

Patria potestad y educación del menor. Intervención del fiscal en procesos civiles

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Enunciado

Padres que están separados con una medida de custodia compartida con un hijo común de 13 años de edad. El padre, con origen musulmán, quiere para su hijo una educación religiosa que el centro actual no le proporciona, basada en los principios del islam; la madre, cristiana, por el contrario, desea que la educación siga en el colegio actual concertado y católico. Hace tiempo que ambos viven en España y que sus relaciones sociales son indistintamente con personas de ambas religiones o en entornos de ambas culturas. Es decir, que el hijo convive tanto en un mundo musulmán como en uno católico. Sin embargo, a la hora de decidir la educación escolar, surge entre los progenitores la desavenencia en el ejercicio de la patria potestad indicada, y buscan –en el caso del padre– el cambio de centro. Y no solo hay desacuerdo en este aspecto, además, sucede que los progenitores viven en diferentes domicilios y la madre pretende empadronar a su hijo en el lugar donde ella habita, más próximo al centro escolar actual, que coincide con la vivienda que fuera habitual entre ellos. El padre se opone, alegando que la custodia es compartida y que el empadronamiento más adecuado es el que él sugiere, el que tiene en alquiler provisional.

Interpuesta la correspondiente demanda, el letrado de la Administración de Justicia dicta decreto de admisión con traslado al fiscal, para informe y sin señalamiento de comparecencia en sala y sin práctica de prueba en su caso. Efectuado el informe del ministerio público, se dicta el correspondiente auto judicial, que es recurrido en apelación, alegando la nulidad de actuaciones precisamente por la falta de audiencia y contradicción, por no existir la preceptiva comparecencia, y al impedirse a las partes la práctica de prueba, considerando que decidir el asunto con la documental que se acompaña al escrito inicial y, en su caso, de la contraparte al contestar, vulnera la tutela judicial efectiva. Se dice asimismo que la falta de comparecencia y, por tanto, también del Ministerio Fiscal, puede reforzar el criterio de la nulidad, pues su presencia en este tipo de procedimientos es necesaria y la intervención escrita es un recurso alternativo que impide incluso la posibilidad de petición por el fiscal

de prueba y contradicción. Es más, al no convocarse dicha comparecencia, el fiscal carece de la posibilidad de formarse un criterio recto sobre la postura procesal de las demás partes procesales que pudiera cambiar según el resultado de la prueba en el acto de la vista, desconocida e imposibilitada por un decreto de admisión y traslado al fiscal sin más trámite. Evidentemente, el Ministerio Público interviene en la apelación y contesta por oposición a la misma, no alegando nulidad absoluta, ni, por consiguiente, indefensión.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuáles deben ser los criterios determinantes para decidir esta cuestión de identidad cultural y religiosa en la educación del menor?
2. ¿A quién de los dos progenitores se le debe dar la razón y, por consiguiente, la capacidad de decidir en esta cuestión del empadronamiento?
3. ¿Es nulo el decreto que acuerda remitir las actuaciones al fiscal sin trámite de audiencia?
4. ¿La intervención del fiscal por escrito supone una irregularidad procesal esencial y coadyuva la petición de nulidad de actuaciones?

Solución

1. ¿Cuáles deben ser los criterios determinantes para decidir esta cuestión de identidad cultural y religiosa en la educación del menor?

En asuntos de esta naturaleza, los criterios legales más significativos que han de tenerse en cuenta para decidir la controversia se hallan en la siguiente normativa de referencia: el artículo 16 de la CE sobre la libertad religiosa; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: en el artículo 3 sobre el goce por los menores de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales, y el 6, respecto de la libertad ideológica, donde "el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión".

De otro lado, como nos recuerda la Audiencia Provincial de La Rioja, Sec. 1.ª, auto de 17 de mayo de 2019, núm. 82/2019, rec. núm. 16/2019:»

La Observación General núm. 14 del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas introduce un elenco de elementos que pueden tenerse en cuenta precisamente al evaluar el interés superior del menor, elementos que se hallan también presentes en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, concretamente en su artículo 2. En lo que concierne a las decisiones sobre la adscripción religiosa de los menores dos de ellos resultan de especial interés.

Son los señalados en los apartados b), «la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior», y d), «la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».

