

- 133 -
PONENCIA SOBRE EL TEMA 6

por los Dres.: Ricardo G. Recondo (*)
Lucía GayosoDruille (**)
Graciela Pérez (***)

EL MINISTERIO PUBLICO EN EL DERECHO DE FAMILIA Y DE MENORES

Ponencia:

Es indispensable para la supervivencia de los derechos individuales en un sistema democrático la regulación de una actuación amplia del Ministerio Público, también en el campo del derecho de familia y de menores.

Fundamentación

1.- El Ministerio Público. Origen y funciones.

La aplicación de las penas de naturaleza criminal y la regulación de las cuestiones civiles y administrativas en las que se encuentre involucrado el interés superior de la comunidad, no pueden quedar libradas al arbitrio de los particulares, razón por la cual se ha desarrollado la institución del Ministerio Público que se cree tuvo su origen en el funcionario encargado de la percepción de regalías en Francia, luego transformado en procurador del rey y que, ante el acrecentamiento del poder real tuvo la facultad de defender los intereses del Estado y de la sociedad.

Las funciones del Ministerio Público Fiscal en la República Argentina pueden dividirse en tres categorías:

a) Se encuentra encargado de la defensa de los intereses del fisco y ejerce en tal sentido, una verdadera representación del Estado a cuyas instrucciones debe someterse, actuando en los juicios con todos los derechos y obligaciones inherentes a cualquier litigante;

b) Tiene el ejercicio de la acción penal, efectuándolo en representación del Estado pero, no como parte, sino persiguiendo la pretensión punitiva de la sociedad y el respeto a la ley por sobre todas las cosas;

c) El Ministerio Fiscal interviene en todas las cuestiones en que se encuentre afectado el orden público (art. 117, inc. 4 y 6, ley 1893). En este carácter actúa, pues, como un representante de la sociedad y no puede apartarse de las prescripciones de la ley. El Código Civil en el título VI del Libro Segundo al tratar de la nulidad de los actos jurídicos establece que los actos viciados de nulidad absoluta (esto es los que han sido celebrados violando una disposición de orden público) pueden ser declarados tales a petición del Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley (art. 1047).

Similares regulaciones contiene la Constitución de la República de Venezuela que en su art. 220, ordinal 2º establece como una de las atribuciones del Ministerio Público la de "velar por la celeridad y buena marcha de la administración de justicia y porque en los Tribunales de la República se apliquen rectamente las leyes en los procesos penales y en los que estén interesados el orden

público y las buenas costumbres".

- 134 -

En la legislación española, si bien la actuación del Ministerio Público en materia civil se halla defectuosamente regulada a raíz de la controversia existente en la doctrina sobre la que le cabe al Instituto en este tipo de procesos el principio general está contenido en el N° 5 del art. 2° del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926, en el que se le confiere genéricamente la representación y defensa de los menores, hasta que se les provea de las instituciones tutelares previstas por las leyes.

En la República de Guatemala el art. 14 del nuevo Código de Menores crea el cargo específico de Procurador de Menores teniendo la primordial obligación de intervenir en los asuntos que se tramitan en los Tribunales Privativos de Menores velando por el debido respeto de los derechos de los mismos y por la correcta y estricta aplicación del Código correspondiente.

Como puede verse por los ejemplos citados, si bien la función primordial del Ministerio Público es el ejercicio de la acción penal, activando la pretensión punitiva de la sociedad, consituye también función importante su actuación en todas las cuestiones en que se encuentre comprometido el orden público, actuando en este aspecto como representante de la sociedad y no pudiendo apartarse de las prescripciones de la ley que regulan la materia.

Es casi unánime la opinión doctrinaria que la materia abarcada por el Derecho de Familia y de Menores se encuentra tan ligada a los fines esenciales del Estado que el legislador no ha podido dejar en manos de los particulares la regulación a voluntad de las distintas relaciones jurídicas emergentes del estado de familia. Sus normas, entonces, son en su mayoría de orden público, esto es, inderogables por la sola voluntad de los interesados, la cual sólo actúa como impulsora y desencadenante de las distintas situaciones que se presentan en el desenvolvimiento de la familia, pero una vez manifestada ésta el individuo se encuentra sometido a un estatuto determinado que, prácticamente, no puede modificar.

