundo párrafo del art. 763.1 LEC no admite solución de continuidad entre la comunicación del internamiento involuntario, por parte de la autoridad médica, y el inicio del plazo de 72 horas estatuido para la ratificación judicial de esa medida, ni permite intercalar plazos implícitos entre esos dos acontecimientos procesales”.

Las SSTC 22/2.016 y 50/2.016 examinaron un supuesto sustancialmente idéntico: la persona afectada por la medida de internamiento manifestó durante el acto de exploración judicial su deseo de que se le nombrara un abogado para su defensa, y aunque se proveyó inicialmente a esa solicitud, acordando el Juzgado dirigir comunicación a los Colegios de Abogados y Procuradores para los respectivos nombramientos, antes de recibir respuesta de éstos dictó Auto de ratificación del internamiento pese a que tenía margen hasta el día siguiente para resolver, “con la consecuencia, producto de tal premura, de descuidar la efectividad del derecho a la asistencia jurídica” de esa persona. El Tribunal Constitucional concluyó que “la negación de esta intervención de su representante procesal y defensor produjo, pues, la vulneración del derecho a la asistencia jurídica, que en el ámbito de las garantías del proceso de internamiento involuntario del art. 763 LEC, se reconduce a una lesión del derecho a la libertad del art. 17.1 CE.”.

Las SSTC 34/2.016 y 132/2.016 resolvieron casos semejantes: unas resoluciones judiciales que inadmitieron a trámite (o desestimaron incoar) la solicitud (“de regularización”) en relación al internamiento no voluntario de una persona que presentaba un cuadro de enfermedad mental degenerativa y llevaba ya un tiempo prolongado recluida en un centro asistencial. En ambos casos se reprochó a dichas resoluciones el no adoptar decisión alguna sobre la situación personal de la persona afectada por la medida de internamiento, es decir, no adoptar una solución que pusiera fin a la ilicitud de su internamiento. El Tribunal Constitucional concluyó en ambos casos que se vulneró el derecho a la libertad de la persona (art. 17.1 de la C.E.) “en la medida en que los órganos judiciales no han adoptado ninguna decisión sobre la situación personal de aquella”.

III. Los casos expuestos demuestran que los intereses que se tutelan en los procesos de Derecho de Familia no estuvieron suficientemente garantizados con las resoluciones judiciales, y que no siempre el control (por el Ministerio Fiscal) de dichas resoluciones es “excesivo” e innecesario, hasta el punto de que debió ser el propio Ministerio Fiscal quien, promoviendo el amparo constitucional, defendiera los derechos fundamentales afectados en el ámbito del Derecho de Familia “como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos” (SSTC 17/2006, de 30 de enero, 208/2013, de 16 de diciembre, 12/2014, de 27 de enero, y 182/2015, entre otras).

3.3.2 ¿Es realmente prescindible el Ministerio Fiscal en el examen del presunto incapaz en los procedimientos sobre modificación de la capacidad de obrar?.

Entre las propuestas contenidas en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013 se incluye una consistente en que “la Ley debería establecer el carácter no obligatorio de la asistencia del Fiscal al examen del presunto incapaz”. Pues bien, según el apartado primero del art. 749 de la L.E.C. en su redacción actual tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, a propósito, entre otros, de los procesos sobre capacidad de las personas, dice que “el Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada”. En consecuencia, la respuesta legal (y también, antes de ella, práctica) a la citada propuesta es contraria a la misma porque el Ministerio Fiscal debe velar durante “todo el proceso” (incluso durante el examen del presunto incapaz que, como medio de prueba, prevé el art. 759 de la L.E.C) por la protección del interés superior de éste, principio del interés superior de la persona

discapacitada que, como dice la STS de 19 de noviembre de 2.015, “es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad”.

