

EL MINISTERIO FISCAL Y EL «INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR», UNA EXTRAÑA PAREJA



En virtud de lo establecido en el artículo 749.2 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* en todo procedimiento seguido ante los Juzgados de Familia, cuando haya menores, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal. Esto

quiere decir que, en todo procedimiento de separación, divorcio o modificación de medidas, si hay hijos menores, el Ministerio Fiscal interviene.

¿Cuál es la función del Ministerio Fiscal en los procedimientos de familia? *En teoría*, velar por el «INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR» o dicho de una forma más coloquial, proteger al menor, velar por sus intereses..., repito, *en teoría*.

El primer problema que nos encontramos es que el «INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR» es un concepto jurídico indeterminado, es decir, *a fecha de hoy no existe una definición clara, oportuna y congruente de dicho interés* que, en mi opinión, en muchos casos da la impresión de que sea el interés que menos importa de todos. Al ser un concepto jurídico indeterminado puede ser objeto de muchas interpretaciones y, en consecuencia, su aplicación depende del juez al que le toque conocer del asunto concreto y, en este caso, del fiscal que en cada caso tenga

que proteger ese interés.

Lamentablemente, el «Interés Superior del Menor» se ha convertido en el manto que abriga las mayores injusticias y barbaridades. En este sentido, baste de ejemplo decir que **al amparo de dicho interés se está dando la guarda y custodia compartida, e incluso exclusiva, a maltratadores y maltratadoras condenados por sentencia firme**, tal y como se exponía en el artículo *«Las leyes no son chicles, ni los niños aspirinas»*.

Llegados a este punto, después de hacer una breve referencia a la «teoría», se nos plantea una segunda cuestión, *¿qué sucede en la práctica?* Pues bien, en primer lugar **hay que diferenciar entre los procedimientos de mutuo acuerdo y los procedimientos contenciosos**, es decir, a las «malas».

En los PROCEDIMIENTOS DE MUTUO ACUERDO, *si hay menores*, el fiscal examinará el convenio regulador –en Aragón, Pacto de Relaciones Familiares– que propongan las partes en lo que afecte a los hijos. **Si el fiscal entiende que el convenio los ampara suficientemente, pedirá su aprobación.** Pero si no es así, deberá oponerse a su aprobación.

Sinceramente, **rara vez el fiscal se opone a un convenio**, entre otras razones, porque los convenios los redactamos los abogados velando para que no haya acuerdos o pactos que puedan dejar en situación de desamparo a los menores y, en consecuencia, dar lugar a que el fiscal se oponga a su aprobación.

Y ustedes se preguntarán, *¿qué sucede cuando no hay acuerdo entre las partes y el PROCEDIMIENTO ES CONTENCIOSO o a «las malas»?* Pues en este caso, **el fiscal actúa como una «tercera parte»** –no es demandante, ni demandado, pero está ahí para, como se ha dicho, velar por el «Interés Superior del Menor»–. De esta forma, en el procedimiento y en el juicio, nos encontramos que está por un lado el padre, por otro lado la

madre y, como «tercera parte», el Ministerio Fiscal.

Sería deseable que la intervención del Ministerio Fiscal fuera realmente activa en favor de los menores, pero desgraciadamente no lo es.



En mi opinión, un ejemplo a seguir es el de EEUU. En los procedimientos de familia norteamericanos existe la figura del «Guardian», un abogado que representa a los hijos. Si hay más de un hijo, puede haber diversos «Guardians». El «Guardian» articulará los intereses de los menores, les representará.

El «Guardian» hablará con los menores, con los padres, con los profesores, médicos y otras personas de su entorno de forma que, con su visión, al margen de las versiones que puedan alegar los padres, se tome la mejor decisión sobre la guarda, salud y educación de dichos menores.

Pero aquí, estimados lectores, no se ilusionen, en España no existe el «Guardian» ni ninguna otra figura que se le parezca. **Cuando nos enfrentamos a un procedimiento de familia contencioso lo que tenemos es el MINISTERIO FISCAL.**

Y, ¿qué es lo que hace el Ministerio Fiscal en los procedimientos de familia contenciosos? Sinceramente –basándome en mi experiencia–, puedo decirles que **más bien**

poco –en este artículo me centraré en lo que sucede en Zaragoza, que es la ciudad que más conozco, pero por lo que he visto en otras ciudades españolas y por lo que me cuentan mis compañeros, más o menos es igual en toda España–.