Pues bien, expuestos los criterios, destaca por encima de todos ellos que la exploración del menor es importante, para saber cuáles son sus deseos, sin perjuicio de que escuchada su voluntad esta responda a su interés. Decidir, por consiguiente, no es fácil, porque ambos progenitores ostentan la patria potestad, pero sí parece un elemento destacado que desde tiempo atrás el hijo se educa en un colegio católico concertado y que ambas opciones pueden estar relacionadas con su interés, y que el cambio en un sentido puede colisionar con la opinión contraria fundada. La modificación de lo existente no es más sólida por argumentos que la contraria. En todo caso, un informe psicosocial exhaustivo, realizado por profesionales cualificados y experimentados (psicólogo y trabajador), podría ayudar en la toma de una decisión final. Aquí se dejan apuntados los elementos esenciales de la decisión.

2. ¿A quién de los dos progenitores se le debe dar la razón y, por consiguiente, la capacidad de decidir en esta cuestión del empadronamiento?

En este asunto hay que partir de los siguientes datos objetivos incuestionables; datos prácticos y relevantes a tener en cuenta: a) los padres, tras el divorcio, no mantienen el mismo domicilio; b) la custodia del hijo menor es compartida; c) la madre vive en el domicilio habitual de cuando estaban juntos; d) el colegio está cerca del domicilio de la madre, y e) el del padre parece ser provisional.

La Instrucción de la FGE 1/2006 nos indica que «el domicilio reviste una gran trascendencia jurídica en relación con una pluralidad de supuestos de hecho dispersos por nuestro ordenamiento [...], especialmente en los órdenes fiscal, sanitario, electoral y, en general, en el ámbito administrativo»; declarándose por alguna resolución judicial la conveniencia «del derecho del menor a tener un domicilio administrativamente correcto y la necesidad de acabar con la irregular situación de que un menor en situaciones de guarda compartida se halle empadronado en dos domicilios distintos a la vez» (AAP de Barcelona, Sec. 18.^a, de 29 de noviembre de 1999, rec. núm. 850/1999)».

En este caso, resulta evidente que, no obstante, la custodia compartida, no se ha resuelto el domicilio del hijo a efectos del empadronamiento; también que el empadronamiento actual del mismo coincide con el lugar en que está viviendo el padre. Por tanto, este domicilio último es un lugar que no se corresponde con la realidad y que no obedece a los criterios del artículo 40 del CC: «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual».

Si bien lo normal sería que ambos progenitores se pusieran de acuerdo, aquí se nos plantea la desavenencia en el ejercicio de la patria potestad por existir posiciones encontradas sobre el lugar del empadronamiento. La decisión debería ser conjunta; pero, a falta de acuerdo, la decisión debe basarse en los siguientes criterios objetivos: la ubicación del centro sanitario, la del centro escolar y el lugar del domicilio habitual de cualquiera de los dos progenitores. De tal suerte que la proximidad de estos tres puntos de referencia entre sí se entiende como determinante para resolver el conflicto.

En el caso no se dice nada de centro sanitario, pero se indican otros criterios de determinación relevantes. La proximidad y la habitualidad del domicilio, así como la de un centro sanitario y escolar, son los datos importantes que nos proporcionan la respuesta. Parece, en definitiva, que la madre, que cuenta con un domicilio habitual, si tiene un centro sanitario y escolar próximo, puede ser quien decida en esta cuestión. Como en ocasiones indican algunas sentencias, que un órgano judicial tenga que decidir este tipo de cuestiones, que deberían ser exclusivas de los padres en el ejercicio de la patria potestad ordinaria, es el reconocimiento de un fracaso en el entendimiento y en el ejercicio diario de su condición de padres.

3. ¿Es nulo el decreto que acuerda remitir las actuaciones al fiscal sin trámite de audiencia?

Dispone el artículo 238 de la LOPJ en relación con el 225 de la LEC que pueden ser nulos los actos procesales que prescindan de las normas esenciales del procedimiento «cuando haya podido producirse indefensión». Y el artículo 17, en relación con el 85, de la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria, dice, a su vez, que la comparecencia en los actos procesales de esta naturaleza debe practicarse.