Es cierto que, como dice la STS de 8 de noviembre de 2.017, que cita la STS de 20 de febrero de 1.989, la exploración judicial «constituye no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía, en prevención de abusos y maquinaciones, por una parte, y por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la medicina o a la psiquiatría, sino que, científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación. Por ello, se busca que el Juez o Tribunal no describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opinión con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir». Pero ahora expresamente la Ley, y antes la práctica, quiere que en el proceso de formación de la prueba, y como garantía del interés superior de la persona discapacitada, esté presente, asista, el Ministerio Fiscal, de un modo semejante a como lo hace (como lo debe hacer tras la STC 17/2.006, de 30 de enero, citada antes) en la exploración de los menores en los procesos matrimoniales y sobre medidas paternofiliales.

3.3.3. Las ventajas, en general, del papel activo del Ministerio Fiscal en los procesos relacionados con el Derecho de Familia. Sobre su labor suficiente y satisfactoria o no en ellos.

I. En relación con la intervención del Ministerio Fiscal en el orden jurisdiccional civil, en general, el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013 dijo que se observa, usualmente, “una insuficiente e insatisfactoria labor en esta jurisdicción”. A continuación, expondré los beneficios (algunos de ellos, me parece) del papel activo del Ministerio Fiscal en los procesos relacionados con el Derecho de Familia, antes de expresar mi opinión (al concluir) acerca de si es poco satisfactoria o no su actuación en dichos procesos.

II. Como dijo Hernández Gil²⁹, “en el fiscal se aprecian afinidades estructurales con el abogado y afinidades funcionales con el juez. Desde una posición que estructuralmente se asemeja a la del abogado, realiza, y sobre todo desde el punto de vista del fin, cometidos que funcionalmente se acercan a los del juez o los completan. Como el abogado ocupa la posición procesal de parte: defiende, acusa, informa. Como el juez, sólo persigue, en último término, el interés objetivo de la justicia dispensada sin acepción de personas”.

Ya se sabe que los procesos “sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores” y las comparecencias en los expedientes de jurisdicción voluntaria se sustanciarán por los trámites del juicio verbal (art. 753.1 de la L.E.C., y 18.2 de la L.J.V. con las especialidades previstas en este artículo), y que en ese juicio, en la vista, una vez comparecidas las partes, el tribunal debe declarar abierto el acto y comprobar “si subsiste el litigio entre ellas” (art. 443.1 de la L.E.C). Pero la Ley procesal civil dice algo más sobre esta clase de procesos. Además de esta última norma citada (y la más general contenida en el art. 185.1 de la L.E.C., acerca de que, iniciada la vista, se deben relacionar sucintamente los antecedentes del caso o las cuestiones que hayan de tratarse, y la prevista, en el ámbito del juicio ordinario, en el art. 415 de la L.E.C., acerca de la comprobación inicial de la subsistencia del litigio entre las partes en la audiencia previa al juicio), el art. 771 de la L.E.C. (al que se remite también el art. 773 de dicha Ley) dice que en ese acto (en la comparecencia), y antes de las alegaciones de los concurrentes y de la práctica de la prueba, “se intentará un acuerdo de las partes” (el art. 428.2 de la L.E.C., a propósito de la audiencia previa del juicio

²⁹ Hernández Gil, Antonio, “La posición del fiscal en el orden civil”, conferencia dictada el 15 de junio de 1.976 en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, a la que se refirió González Soler, Olayo Eduardo, en el artículo citado en la nota 4.

ordinario dice que “el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio”). Si las partes no hubieran llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo, y resueltas las cuestiones procesales que, en su caso, se hubieran suscitado, el acto continúa, en general, para la proposición y práctica de la prueba, y, tras ella, con la formulación de las conclusiones³⁰.

Atendiendo a ese marco procesal, y, en su conjunto, a la tramitación del proceso o expediente de jurisdicción voluntaria relacionado con el Derecho de Familia, las ventajas de una buena intervención del Ministerio Fiscal en ellos son, a mi juicio, entre otras, las siguientes:

1ª Para las partes:

1. Al inicio de las vistas o comparecencias, el Ministerio Fiscal juega un papel esencial, velando por la salvaguarda del interés superior del menor o del discapacitado, en el intento de acuerdo de las partes. Fija, con éstas, los hechos en los que exista contradicción (art. 443.3 de la L.E.C.), y puede desempeñar en ese mismo acto una función de “asistencia o auxilio” de las partes en la búsqueda y en la consecución del acuerdo, función que, en general, asume por su condición de autoridad (art. 23 del E.O.M.F.). En este sentido, los artículos 154 y 268 del C.c. se refieren, respectivamente, a que los progenitores pueden “recabar el auxilio de la autoridad” en el ejercicio de la patria potestad, y a que los tutores (lo que es aplicable a los que pugnen por serlo) también pueden recabar ese auxilio.