El primer problema que nos encontramos –en mi opinión, especialmente grave–, *es de organización*. Cuando se presenta una demanda de separación o divorcio, esta se reparte a un Juzgado y ya será **siempre** –salvo contadas excepciones– ese Juzgado el que se encargará de todo lo relativo a ese asunto y los que se deriven del mismo.

Veamos un ejemplo: si el Sr. «A» y la Sra. «B» se divorcian, la demanda le tocará a un Juzgado, y si después del divorcio tienen más problemas, es decir, hay demandas posteriores de modificación de medidas o ejecuciones, seguirá siendo ese mismo Juzgado el que se ocupará de estas.

Sin embargo, *con el Ministerio Fiscal no sucede así*. **En un procedimiento típico pueden intervenir cinco o más fiscales de forma sucesiva**. Continuemos con el ejemplo anterior: si el Sr. «A» y la Sra. «B» se divorcian, uno presentará la demanda y el otro la contestará oponiéndose y, además, si hay hijos menores, la tendrá que contestar también el fiscal que puede ser el Sr. «1»; a la comparecencia de medidas provisionales también acudirá el fiscal, que puede ser la Sra. «2»; en el juicio que se celebre más adelante, acudirá otro Fiscal, el Sr. «3»; si el padre o la madre recurre la sentencia que se dicte, el fiscal tendrá que oponerse o adherirse al recurso, pues eso lo hará la fiscal Sra. «4»; y si también se recurre la sentencia que dicte la Audiencia, el fiscal también tendrá que oponerse o adherirse, lo cual también lo hará otro fiscal, en este caso el Sr. «5»–. De esta forma **los fiscales nunca llegan a tener un conocimiento profundo del asunto en cuestión, llegando incluso a contradecirse entre unos y otros**.

Hay casos en los que, en el acto de Juicio o vista principal,

el fiscal «X» pide la custodia compartida, y en la apelación, la fiscal «Y» pide la atribución de la guarda y custodia en exclusiva a favor del padre o de la madre, poniéndose así en evidencia la falta de coordinación entre un fiscal y otro.



Este primer problema, a mi juicio, tiene fácil solución.

Igual que un asunto se asigna a un Juzgado, se podría asignar a un fiscal concreto, de forma que –salvo

jubilación o traslado– ese fiscal se encargase del primer procedimiento y de todos los posteriores que se derivasen de él.

Una vez se inicia el procedimiento, mediante demanda formulada por uno de los progenitores –el padre o la madre–, el fiscal tiene que contestar esa demanda. La «sorpresa» es que habitualmente los fiscales contestan las demandas mediante un «modelo» o «formulario» en el que lo único que cambian es el número de procedimiento y el nombre de las partes –padre y madre–.

Un ejemplo de contestación tipo es el siguiente:

[spacer]

«EL FISCAL, en los Autos nº ... de ... sobre Divorcio, instados por ... contra ... y, en virtud de la resolución del Juzgado por la que se emplaza a este Ministerio para contestar la demanda,

lo hace por medio del presente escrito y DICE:

HECHOS

No se admiten los formulados en la demanda en tanto no queden suficientemente probados con arreglo a los medios de prueba admitidos en Derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Derecho Sustantivo. Capítulo VIII. Título IV. Libro I del Código Civil.

II.- Derecho Adjetivo. Capítulo I y IV. Título I. Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

INTERESA DEL JUZGADO se tenga por contestada la demanda, y se proceda a dar a los Autos el curso legal pertinente».

[spacer]

Es decir, «formalmente» el fiscal cumple con la obligación de contestar a la demanda, pero, **¿realmente con la contestación transcrita se puede afirmar que el fiscal ha contestado la demanda?** Sinceramente **no**. Lo que se dice en esa contestación y no decir nada es lo mismo. Partiendo de esta base, poco podemos esperar.

Para este trámite de contestación a la demanda, el fiscal no se entrevista con las partes –padre y madre– ni ve al menor o menores cuyo interés, en teoría, protege. Obviamente más de uno se dirá «para cumplimentar un formulario, tampoco es necesario», y no le falta razón.

En la mayoría de procedimientos de familia se solicita la *adopción de medidas provisionales* –que son medidas que, como su propio nombre dice, se adoptan de forma provisional hasta la celebración del juicio, lo que se hace porque cada día se demoran más los procedimientos de familia, siendo necesario, en la mayoría de los casos, adoptar unas *medidas urgentes*

antes de disponer de todos los informes precisos, tales como el del gabinete psicosocial, etc.–, celebrándose la correspondiente comparecencia, a la cual, si hay menores, como se ha expuesto, tiene que asistir el fiscal.