Por consiguiente, al no haberse convocado a una comparecencia, podría entenderse incumplida la norma y causada indefensión, pues el acto procesal es obligatorio; y, por ello, la resolución impugnada puede ser nula. (AAP de Alicante, Sec. 6.ª, rollo de Sala núm. 140-18; SAP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 22 de diciembre de 2016). Debe observarse lo que dice literalmente el precepto que regula esta materia:

Admitida la solicitud, el Secretario judicial citará a una comparecencia a quienes hayan de intervenir en el expediente siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que, conforme a la ley, debieran ser oídos en el expediente interesados distintos del solicitante. b) Que hubieran de practicarse pruebas ante el Juez o el Secretario judicial. c) Que el Juez o el Secretario judicial consideren necesaria la celebración de la comparecencia para la mejor resolución del expediente.

Visto así, el letrado de la Administración de Justicia solo puede justificar la no celebración de comparecencia por al párrafo siguiente del mismo precepto, que señala que «si

solo hubiera que oír al Ministerio Fiscal y no fuera necesaria la realización de prueba, este emitirá su informe por escrito en el plazo de diez días». En esto se fundaría la resolución rápida del expediente de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, la edad del menor (15 años) condiciona la necesidad de una prueba que no se practicó, incumpléndose entonces lo que dispone el artículo 18; porque el letrado de la Administración de Justicia debe convocar al hijo al ser la persona afectada «por la resolución judicial del expediente, por su edad y por su juicio». Su citación para exploración es una exigencia legal incumplida.

Se puede decir, asimismo, como doctrina constitucional, que no es suficiente con una mera vulneración formal para que pueda considerarse que ha existido una indefensión con relevancia constitucional, sino que es preciso que tal infracción formal origine un efecto material de indefensión, esto es, un quebranto real del derecho de defensa con el resultante perjuicio efectivo para los intereses del afectado, en este caso del menor (SSTC 88/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2 (NCJ051581); 146/2003, de 14 de julio, FJ 3 (NCJ041816); y 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4 (NSJ013679).

4. ¿La intervención del fiscal por escrito supone una irregularidad procesal esencial y coadyuva la petición de nulidad de actuaciones?

Con esta cuestión se va a dar respuesta no solo a la intervención del fiscal en el expediente de jurisdicción voluntaria sobre desavenencia en el ejercicio de la patria potestad que estamos tratando, para saber si es irregular o no y si esta irregularidad es esencial y constitutiva de una posible nulidad, sino que también vamos a analizar, con carácter general, si la intervención escrita del fiscal, incluso la no comparecencia en el acto de la vista, puede suponer que el acto (o los actos subsiguientes) es nulo. En el supuesto se nos plantea una intervención por informe escrito en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pero lo que aquí vamos a decir es válido para cualquier asunto en el que la ley establezca como preceptiva la intervención del ministerio público. Evidentemente, el recurrente (cualquiera de los progenitores) pretende la nulidad y la retroacción de las actuaciones procesales al momento del dictado de decreto de letrado de la Administración de Justicia, para que se convoque la comparecencia y vuelva a pronunciar el juez sobre las desavenencias en el ejercicio de la patria potestad.

Un dato importante, para comenzar, es que el fiscal haya o no alegado indefensión en el caso de que hubiera comparecencia y no se hubiera presentado, si existe escrito de comparecencia con alegaciones al respecto para evitar una dilación indebida, tras la justificación de la insuficiencia de medios o de la imposibilidad de asistir al acto. En el caso, informa, pero no es que no acuda al acto sino que sencillamente no lo hubo; pero se aclara que, en el caso de existir la citación y no comparecer alegando las causas, esto es determinante para que no se produzca indefensión o nulidad de actuaciones. Pues la ausencia no afecta a la regularidad del procedimiento, ni vence la excepcionalidad de la nulidad de las actuaciones procesales; ni produce indefensión a la parte, ni a esta le ha impedido valerse de los medios a su alcance para defender su postura procesal, ni se ha producido perjuicio real o efectivo.

Si se alegara que el fiscal no ha intervenido de manera efectiva porque así lo prevé, por ejemplo, el artículo 4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, si bien es cierto que en estos casos la no intervención del Ministerio Fiscal puede ser causa bastante para decretar la nulidad de actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238.3.º de la LOPJ, así lo será si se ha prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas en la ley, produciendo efectiva indefensión. Pero nada de esto ha sucedido en el caso. Además, podría añadirse que es al fiscal a quien corresponde solicitar la nulidad de aquellas actuaciones que le hayan producido indefensión, o bien instar que se tenga por subsanando el defecto procesal derivado de no haber sido traído al proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 240.2 de la LOPJ. Y como puede apreciarse, no es el Ministerio Fiscal quien alega la nulidad, sino una de las partes al recurrir.