2. Igualmente, al inicio de las vistas o comparecencias (o durante el desarrollo de las mismas) el Ministerio Fiscal puede desarrollar una función impulsora de la mediación familiar intrajudicial, invitando a las partes (o interesando del Juez - art. 158 del C.c.- que disponga lo necesario) para que acudan, al menos, a la sesión informativa prevista en el art. 17 de la Ley 5/2.012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

2ª Para el órgano judicial:

1. En los casos en que, como resultado del acuerdo de las partes en la vista, o de la terminación del procedimiento de mediación con un acuerdo y con solicitud de las partes de su homologación conforme a la L.E.C., finalizase un proceso inicialmente contencioso, las ventajas para el órgano judicial se traducen generalmente en la reducción del plazo para dictar la resolución que finalice el proceso, que resulta más sencilla al haberse solucionado el conflicto, en la disminución del trabajo de la oficina judicial (al no tener que tramitar el recurso de apelación que cualquiera de las partes pudiera interponer contra la resolución dictada en el proceso contencioso), en la disminución de señalamientos (en los casos en los que el acuerdo definitivo se alcance en una comparecencia sobre medidas provisionales o medidas cautelares) y el aprovechamiento de aquéllos para celebrar los actos de mayor complejidad, y, con frecuencia, en la disminución de los procesos de ejecución forzosa por el incumplimiento de las obligaciones determinadas en la resolución final del litigio.

2. Desde el punto de vista de la decisión del caso (si no hubiera acuerdo de las partes o no hubiera sido aprobado por el tribunal, o antes de la resolución que finalice un expediente de jurisdicción voluntaria), los beneficios para el órgano judicial (para el juzgador) de la intervención

³⁰ El apartado 4 del art. 185 de la L.E.C., norma general sobre la “celebración de las vistas”, dice que “concluida la práctica de prueba o, si ésta no se hubiera producido, finalizado el primer turno de intervenciones, el Juez o Presidente concederá de nuevo la palabra a las partes para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas”.

del Ministerio Fiscal en el proceso de Derecho de Familia son los siguientes:

a) Por su experiencia en la tarea de garantizar el interés superior del menor o discapacitado, o, en general, por su misión de velar por el interés público, el Ministerio Fiscal contribuye a veces a desvelar las falacias en las argumentaciones de las partes, es especial, aquellas que consisten en falsas oposiciones, en tomar lo complementario por contradictorio³¹, y, a partir de ahí, construir el presupuesto de la estimación de sus pretensiones.³² La creación de estos falsos dilemas o falsas oposiciones exige un esfuerzo para descubrirlas, pues a veces son más sutiles³³, y en esa labor el Ministerio Fiscal, en defensa de los intereses cuya protección constitucionalmente asume, juega a lo largo del proceso (en particular en la práctica de la prueba y en la fase de conclusiones) un importante papel, y facilita la decisión judicial.

b) Las razones ofrecidas por el Ministerio Fiscal son, a veces, “argumentos de autoridad”, no sólo porque él mismo lo sea (lo que no debe ser suficiente para vencer la tesis opuesta de alguna de las partes en el proceso), sino en el sentido de la clasificación tradicional de los argumentos realizada por Tarello³⁴, es decir, en este caso, buenas razones para convencer al juzgador de la bondad de sus pretensiones en garantía de los intereses de menores o de personas adultas con capacidad modificada judicialmente o por modificar por haber sido empleadas previamente en dictámenes, circulares o instrucciones de la Fiscalía General del Estado, de importante valor doctrinal. Conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, el Ministerio Fiscal debe seguir los criterios de actuación contenidos en esos documentos, y éstos tienen un importante valor práctico, pues nacen de una previa reflexión de los conflictos planteados en la realidad, y proporcionan una solución jurídica a ellos respetuosa con el principio de legalidad.³⁵