Y ustedes se preguntarán, **¿qué fiscal asiste?** Pues el fiscal **al que «le toca» ese día el Juzgado en el que se celebra la comparecencia** –fiscal que casi nunca es el que ha contestado la demanda–.

Dependiendo del interés que se tome el «fiscal de turno», dicho sea con todos los respetos, **así será su actuación.** Pero partiendo de que habitualmente no ha contestado la demanda, no se ha entrevistado con las partes –padre y madre–, ni ha visto al menor o menores, poco se puede esperar. Lo cierto es que está presente en la comparecencia, oye a todas las partes y luego solicita la adopción de las medidas provisionales que, según su «leal saber y entender», le parecen más oportunas en ese momento.

Las medidas provisionales que se acuerden serán las que rijan hasta que se adopten las medidas definitivas, las cuales se acuerdan en el acto de juicio o vista principal. A la vista principal, una vez más, acude el fiscal al que ese día «le toca» el Juzgado que se encarga de ese asunto –recordemos que ese fiscal casi nunca es el que ha contestado la demanda ni el que ha asistido a la comparecencia de medidas provisionales–, y que, como en el caso de sus dos anteriores compañeros, ni se ha entrevistado con las partes –padre y madre–, ni ha visto al menor o menores.

Por lo tanto, al igual que en el caso anterior, dependiendo del interés que se tome el «fiscal de turno», dicho sea nuevamente con todos los respetos, así



será su actuación. Y, de nuevo, poco se puede esperar. Como en el anterior caso, **el fiscal está presente en la comparecencia, oye a todas las partes y luego solicita la adopción de las medidas definitivas** que le parecen más oportunas, **que a veces coinciden con las solicitadas por su compañero en la comparecencia de medidas provisionales y a veces no.**

En este sentido puede darse, y de hecho se da en muchas ocasiones, que el fiscal que interviene en la comparecencia de medidas provisionales solicite la adopción de una serie de medidas –por ejemplo: *atribución de la guarda y custodia compartida o su atribución en exclusiva a un progenitor*–, y el que interviene en el acto de juicio o vista principal solicite otras totalmente diferentes u opuestas.

Una vez que se adoptan las medidas definitivas mediante Sentencia, lo normal es que una de las partes -el padre o la madre- o las dos recurran esa Sentencia y presenten lo que se llama un «Recurso de Apelación».

Pues bien, el Ministerio Fiscal, como parte que es en el procedimiento, tiene dos opciones, oponerse al recurso o adherirse al mismo, y esto, al igual que la contestación a la demanda –salvo contadas excepciones– lo hacen con un «*modelo*» o «*formulario*».

Un ejemplo de contestación al *Recurso de Apelación* presentado por uno de los progenitores es el siguiente:

[spacer]

«EL FISCAL, en los Autos nº ... de ... de ese Juzgado, sobre divorcio, a instancia de D./D.ª ..., evacuando el traslado conferido, dice:

Que en relación con el Recurso de Apelación interpuesto por la representación de D./D.ª ... contra la resolución dictada con fecha ..., se opone al recurso interpuesto e interesa la confirmación de la resolución recurrida, por los propios fundamentos de la misma y encontrarse ajustada a Derecho».

[spacer]

Una vez más tenemos que decir que «formalmente» el fiscal cumple con la obligación de oponerse o adherirse al *Recurso de Apelación* presentado por uno de los progenitores o por ambos pero, **¿realmente con ese escrito se puede afirmar que el fiscal se ha opuesto o adherido al Recurso de Apelación?** Sinceramente creo que **no**. Decir eso y nada es lo mismo.

Y de este trámite de oposición o adhesión al Recurso de Apelación, ¿qué fiscal se encarga? Pues el fiscal que «le toca», que casi nunca es el que ha contestado la demanda, ni el que ha asistido a la comparecencia de medidas provisionales, ni el que ha asistido al acto de juicio o vista principal. De igual forma tampoco se entrevista con las partes –padre y madre– ni ve al menor o menores cuyo interés, en teoría, protege. Aunque, como concluimos antes, «para cumplimentar un formulario, no le hace falta».

