



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
PALMA DE MALLORCA**

AUTO: 00196/2022

Modelo: N10300

PLAÇA D'ES MERCAT, 12, 2ª PTA. - 07001- PALMA DE MALLORCA

Teléfono: 971/722370 Fax: 971/227222

Correo electrónico: audiencia.s4.palmademallorca@justicia.es

Equipo/usuario: PCF

N.I.G. 07040 42 1 2022 0000409

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000621 /2022

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: X25 INTERVENC JUDIC DESAC EJERCICIO PATR POTESTAD 0000004 /2022

Recurrente: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Procurador: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Abogado: LUIS MARIA PARDO RODRIGUEZ

RecurridoXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Procurador: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Abogado: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

A U T O n° 196/22

Ilmos. Sres.

Presidente:

Don XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Magistrados:

Doña XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Doña XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

En Palma de Mallorca, a 22 de julio de 2.022.

Visto en grado de apelación por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, conformada por los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, el recurso de apelación planteado frente al auto de fecha 5 de abril de 2.022, dictado en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n° 16 de Palma de Mallorca, bajo el número de autos y rollo de Sala arriba indicados, actuando las siguientes partes procesales: como demandada-apelante **DOÑA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, representada por el procurador Don XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y asistida por el letrado Don Luis María Pardo Rodríguez. Como



demandado-apelado **DON** **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** **RIGO,**
representado por la procuradora Doña
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y dirigido por la letrada
Doña **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**. El Ministerio Público
ha instado la confirmación del auto apelado.

Ha recaído en segunda instancia la presente resolución,
habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, que expresa el parecer de la
Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de
Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca y en el seno del
procedimiento ya identificado, fue dictada el día 5 de abril de
2.022 la resolución cuya parte dispositiva, en lo que interesa a
la apelación, literalmente dice:

*"SE ACCEDE a lo peticionado por la representación
procesal de DON **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**,
debiéndose estimar la solicitud presentada, y, en su
virtud, se atribuye a **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** la
facultad de decidir sobre la administración de la vacuna
contra la COVID-19, así como la vacuna contra la
Meningitis Men ACWY a su hijo menor
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, siempre que el criterio médico
del pediatra de cabecera del menor así lo aconseje.*

No procede expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Contra dicho auto fue interpuesto recurso de
apelación por parte de demandada-apelante **DOÑA**
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representada por el
procurador **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**

, al que se opuso en el traslado que le fue conferido **DON**
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representado por la procuradora Doña
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. El Ministerio Público ha instado
la confirmación del auto apelado.

Corresponde la resolución del recurso a esta Sección Cuarta,
habiéndose acordado para deliberación, votación y fallo el día
20 de julio de 2.022.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso de apelación se
han observado las prescripciones legales correspondientes.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los que respaldan la resolución apelada
en tanto no se opongan a los que siguen.

SEGUNDO.- Con carácter previo a afrontar el fondo de la
cuestión controvertida, procede que decidamos sobre la nulidad
de actuaciones interesada por incomparecencia del Ministerio
Fiscal, ya que no fue citado en ningún momento.

Adelantamos ya desde este momento que la alegación debe ser
acogida, por aplicación del art. 225.3º de la Ley de
Enjuiciamiento Civil, en conjunción con el art. 238.3º de la Ley
Orgánica del Poder Judicial.

En efecto, aunque en el decreto de 3 de febrero de 2.022 se admite la solicitud del actor y se acuerda la celebración de la comparecencia con citación del Ministerio Público, no consta en el procedimiento que finalmente hubiese sido citado, pues tan solo se acredita que se participó por el Juzgado al Ministerio Público, de acuerdo con escrito de 17 de enero de 2.022, que se había incoado el procedimiento, aportando los datos de identificación del mismo y recibido en Fiscalía ese mismo día. Sólo se encuentra en autos la cédula de citación para la demandada. **Así ni en la exploración del menor XXXXXXXXXXXXX ni en la comparecencia celebrada pudo asistir el Ministerio Fiscal porque no fue citado.**

Así las cosas, procede la nulidad de actuaciones solicitada.

Debe tenerse en consideración que la vista oral se configura como el momento procesal adecuado para establecer los hechos que deberán ser analizados en la resolución judicial y las normas que sean aplicables al supuesto enjuiciado, y es en el acto del juicio cuando debe tratarse la inasistencia del Ministerio Fiscal a dicho acto y, en su caso, el efecto anulatorio que esa ausencia pueda suponer, sin que ello se hubiese tratado en ese caso en el que si bien se dijo que no había comparecido dicho órgano, no se indicó que nunca fue citado.