c) De acuerdo con el art. 7 del E.O.M.F., por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados, y el art. 5.2 del Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero, dice que, “en general, cuando intervengan en representación de personas incapaces o en lo que se refiera al estado civil, actuarán como el más celoso defensor, y cuando intervengan sin representar a persona determinada para velar por un interés público o social en litigios en que los particulares sostengan encontradas pretensiones, procurarán armonizar la más diligente y decidida defensa del interés general a ellos encomendado con la más prudente neutralidad en cuanto a los intereses en pugna, pero sin que puedan en caso alguno sacrificar aquella diligencia a esta prudencia, por lo que deberán, sin vacilaciones, defender el interés privado que resulte identificado con el público, cuya salvaguardia les corresponda.” Así, las razones, acertadas o no (como las decisiones judiciales), dadas por el Ministerio Fiscal en los procesos relacionados con el Derecho de Familia, son, al menos, razones imparciales, que se decantan por la defensa de aquel interés privado que resulte más identificado con el interés público, y que son expresión de la verdad

³¹ Como explicó Vaz Ferreira, Carlos, en “*Lógica viva*”. Editorial Losada, 4ª edición. Buenos Aires, 1.945.

³² Un ejemplo de esas falsas oposiciones puede ser la solicitud de modificación de medidas definitivas que consista en la alteración del régimen de visitas del progenitor con sus hijos o del sistema de custodia de éstos basada (entre otros motivos o exclusivamente) en los desencuentros de los padres al escoger el colegio de los menores. Una cuestión que afecta al ejercicio de la patria potestad (el no haber tomado uno de los progenitores una decisión conjuntamente con el otro) puede convertirse, sin razón lógica para ello, en el fundamento de la suspensión o limitación de un régimen de visitas o de la modificación del régimen de custodia de los menores

³³ Como cuando se convierte un verdadero incumplimiento del régimen de visitas motivado por el deseo de un menor mayor de 12 años de permanecer más tiempo, por ejemplo, con sus amigos, en un obstáculo de la relación entre el menor y el progenitor no custodio achacado interesadamente al otro progenitor.

³⁴ Tarello, Giovanni, en “*Diritto, enunciati, usi. Un’indagine analítico-lingüística della problematica giuridica in una serie di studi di teoria e metateoria del diritto*”, Il Mulino, Bolonia, 1974.

³⁵ Por ejemplo, para decidir la controversia sobre la necesidad o no del asentimiento o la audiencia de un progenitor en el expediente de adopción de un menor nacido en un país que desconozca esa institución, adopción que haya sido solicitada antes de la entrada en vigor de las reformas del sistema de protección de menores de 2.015.

(procesal) de los hechos, obtenida con objetividad y con fundamento en la prueba³⁶, lo que tiene especial valor (aunque no necesariamente decisivo) al resolver la controversia.

3ª Para la sociedad, en general.

Como ha dicho la doctrina³⁷, la familia es esencial para la «integración del niño en las pautas culturales vigentes», en la cultura y sociedad de cada época, «el canal más importante con diferencia de transmisión cultural reside en la familia», y en ella “el Derecho hace acto de presencia en todo momento, aunque sea para prevenir el conflicto y organizar correctamente el decurso pacífico de la institución familiar”; “en el seno de la familia se fragua para el niño su inclinación radical a la esperanza o a la desesperanza, a la confianza o a la decepción, a la violencia o a la ternura, al amor o al odio”. Precisamente por ello, aunque sea para prevenir el daño en el futuro que causen niños o niñas que ahora crecen en ambientes familiares conflictivos, es imprescindible la actuación del Ministerio Fiscal en los procesos relacionados con el Derecho de Familia, y ello para impedir que su actuación se convierta con el tiempo en necesaria (indiscutiblemente) por la repercusión de las conductas de esos mismos niños o niñas, ya mayores de edad, en el seno de la jurisdicción penal (en los procesos penales), que es el campo natural de actuación del Ministerio Fiscal. También por eso, no entiendo que se trate de concebir la actuación de éste en los procesos relacionados con el Derecho de Familia en términos de simple aporte de “valor añadido” de garantías, o planteadas como un exceso de atribución de funciones, porque éstas, en todo caso, por los intereses en juego, nunca son inútiles.