La sentencia de 2 de octubre de 2001 dictada por la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid nos ilustra sobre esta materia:

Dicho lo anterior, centrándonos en el defecto procesal apuntado, sin lugar a dudas relevante, el debate ha de centrarse en la posibilidad de su subsanación, salida con la que se muestra favorable tanto el Ministerio Público como la única parte litigante que ha formulado alegaciones, y que ha de ser acogida por este Tribunal, una vez que se ha dado entrada al Ministerio Fiscal en el procedimiento, y el mismo, pese a su tardía incorporación a la causa, no interesa la nulidad de actuaciones ni invoca la producción de indefensión como consecuencia del indicado desajuste procesal.

Abona esta postura la STS de 15 de diciembre de 1999, al decir que

teniendo en cuenta que el Ministerio Público intervino en el trámite de apelación y en este recurso, aunque se produzca con retraso, conforme declara la sentencia de 9 de julio de 1992 en relación con la de 21 de mayo de 1988 y 6 de febrero de 1991, convalida las actuaciones anteriores, al no integrar causa de nulidad de las mismas, ya que quedó subsanado el defecto de conformidad a los arts. 238.3.º y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tratarse de simple irregularidad procesal.

En el mismo sentido, la STS de 27 de junio de 2000, que refiriéndose a un supuesto en el que se tuvo al Ministerio Fiscal como parte, por primera vez en la segunda instancia, concluye: «Es claro, pues, que la presencia del Ministerio Fiscal, en el proceso según lo así constatado, elimina cualquier omisión padecida en la instancia primera, y, desde luego, implica la carencia de indefensión alguna para el hoy recurrente». Obsérvese que en el caso se nos dice: «Evidentemente, el Ministerio Público interviene en la apelación y contesta por oposición a la misma, no alegando nulidad absoluta, ni, por consiguiente, indefensión».

Aludimos también en el caso práctico «a la falta de comparecencia y, por tanto, también del Ministerio Fiscal» que puede impulsar el criterio de la nulidad. Pero no es la falta

de presencia del fiscal sino la posibilidad de estar en los juicios o comparecencias que se celebren tras haber sido citado o emplazado en forma. La merma de garantías procesales o el haber prescindido de las normas esenciales es lo determinante; porque la nulidad que se predica debe estar fundada en la indefensión real producida, o en la imposibilidad de que la intervención del fiscal haya podido garantizar los derechos del menor. Y el fiscal, es evidente que no fue citado porque no hubo comparecencia, y el hecho de que la pudiera haber un futuro que depende de la otra nulidad alegada (la primera que hemos analizado).

Atendiendo al sentido de los artículos 124.1 de la Constitución española, 435 de la LOPJ y 1 y 3.6.7.º del Estatuto del Ministerio Fiscal, se puede colegir que «el fiscal es informante y garante del interés público en juicio, y no actúa como una verdadera parte, sin causarse indefensión al estar representadas y defendidas las demás partes procesales» (SSTS 3 de marzo de 1988, 21 de diciembre de 1989, 6 de febrero de 1991 y 12 de diciembre de 1997).

La indefensión relevante a efectos de la nulidad de actuaciones no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino solo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella (STC 48/1986 de 23 de abril), por lo tanto dicha indefensión es algo diverso de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material, produciendo una lesión efectiva en el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución (STC 118/1983, de 13 de diciembre y 102/1987, de 17 de junio), requiriéndose además que tal indefensión ha de hallar su motivo en la propia postura procesal de quien alega haberla sufrido (STC 68/1986, de 27 de mayo, 54/1987, de 13 de mayo, y 34/1988, de 1 de marzo).

Y como dice muy gráficamente la SAP de Madrid de 3 de marzo de 2011:

El fiscal ha ejercido control de la legalidad y del interés público, sin causarse indefensión a ninguna de las partes, que han actuado debidamente representadas y defendidas, por lo que el mero hecho de que no compareciera al acto de la vista –entiéndase AP–, o de que no emitiera informe tras ella, previamente al dictado de la sentencia, no infringe norma alguna esencial de procedimiento, y menos aún imputable al incorrecto actuar del órgano judicial, habiéndose llevado a término la tramitación en la forma legalmente prevista, dándose al tiempo respuesta compatible con el principio de celeridad.