Ahora bien, en asuntos como el presente, en el que resultan afectados intereses esenciales de personas menores de edad (en este caso relativas a la preservación de la salud de un niño de catorce años a través de la vacunación), la intervención del Ministerio Fiscal es como parte imparcial en el proceso, con el único interés y finalidad de velar por el interés superior, en



este caso de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. Es por esta razón que el art. 749.2 de la Lec. ordena la preceptiva intervención del Ministerio Público en procedimientos especiales en que resulten afectadas personas menores de edad, como dispone también el art. 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1.981, de 30 de diciembre. Lo mismo sucede con las demás normas que regulan tales procedimientos y así lo ordena la L.O. 1/1.996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En tal sentido, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2.001, de 5 de abril, sobre Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, apartado VII.1, señala que el representante del Ministerio Fiscal asistirá a la vista para fijar su posición definitiva cuando al haberseles dado traslado de la demanda se hubieran limitado sólo a abordar cuestiones procesales o admitir hechos aducidos y acreditados. En su apartado VII.4.B, al tratar sobre los procesos matrimoniales, y definir cuál sea el contenido de la vista prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expresamente considera que *"Es obligada la intervención del Fiscal en la vista, participando en la práctica de la prueba propuesta por las otras partes, proponiendo a su vez prueba propia, formulando alegaciones en defensa de los intereses de los hijos menores e incapaces (...)"*.

En nuestro caso y como ya hemos indicado, el Ministerio Fiscal no fue citado en ningún momento y ni siquiera consta que se le hubiese dado traslado de la solicitud del actor que generó el procedimiento.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, aun en sentencias dictadas con arreglo a la vigencia del sistema anterior, resaltan constantemente la esencial y necesaria

intervención del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos en que estén implicados menores de edad. Así, cabe citar la S.T.C. de 30 de enero de 2.006, dado que se refirió a un caso en el que, en un procedimiento de divorcio, se excluyó la presencia del Ministerio Fiscal en la exploración de un menor, resultando de aplicación la ley vigente de Enjuiciamiento Civil. La referida sentencia recoge en su antecedente segundo las alegaciones del Fiscal del Tribunal Constitucional, de acuerdo con las cuales "(...) *El Ministerio Fiscal no actúa en interés propio; siendo necesaria su intervención, desde que la pide ha de concedérsele en beneficio de las menores. (...) En los procedimientos de separación matrimonial o de divorcio en los que están implicados menores el paso del tiempo tiene mucha importancia y puede exigir un cambio de postura en la actuación de las partes y del Ministerio Fiscal. La indefensión sufrida ha de considerarse material y real (STC 149/1998 (RTC 149/1998), porque ha producido un efectivo menoscabo del derecho de defensa de las menores por parte del Ministerio Fiscal, que es a quien la Ley encomienda esta función, sin que en definitiva se pueda saber la trascendencia final de la ausencia del Fiscal en la exploración de aquéllas, pues lógicamente no es posible construir una situación que no pudo ser (la exploración en presencia del fiscal y los efectos de la actuación de éste), pero sí es claro que (...) en el acto de la exploración el Fiscal habría formulado preguntas y formado criterio, cosa que le fue vedado. Ello sucedió en un procedimiento, como el de separación y divorcio, en el que es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal siempre que alguno de los interesados sea menor (art. 749.2 Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que es acorde con la función de defensor de los menores y desvalidos que atribuye al Fiscal el art. 3, aps. 6 y 7, de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, y con el hecho de que el art. 9 de la Ley*



Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, otorgue a los menores el derecho a ser oídos en los procedimientos en que estén implicados, cuidando de preservar su intimidad. Por ello resulta razonable que en estos procedimientos puedan los Tribunales celebrar las vistas a puerta cerrada y acordar que las actuaciones sean reservadas. El art. 754 Ley de Enjuiciamiento Civil permite en efecto celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, pero ello no puede entenderse referido al Ministerio fiscal, porque la defensa del menor quedaría mediatizada o incompleta si hubiera de hacerse por un Fiscal que no ha podido estar presente u observar in situ al menor cuando declara, ni hacerle preguntas para averiguar si realmente está expresándose con libertad o si lo hace guiado por influencias extrañas, por timidez o por otros motivos. (...) Que la Ley no afirme de manera explícita que el fiscal ha de estar presente e intervenir en las exploraciones (cosa que sí decía para el convenio matrimonial la disposición adicional sexta de la Ley 30/1881 SIC (RCL 1981, 1700) es algo innecesario, porque la misma misión del Fiscal de defensor del menor en el procedimiento interviniendo de manera preceptiva en él (art. 749.2 Ley de Enjuiciamiento Civil) convierte en obvia su participación en diligencia tan importante como es la exploración de los menores, y su ausencia sería incomprensible. Es más, la ausencia del Fiscal en el acto de exploración no sólo impide a éste ejercer plenamente su función, sino que, precisamente por ello, causa también indefensión al menor que se ve privado del apoyo que el legislador ha querido darle. No otra es la razón por la cual en los procesos en que están en juego directamente los intereses de los menores, como ocurren en los de separación y divorcio, en los que se ventilan medidas tales como su custodia por uno u otro progenitor, que pueden no tener intereses coincidentes con los de los hijos, se llama como parte

(imparcial) al Ministerio Fiscal, que, al no tener interés propio, puede realmente actuar en beneficio del menor, a diferencia de los padres que, velando por sus propias apetencias, pueden perjudicar la verdadera voluntad o necesidades del menor.- Por todo ello el Fiscal interesa que se le otorgue al amparo, reconociendo su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 Constitución española (RCL 1978, 2836) y, en consecuencia, que se declare la nulidad de todas las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial desde que el fiscal fue notificado del señalamiento de la exploración de las menores acordada en apelación, para que, reponiendo la Audiencia las actuaciones a aquel momento procesal, autorice al Ministerio Fiscal para estar presente e intervenir en las exploraciones de las menores.”.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado en interés del menor, porque, entre otros fundamentos, consideró (Fundamento 5) “(...) En el caso que nos ocupa conviene precisar que el Ministerio Fiscal interpone el recurso de amparo en su carácter de parte en el proceso judicial correspondiente y a su vez en su calidad de defensor de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. Así resulta inequívocamente de la demanda de amparo, por cuanto se indica que no es sólo el Ministerio Fiscal quien ha podido ver vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, sino también las hijas menores de las partes enfrentadas en el proceso matrimonial, menores por cuyo interés prevalente debe velar el Ministerio Fiscal en virtud de su posición institucional, siendo precisamente esta segunda perspectiva, la defensa del interés superior de las menores, la que cobra especial relevancia a efectos del presente proceso constitucional.

Y ciertamente debe reconocerse así, pues no en vano el art. 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv) establece (como antes lo hacía la disposición adicional octava de la Ley 30/1981), la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales cuando afecten a menores, incapaces o ausentes, mandato acorde con las funciones que los apartados 6 y 7 del art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, atribuyen a éste para la satisfacción de la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, que el art. 124.1 Constitución española le encomienda, como se recuerda en el art. 1 del citado Estatuto orgánico y en el art. 541.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) (...). No basta, por tanto, como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 Constitución española (RCL 1978, 2836) del fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores -como se sostiene en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001-, sino 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 con 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."

Por lo tanto, la doctrina expuesta es plenamente aplicable al tratarse el presente de un procedimiento que afecta a un



menor de edad en sus derechos fundamentales, procedimiento en que ni siquiera fue citado el Ministerio Público, por lo que no pudo intervenir en ningún momento de su tramitación en primera instancia, no quedando subsanado el problema con el informe del Fiscal al serle trasladado el recurso de apelación, pues éste no corrige su ausencia de intervención.

En consecuencia, al acogerse el primer motivo del recurso, no es necesario entrar a considerar el fondo de las cuestiones controvertidas.

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

III.- PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación promovido por demandada-apelante DOÑA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representada por el procurador Don XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, contra el auto de fecha 5 de abril de 2.022, dictado en el procedimiento del que trae causa este rollo de apelación.

En consecuencia, declaramos la nulidad radical de dicha resolución, así como la de todas las actuaciones realizadas antes del decreto de admisión de la solicitud, por lo que deberán ser citadas de nuevo las partes y el Ministerio Fiscal, quien también deberá estar presente en la exploración del menor XXXXXXXXXXXXXXXX.



Respecto de las costas de segunda instancia, no procede su imposición.

Así, por este auto, contra el que no cabe interponer recurso alguno, lo acordamos, mandamos y firmamos.