Y no sólo la actuación del Ministerio Fiscal es importante (debe seguir siéndolo) para salvaguardar en todo momento los intereses de los niños y las niñas, sino para la prevención del daño que la persona adulta con capacidad modificada judicialmente o por modificar pueda causarse a sí misma y a la sociedad, lo que enlaza con las consideraciones iniciales de este trabajo acerca de la posible intervención del Ministerio Fiscal en el futuro (lo que supondría mayores funciones, y no una merma, como la postulada, de ellas), por ejemplo, en los procedimientos para la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastorno psíquico. Para ilustrarlo, quiero poner un ejemplo práctico, real, que llamaré el “caso de Daniel”: Daniel, que, naturalmente, es un nombre ficticio, tiene en la actualidad treinta años de edad, y un retraso mental leve con trastorno de personalidad y adaptativo, que le hace incapaz de llevar a cabo su propio control sanitario, pues no es consciente de sus limitaciones. Esa enfermedad, agravada por el consumo de cannabis y cocaína desde los 16 años, le lleva a cometer actos delictivos (que ha soportado, en primer lugar, su madre, a quien tiene prohibido acercarse) con continuos ingresos en prisión (antes de ello, vivió en la calle). En la prisión permanece en la enfermería dada su situación mental. Desde el centro penitenciario informan que Daniel niega ser quien provoque problemas, refiere que la medicación le tiene “hecho polvo”, y manifiesta quejas por vivir en el módulo de enfermería (“tengo que estar solo y callado, y no me relaciono con la gente”, dice). Daniel está en libertad desde el 27 de agosto de 2.017. El Ministerio Fiscal presentó demanda para modificar su capacidad de obrar y dotarle de las medidas de apoyo necesarias. Si no hubiese sido así, el riesgo de su situación para el interés social se hubiera convertido en crónico.

4. CONCLUSIONES

³⁶ Del mismo modo que el art. 10 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado por la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en el mes de junio de 2.006 en Santo Domingo, dice que “el juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio”.

³⁷ Alonso Pérez, Mariano, que cita a otros autores, en “*La familia y su constante renacer. Funciones que desempeña*”, en la obra “*La relación jurídica familiar*”. Base de datos de Thomson Reuters Aranzadi Familia. DOC 2.012/1000.

No es exagerado afirmar que sin la intervención del Ministerio Fiscal sería imposible, al menos para mí, el trabajo en un Juzgado de Familia ahora. No es (sólo) la carga emocional de los conflictos que resuelve el Juzgado, sino el número y variedad de asuntos que tramita, el tiempo en debe hacerlo³⁸, y, sobre todo, los intereses superiores que han de ser valorados y considerados como primordiales, lo que hace que la actuación del Ministerio Fiscal sea imprescindible para dar una buena solución a esos conflictos. Su tarea puede no ser, en algún caso, satisfactoria (para las partes o, a veces, para el juez, como lo es, también algunas veces, la respuesta judicial a los asuntos para las partes y el Ministerio Fiscal), pero lo que no cabe es inferir que sea innecesaria o que deba reducirse en este sector del Derecho Civil.