Es tarea del Ministerio Público, pues, siguiendo las pautas de comportamiento antes indicadas, velar por el cumplimiento de estos objetivos y por el respeto a las distintas disposiciones del derecho de familia, ya sea actuando judicial o extrajudicialmente.

2.- Regulación legal de la actuación del Ministerio Público en España, Panamá, Venezuela y Argentina:

Como toda afirmación teórica debe tener un presupuesto fáctico que la confirme detallaré la proficua actuación que le cabe al Ministerio Público en los mencionados países, los cuales, a guisa de ejemplo, abarcan, según estimo, un amplio espectro de las relaciones jurídicas familiares más importantes.

He elegido a nuestra madre patria pues caracteriza a una legislación europea; a una república centroamericana, Panamá, que tiene instituciones típicas como el "matrimonio de hecho", al país sudamericano que en mi opinión ha desarrollado de una manera más completa y prolija a esta institución y que es la República de Venezuela y a nuestro país, el que presenta la particularidad de ubicar al Ministerio Fiscal como parte integrante del poder judicial, al menos, en el estado actual de nuestra legislación.

Se verá que en todos ellos la regulación es similar y que en todos ellos sin excepción, la actuación de este instituto adquiere caracteres realmente trascendentes.

a) MATRIMONIO : En la República Argentina la ley de matrimonio civil n° 2393 con sus reformas dispone en su art. 21 que el derecho a hacer oposición a la celebración del matrimonio por razón de los impedimentos establecidos en el art. 9° compete, entre otras personas interesadas al Ministerio Público que deberá deducir oposición siempre que tenga conocimiento de esos impedimentos, la que deberá efectuarse ante el oficial público correspondiente (art. 25).

El art. 9° de la ley de matrimonio civil establece los siguientes impedimentos:

1°) *La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación sean legítimos o ilegítimos;*

2°) *La consanguinidad entre hermanos y medios hermanos, legítimos o ilegítimos;*

3°) *La afinidad en línea recta en todos los grados;*

4°) *No tener la mujer catorce años cumplidos y el hombre dieciséis;*

5°) *El matrimonio anterior mientras subsista;*

6°) *Haber sido autor voluntario o cómplice del homicidio de uno de los cónyuges;*

7°) *La locura;*

A su vez el art. 26 de la ley 19.134 prohíbe la celebración del matrimonio entre:

a) *El adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes ni los hijos adoptivos entre sí;*

b) *El adoptado con el cónyuge del adoptante, ni el adoptante con el cónyuge del adoptado.*

El artículo siguiente fulmina con la nulidad absoluta al matrimonio celebrado con estos impedimentos.

Los impedimentos mencionados precedentemente son de los llamados dirimentes es decir que el matrimonio contraído existiendo alguno de ellos se encuentra viciado por una causal de nulidad.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina nacional concuerda en que, en materia matrimonial, existe un régimen especial de nulidades legislado "numerus clausus" en la ley de matrimonio civil y complementarias no pudiendo recurrirse a las disposiciones del Código Civil en materia de nulidad de los actos jurídicos en general. En lo que al Ministerio Público concierne no es de aplicación pues el art 1047 y concordantes a que antes hiciera mención y debe estarse pues a las normas especiales en el punto.-

Al respecto el art. 84 de la ley 2393 establece que son absolutamente nulos los matrimonios celebrados con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del art. 9º - estos son los relativos al parentesco, ligamen y crimen - y establece que su nulidad puede ser demandada por los que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio, entre quienes, como hemos visto, se encuentra el Ministerio Público.

El art. 85, inc. 2º, también autoriza por la vía indirecta del art. 21 a demandar la nulidad al Ministerio Público cuando el matrimonio se celebre con el impedimento del inciso 7º esto es la locura.

En el supuesto del inciso 4º, o sea la falta de la edad legal para contraer matrimonio, el Ministerio Público no se encuentra autorizado a interponer la acción de nulidad de matrimonio.