Asimismo, **dado que el Ministerio Fiscal, en teoría, está para velar por el «Interés Superior del Menor», lo lógico sería que, si las medidas definitivas que acuerde el Juzgado no son adecuadas para proteger el interés del menor, las recurriera.** Pues bien, mi experiencia me dice que rara vez, por no decir

nunca, **el Ministerio Fiscal recurre una sentencia dictada en familia**, limitándose a oponerse o adherirse al recurso que pueda formular alguna de las partes o ambas.

En esta segunda instancia –en el *Recurso de Apelación*– es donde con mayor frecuencia se dan casos en que, debido a esa falta de coordinación de la que hablábamos, en más ocasiones se ve cómo un fiscal lleva la contraria a otro.

En este sentido, como ejemplo, **les contaré un caso real**: el día 5 de septiembre de 2013 asistí a una vista en el que el fiscal solicitó que se atribuyese a ambos progenitores la guarda y custodia compartida. Sin embargo, el juez acordó la atribución de la guarda y custodia a favor de la madre. La sorpresa vino cuando el fiscal al que «le tocó» la apelación –que no era el mismo que acudió al juicio–, en vez de mantener el criterio de su compañero fiscal que había asistido a la vista, lo cambió sin justificación alguna, solicitando que se atribuyese de forma exclusiva la custodia a la madre, lo cual pone en evidencia la falta de coordinación entre uno y otro.

Y por último, puede darse que la sentencia que resuelva el *Recurso de Apelación* sea también recurrida, en este caso, mediante «**Recurso de Casación**». Pues bien, el fiscal, al igual que sucede con el *Recurso de Apelación*, puede adherirse u oponerse.

¿Qué Fiscal nos tocará hoy...?



Una vez más se preguntarán, ¿de este trámite de oposición o adhesión al *Recurso de Casación* qué fiscal se encarga? Seguro que ya lo han adivinado. Al igual que ocurría en los casos anteriores, **el fiscal que «le toque»** –casi con total seguridad no será ninguno de los cuatro que han intervenido anteriormente–, y tampoco verá a las partes –padre y madre–,

ni a los menores y que, obviamente, de nuevo, hará lo que considere oportuno.

Como se ha expuesto, ninguno de los **5 fiscales** que pueden llegar a intervenir en un procedimiento de familia va a ver al menor –en más de una década de ejercicio profesional solo he visto a una fiscal asistir a una exploración de un menor–, ante lo que yo me pregunto, **¿cómo se puede velar por el «Interés Superior del Menor» sin tan siquiera conocer al menor al que teóricamente estás protegiendo?** Si algún fiscal lee este artículo y nos lo quiere aclarar, estaré encantado de publicar su explicación en este mismo espacio.

En un artículo anterior titulado *«Señorías, abran los ojos y sean valientes»*, dirigiéndome a Sus Señorías escribía que *«... en todo procedimiento en que se tenga que decidir sobre la custodia de un menor deberían ver a los menores»*. Pues bien, en el caso del Ministerio Fiscal **con mayor razón aún el fiscal debería ver a los menores, ya que** el fiscal, como se ha expuesto, en los procedimientos de familia está para proteger

el interés del menor, y **nadie puede proteger el interés de un menor sin tan siquiera conocer a dicho menor, dedicarle unos minutos para tratar de averiguar qué es lo que piensa, quiere, desea, teme, necesita...**

Tengo la completa seguridad de que **muchas veces los fiscales solicitan la adopción de medidas que no solamente van en contra de la voluntad o deseo de los padres sino, lo que es más grave, de los propios menores a los que dicen proteger.** Medidas que van en contra del «Interés Superior del Menor», cosa que sucede por el total y absoluto desconocimiento de lo que beneficia o perjudica al menor en concreto para quien se piden tales medidas.

Les contaré un caso al que ya hice referencia en el artículo publicado en este mismo espacio bajo el título *«Peritos mentirosos, un mal a erradicar de los Juzgados de Familia»*.

El día 24 de febrero de 2014, asistí a una comparecencia en la que **una perito psicóloga** –actualmente denunciada ante su Colegio profesional por malas prácticas– que había visto a una menor –de 6 años– durante 1 hora y 15 minutos solicitó para esta *«..., que la menor debería durante un tiempo, a determinar conforme a la evolución de la menor, ser acogida por una institución pública para la defensa de los menores, sin contacto con su padre ni con su madre, durante el plazo que se estimara oportuno por los técnicos del organismo al que se atribuyera la guarda temporal de la menor»*.