En la familia se origina para el niño una cierta disposición al respeto o no de las normas de convivencia básicas. En los procesos relacionados con el Derecho de Familia se trata no sólo de resolver los conflictos actuales, mediante la ordenación del desenvolvimiento pacífico de los mismos, sino de prevenir los futuros. En esa labor (especialmente en esta última), el Ministerio Fiscal anticipa en cierto modo (y debe seguir haciéndolo) su actuación en el proceso, no como parte acusadora, sino en defensa en el orden jurisdiccional civil de aquellos intereses (los de los menores o personas con capacidad modificada o por modificar) más identificados con los intereses públicos. Si desde el principio esos intereses no son protegidos de forma suficiente (por el juez, el Ministerio Fiscal, o, en general, por las administraciones públicas), puede suceder que las conductas de aquellos menores, ya mayores de edad, y de las personas que tengan judicialmente modificada su capacidad (o aún no la tengan), hagan que lo que precise, al final de manera inevitable, ese mismo interés público sea la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal, su campo normal de actuación, para la represión de dichos comportamientos. Por todo ello, la futura ampliación de competencias del Ministerio Fiscal en el proceso penal no debería suponer una merca de sus funciones en el ámbito del Derecho de Familia.

Las nuevas realidades familiares, que se examinan en esta actividad, los nuevos problemas de la infancia (sus novedosas dependencias, enfermedades, y formas de desprotección), la “excesiva confianza del sistema en la inexistente habilidad del entorno familiar de asegurar el sometimiento de los pacientes al tratamiento pautado”³⁹ y, en general, los mayores apoyos que necesitan las personas con discapacidad, o el incremento de la población anciana (“los ciudadanos durante la tercera edad”, a los que se refiere el art. 50 de la C.E.) más indefensa, son circunstancias que orientarían a entender que no estaría injustificada ahora una “tendencia expansiva” de la labor del Ministerio Fiscal en esta parte del Derecho Civil.

El respeto a los criterios de necesidad y eficacia, que pueden regir la organización del Ministerio Fiscal, no debería contradecir las normas y principios constitucionales y las exigencias derivadas de los tratados internacionales, no debería desconocer la tradicional presencia del Ministerio Fiscal en el Derecho Civil (y, en concreto, en el Derecho de Familia), ni ser incompatibles con las ventajas o beneficios prácticos que su intervención proporciona.

No ha sido (no es) por sí solo suficiente el amparo judicial, sin la intervención del Ministerio Fiscal, de los intereses de los menores y de las personas con discapacidad, y no puede hablarse

³⁸ Los niños y los adultos no comparten, dice el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas en su Observación General nº 14, la misma percepción del paso del tiempo, por lo que los procesos de toma de decisiones que se demoren tienen para su desarrollo una especial incidencia de carácter adverso. Así lo recuerda el “*Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*”, publicado por el Defensor del Pueblo. Madrid, mayo de 2.014.

³⁹ Así se dice en el trabajo indicado en la nota nº 1.

siempre de “exceso de control” por el Ministerio Fiscal en los procesos relacionados con el Derecho de Familia.

Los diagnósticos y las propuestas del Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2.013 en relación a la actuación de éste en “los órdenes distintos al penal” han sido, en algunos extremos, superados por las reformas normativas y la realidad práctica. La misma creación de la figura de los fiscales delegados de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las comunidades autónomas supone una muestra de la preocupación del Ministerio Fiscal por los asuntos relacionados con el Derecho de Familia, pero aún puede pervivir cierta idea que no atribuya valor bastante a su papel en ese ámbito.

Ante ese riesgo, creo que es importante concluir que, por ser lo más coherente con las normas y principios jurídicos fundamentales, con los antecedentes históricos de la institución, las consistentes explicaciones doctrinales sobre la justificación de su actuación, y las ganancias que en la práctica se obtienen por ésta, la solución más satisfactoria, la que puede reunir una mayor consenso racional de la comunidad jurídica, es que no es (ni debe ser) prescindible el Ministerio Fiscal en los procesos relacionados con el Derecho de Familia.

De la familia se ha dicho⁴⁰ que es “la primera escuela de los valores humanos, en la que se aprende el buen uso de la libertad”, y que “muchas personas actúan toda la vida de una determinada manera porque consideran valioso ese modo de actuar que se incorporó en ellos desde la infancia, como por ósmosis: “a mí me enseñaron así”, “eso es lo que me inculcaron”. Entiendo que, al menos en esos momentos iniciales, el Ministerio Fiscal debe estar (seguir estando) plenamente presente en la aplicación e interpretación del Derecho de Familia para cumplir su misión en defensa del interés público.