Es necesario, sin embargo efectuar una aclaración que importa una limitación al ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio por parte del Ministerio Público y es la que se refiere a que la acción sólo puede ser intentada en vida de los esposos (art. 86) es decir que producido el fallecimiento de uno de ellos el Ministerio Fiscal se vería impedido de ejercitarla ya que las excepciones que el mismo artículo contempla no lo incluyen.

En España el art. 102 del Código Civil dispone que el Ministerio Fiscal interviene en el ejercicio de la acción de nulidad de matrimonio salvo en los casos de raptó, error, fuerza, miedo o impotencia; en las denuncias por impedimentos de los que se propongan contraer matrimonio civil, para, en su caso, entablar la oposición al mismo (art. 98, cód.cit.); en las actuaciones que tienen por objeto suplir la licencia de los padres para contraer matrimonio a los menores de edad emancipados (art. 49); en el procedimiento para adoptar medidas provisionales en relación con la mujer casada que se proponga interponer demanda de nulidad o separación matrimonial (art. 1897, 1899 y 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, el Ministerio Fiscal puede solicitar de oficio, si la mujer es menor y no lo hace el tutor, protutor o el consejo de familia, que se compela al marido a la constitución de hipoteca legal para asegurar la dote estimada (art. 1353 del Código Civil y art. 179 de la Ley Hipotecaria).

En la República de Venezuela el Código Civil establece la intervención del representante del Ministerio Público en los juicios de divorcio, separación de cuerpos y nulidad de matrimonio (art. 196).

En la República del Panamá el art. 107 del Código Civil establece que el Ministerio Público, previa denuncia de parte interesada o afectada, y si encontrase fundamento legal, entablará la oposición al matrimonio y el art. 1347 del Código Judicial y 134 del Civil determina su intervención en la nulidad de matrimonio. A su vez respecto de la institución del Matrimonio de hecho consagrada en la Constitución de 1946 y regulada posteriormente en la ley 58 de 1956 y en la Constitución Política de 1972, se estipula expresamente la facultad del Ministerio Público para oponerse a la inscripción o impugnarla después de hecha.

b) DIVORCIO: En la República Argentina la ley de matrimonio civil establece la necesidad de una sentencia judicial para que se considere decretado un divorcio (art. 66 y en los arts. 67 y 67 bis, enumera taxativamente las causales por las cuales podrá obtenerse el mismo).

La intervención del Ministerio Fiscal resulta imperativa a los efectos de

controlar el desarrollo del juicio y el cumplimiento de las normas imperativas a los efectos de evitar un posible fraude procesal orientado a obtener un divorcio por mutuo acuerdo de las partes sin que exista una de las causales enumeradas en la ley.

Sin embargo ante la sanción del art. 67 bis de la ley 2393 introducido por la ley 17.711 de reformas al Código Civil y leyes complementarias, se planteó la cuestión respecto a si era necesaria o no la actuación del Ministerio Público en los divorcios tramitados por las causas y procedimientos establecidos en dicho artículo.

La cuestión fue resuelta para los tribunales de la Capital Federal por un fallo plenario de su Cámara Civil en el cual la mayoría teniendo en cuenta que la intervención del Ministerio Público - a su criterio - no se limita solamente a impedir el divorcio por mutuo acuerdo de partes, sino también en su intervención en todos los asuntos que afecten al orden público el cual, obviamente, no limita su interés en materia de divorcio sólo a la posible colusión de los cónyuges sino también, dada la trascendencia social que reviste el divorcio, a controlar la existencia de los requisitos que legitimen la presentación de los cónyuges (esto es la prolongación del matrimonio por dos años como mínimo), la validez de la respectiva partida, la asistencia personal de los cónyuges a las audiencias y que ellas se celebraron ante el juez, etc -; resolvió la necesidad de la intervención del Ministerio Público aún en este tipo de procesos (CNCiv., en pleno, julio 15-977, in re: "Cano, Ernesto J. c/ Lanza, Lía V.", publicado en revista El Derecho, t. 74 folio 263).

En España en las ejecutorias de separación conyugal, el Ministerio Fiscal puede pedir que se constituya hipoteca legal sobre los bienes del culpable, retención de sueldo y salario, depósito de valores y todas las medidas cautelares que sean necesarias para contribuir a las cargas de familias (arts. 73, inc. 6° y 1435).