Destacamos, asimismo, algunos pronunciamientos judiciales sobre la nulidad porque inciden, no solo en la ausencia de indefensión, sino en otros dos puntos que consideramos esenciales para abundar en la idea de rechazar la nulidad: a) el carácter excepcional y restrictivo de la misma y b) el principio de conservación de los actos procesales. Pronunciamientos que nos permiten reafirmar que las partes han podido actuar en este procedimiento y defender sus pretensiones procesales sin merma alguna de garantías, sin perjuicio real

o efectivo y sin afectación alguna por el resultado del fallo. Así, la SAP de Madrid de 28 de junio de 2019 nos recuerda:

Que, como consecuencia directa de tal infracción, se haya producido indefensión. Señala, al efecto, el Tribunal Constitucional que la indefensión relevante, a efectos de la nulidad de actuaciones, no tiene lugar siempre que se vulnere cualquier norma procesal, sino solo cuando con esa vulneración se provocan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa, y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella (STC 48/86), y por lo tanto dicha indefensión es algo distinto de la indefensión meramente procesal, pues debe alcanzar un significado material, produciendo una lesión efectiva en el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución (Ss. 18/83 y 102/87), requiriéndose además que tal indefensión no esté causada por la propia postura procesal de quien alega haberla sufrido (Ss. 66/86, y 54/87). En consecuencia, la indefensión relevante comporta la introducción de factores distintos del mero respeto de las normas procesales, consistiendo sustancialmente en la prohibición del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por la decisión judicial.

Es también interesante, a los efectos de poder declararse una nulidad, traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo que recoge el auto núm. 02731/2009, de 21 de diciembre, dictado por la sección 26.^a de esta audiencia provincial, que destaca la necesidad de que se haya producido indefensión para que pueda declararse una nulidad.

Así, la STS de 24 de marzo del 2000 recuerda que

los dos requisitos que establece el artículo 238, párrafo 3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial para propiciar la nulidad de los actos judiciales: uno, que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o se actúe con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, y otro, que efectivamente se haya producido indefensión, requisitos que deben concurrir conjuntamente. Además, la doctrina jurisprudencial tiene repetidamente declarado que la nulidad ha de ser admitida con criterios restrictivos y, que conforme a lo que establece el artículo 242 de la referida Ley Orgánica, se ha de aplicar el principio de conservación de actuaciones que ese artículo establece y que se complementa con la posibilidad de subsanación de requisitos legalmente exigidos que se recoge en el siguiente artículo 243 de la misma norma legal.

Finalmente, el auto núm. 33/07 de 26 de enero de 2007 dictado por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial de Madrid resalta el carácter excepcional de la declaración de nulidad y el principio general de conservación de los actos procesales, así

la nulidad de actuaciones invocada al amparo del art. 238 de la LOPJ tiene por finalidad fundamental que no se conculque total y absolutamente las normas esen-

ciales y garantías procesales que pueden producir indefensión a las partes, que es el trasfondo fundamental de la nulidad: la indefensión. Siendo, además, el incidente de nulidad de actuaciones de carácter excepcional, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que no toda infracción procesal deviene en nulidad de actuaciones, debiendo primar siempre la conservación de los actos procesales, incluso en las nulidades, en aquellas partes que se deban conservar por ser útiles, de justicia, bien resueltas y no ser nulas, aunque sean el fondo del acto procesal o resolución.

Por consiguiente, se puede afirmar que la segunda nulidad pedida decae por esta causa, por la no intervención del fiscal, bien sin comparecencia o bien por un único escrito, bien por su falta de invocación por quien corresponde.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- SSTS 12 de diciembre de 1997, 3 de marzo de 1988, 21 de diciembre de 1989, 6 de febrero de 1991 y 24 de marzo del 2000 y 27 de junio de 2020.
- STC 68/1986, de 27 de mayo; 54/1987, de 13 de mayo; 34/1988, de 1 de marzo; 88/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2; 146/2003, de 14 de julio, FJ 3, y 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4.
- SAP Madrid de 28 de junio de 2019.
- SAP de Barcelona, Sec. 12.^a, de 22 de diciembre de 2016.
- AAP de Alicante, Sec. 6.^a rollo de Sala núm. 140-18.
- AAP de La Rioja, Sec. 1.^a, de 17 de mayo de 2019, núm. 82/2019, rec. núm. 16/2019.
- AAP de Madrid, Sec. 26.^a, núm. 02731/2009, de 21 de diciembre; Sec. 2.^a, núm. 33/2007, de 26 de enero.