BIBLIOGRAFÍA

Almagro Nosete, José, Gimeno Sendra, Vicente, Cortés Domínguez, Valentín, y Moreno Catena, Víctor, *“Derecho Procesal. Tomo I (Vol. I). Parte General. Proceso Civil (I)”*. Editorial Tirant lo Blanch, 5ª Edición. Valencia, 1.991.

Alonso Pérez, Mariano, *“Familia, modernidad y globalización: la familia en la era tecnológica o familia “postmoderna”: sus profundas metamorfosis”, en “Familia y el Derecho de Familia”*. Base de datos de Thomson Reuters Aranzadi Familia. DOC. 2.012/1.006.

⁴⁰

Francisco, *“Amoris Laetitia”*. BAC. - documentos, Madrid, 2.016, p. 212.

Alonso Pérez, Mariano, que cita a otros autores, en *“La familia y su constante renacer. Funciones que desempeña”*, en la obra *“La relación jurídica familiar”*. Base de datos de Thomson Reuters Aranzadi Familia. DOC 2.012/1000.

De la Cámara Álvarez, Manuel, en *“Comentarios al Código Civil. Tomo III. Vol. 1º”*. Edersa, 1.978.

De Torres Perea, José Manuel, *“Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”*. Diario LA LEY, nº 8.737, de 8 de abril de 2.016. Editorial Wolters Kluwer.

Ferreirós Marcos, Carlos Eloy, *“La Agenda Universal 2.030 para la infancia. Protección jurídica. Perspectiva del Ministerio Fiscal”*. CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación nº 55, 2.016.

Francisco, *“Amoris Laetitia”*. BAC. - documentos, Madrid, 2.016, p. 212.

Fuertes Rocañin, José Carlos, Rodríguez Lainz, José Luis, Fuertes Iglesias, Carlos, y Naranjo Rodríguez, Jessica, *“Necesidad de regulación legal del tratamiento ambulatorio involuntario en pacientes psiquiátricos”*, Diario LA LEY, nº 9.123, de 22 de enero de 2.018, Editorial Wolters Kluwer.

García Vicente, José Ramón, *“La participación del Ministerio Fiscal”*, en *“Las relaciones paterno-filiales. Las acciones de filiación”*. Base de datos de Thomson Reuters Aranzadi Familia. DOC 2.012/1299.

González Poveda, Bienvenido, *“La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y formularios”*. Editorial Aranzadi, 3ª edición, 1.997.

González Soler, Olayo Eduardo, *“El Ministerio Fiscal en los procesos que afectan a la infancia”* en la publicación. *Protección de Menores en el Código Penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. Volumen nº 12, 1.998.

Guibert Ovejero-Becerra, Santiago, *“El Ministerio Fiscal en el Siglo XXI”*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.017.

Guilarte Martín-Calero, Cristina, *“La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta”*, en la obra *“El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2.015”*, dirigida por María Victoria Mayor del Hoyo. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2.017.

Lafuente Torralba, Alberto José, *“Consideraciones sobre la función del Ministerio Fiscal en la calificación del concurso”*, en *“La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia”*. Base de datos de Thomson Reuters Aranzadi. BIB 2.013/16129.

Liébana Ortiz, Juan Ramón, y Pérez Escalona, Susana, *“Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria”*. Thomson Reuters Aranzadi, 2.015.

Montero Aroca, Juan, *“Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil”*. Editorial Tirant lo Blanch. 24ª Edición. Valencia, 2.016.

Montero Aroca, Juan, *“Proceso Civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, y quince ensayos”*. Editorial Tirant Lo Blanch. 2ª Edición. Valencia, 2.011.

Tarello, Giovanni, en *“Diritto, enunciati, usi. Un’indagine analitico-linguistica della problematica giuridica in una serie di studi di teoria e metateoria del diritto”*, Il Mulino, Bolonia, 1974.

Vaz Ferreira, Carlos, en *“Lógica viva”*. Editorial Losada, 4ª edición. Buenos Aires, 1.945.



Centro de
Estudios
Jurídicos