En esa misma comparecencia estuvo presente un fiscal, dicho sea con todos los respetos hacia el mismo, el «fiscal de turno», al que le tocó ese día acudir que, por supuesto, no conocía ni a los padres ni a la menor. **¿Qué creen ustedes que pidió el fiscal?** A la vista de lo dicho por la perito mendaz, **que fueran los Servicios Sociales los que se hicieran cargo de dicha menor.**

Dos días después, la menor fue valorada por una psicóloga del

Instituto de Medicina Legal de Aragón –IMLA– quien concluyó que *«No se constata la necesidad de tratamiento psicológico de la niña, estando sus competencias adaptativas y su conducta habitual dentro de lo esperado para la edad»*.

Afortunadamente, en este caso, **el juez encargado del mismo** fue un hombre cabal y valiente, que *«se la jugó»* y **no atendió las recomendaciones de la perito psicóloga, ni las peticiones del fiscal y de LA PROPIA PROGENITORA –que no madre– que también solicitó que se hicieran cargo de la menor los Servicios Sociales,** atendiendo únicamente la petición de mi defendido, el padre.

Pues bien, **el fiscal actuante en dicha comparecencia,** de forma total y absolutamente temeraria, basándose en lo recomendado por una perito psicóloga –que se ha demostrado que mintió–, solicitó la adopción de una medida claramente contraria al interés de esa menor, y que en el caso de haberse acordado habría tenido unas consecuencias irreparables para la niña.

Y solicitó tal medida porque no se había molestado en conocer las circunstancias de esa menor, y mucho menos a la menor. Simplemente acudió a esa comparecencia, escuchó lo dicho por la perito psicóloga y, al parecer, sin más, se dejó llevar...

Pero si el caso que les he expuesto les parece grave, **no es menos grave que haya fiscales que,** en contra de lo dispuesto en el **artículo 92.7 del Código Civil** –artículo que establece que *«No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica»*.–, y del **artículo 80.6 del Código del Derecho Foral de Aragón,** que se pronuncia en términos similares, **estén solicitando que se atribuya la**

guarda y custodia compartida y, en algún caso, exclusiva, a maltratadoras condenadas por sentencia firme.

El artículo 6 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establece que **los fiscales están sometidos** «a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente».

Sin embargo, el hecho de solicitar algo contrario a los artículos mencionados –97.2 del **Código Civil** y 80.6 del **Código del Derecho Foral de Aragón**–, es una práctica totalmente legal, porque amparándose en «la libre interpretación» que hacen del «Interés Superior del Menor» se puede llegar a justificar la petición de guarda y custodia compartida o exclusiva para maltratadoras condenadas por sentencia firme.

Creo que coincidiremos todos en que **no se protege el interés del menor cuando se le deja en manos de un delincuente**, ya que un padre o una madre que haya maltratado a su pareja jamás será un buen pilar educativo para sus hijos. Es más, **¿qué bienestar emocional y físico desarrollarán esos niños obligados a convivir con un maltratador o maltratadora?**

Sres.
fiscales,
llegados a
este punto,
permítanme
decirles que,
con «modelos»
y
«formularios»,
desde el
desconocimiento
o y sin
escuchar a las
partes –padre



y madre– ni a los menores, no se puede defender el «Interés Superior del Menor».

Quiero señalar que **esta idea** en la que tanto insisto, **de que en los procedimientos de familia jueces y fiscales escuchen al menor, no es una originalidad mía.** En este sentido especial mención merece un *Estudio de la Defensora del Pueblo*, D.ª Soledad Becerril, publicado en mayo de 2014, cuyo título no puede ser más significativo *«Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor – Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia»*, en el que se recogen, entre otras, las siguientes «Recomendaciones a la Secretaría de Estado de Justicia»:

«1. Configurar la escucha del menor como un derecho de este, no sujeto a criterios de necesidad u oportunidad; ello supone oír al niño y tomar en consideración lo que dice.

2. Eliminar los criterios de edad respecto al derecho del niño a ser escuchado, sustituyéndolos por la presunción de la capacidad del menor para formarse un juicio propio».

Para concluir, a la vista de dicho informe, **señoras y señores fiscales les ruego que abandonen los «modelos» y «formularios» y, sobre todo que, por favor, escuchen a los menores.**

Mientras esto no sea así, *el Ministerio Fiscal y el «Interés Superior del Menor»*, solo serán eso, *«una extraña pareja»...*

[spacer]

Más información en:

Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor –
Revisión judicial de medidas de protección y procesos de
familia