En la República de Panamá el art. 1347 del Código Judicial regula la participación del Ministerio Público en estos juicios que se concreta en una vigilancia para los intereses de la sociedad.

c) ADOPCION: En la República Argentina en el estado actual de la legislación (Ley 19.134) el Ministerio de Menores es parte en el juicio de adopción, pudiendo requerir las medidas de prueba o informaciones que estime convenientes (arts. 10, incs. b) y e)).

En España, la adopción requiere la aprobación del juez competente con intervención del Ministerio Fiscal (art. 173 del Código Civil, reformado por la ley del 4 de julio de 1970), también dicho Ministerio puede solicitar que se declare judicialmente extinguida la adopción siempre que existan motivos graves que afecten el cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado (art. 177, inc. 3° Cód. Civ.).

En la República de Venezuela la ley sobre adopción del 20 de junio de 1972 contiene varias disposiciones relativas a las facultades que tiene el Ministerio Público para intervenir entre las cuales las más importantes son: su notificación obligatoria en toda solicitud de adopción, intervenir en todos los procesos relativos a la extinción, revocación o nulidad de la adopción.

d) DEBERES EMERGENTES DE LA PATRIA POTESTAD:

Alimentos:

En la República Argentina el Código Civil establece que en caso de divorcio, o separación judicial de bienes o nulidad de matrimonio, incumbe siempre al padre el deber de dar alimentos a sus hijos (art. 271) y si el padre faltase a esta obligación el artículo siguiente faculta, entre otros, al Ministerio de Menores para solicitar su prestación.

Tutela:

El codificador civil estableció que la tutela se debe ejercer bajo vigilancia e inspección del Ministerio de Menores (art. 381), para lo cual lo faculta para reclamar del juez de la tutela las providencias que fuesen necesarias si los tutores excediesen los poderes de su mandato o abusen de ellos en daño de la persona o bienes del pupilo (art. 414) se establece asimismo la necesidad de su intervención en todo acto o pleito sobre la tutela ya se trate del inventario de los bienes de los menores o en las enajenaciones o contratos que conviniese hacer (art. 493).

Por disposición de este último artículo el tutor puede solicitar la remoción de los tutores por su mala administración y ejecutar todos los actos y acciones que correspondan al ciudadano que le encarga la ley vigilando el gobierno que los tutores ejerzan sobre la persona y los bienes de los menores.

En España, el Ministerio Público interviene en la formación del inventario de los bienes de los hijos respecto de los cuales los padres sólo tengan la administración (art. 163, Código Civil), en las autorizaciones para enajenar o gravar los bienes inmuebles de los hijos cuya administración o usufructo corresponda al padre o a la madre (art. 164), en la constitución de la hipoteca legal que deben establecer los padres en favor de los hijos (art. 191, inc. 4º de la Ley Hipotecaria), en el nombramiento de defensor judicial cuando el padre o la madre tengan un interés opuesto al del hijo (art. 165, cód.civ.)

En la República de Venezuela, en el art. 156 del Título III, Capítulo V del Estatuto de Menores promulgado el 30 de diciembre de 1949 establece las atribuciones de los Procuradores de Menores que son extensas se encuentran sobre el punto en análisis la de: ejercer las acciones de alimentos, de privación de la Patria Potestad, de privación de guarda, de malversación o dilapidación de bienes de menores, solicitar la apertura y constitución de la tutela ordinaria, etc.

En la República de Panamá, el art. 203 del Código Civil autoriza al Ministerio Público para demandar la declaratoria de inhabilidad para ejercer temporal y permanentemente la patria potestad respecto de los hijos por la mala conducta de los padres o el no cumplimiento de la obligación alimentaria, interviene en la elaboración de inventario de los bienes de propiedad de los hijos que sean administrados por los padres y debe ser oído en toda solicitud que formulen los padres para enajenar o gravar bienes inmuebles de los hijos menores, debe ser oído en todo proceso de habilitación de edad (art. 1364 del Código Judicial y Ley de 1973).

e) FILIACION: En España el Ministerio Público interviene en el reconocimiento del hijo natural menor que no se ha hecho en acta de nacimiento o en testamen

to (art. 133, Cód.Civ.), debe instar el reconocimiento forzoso de la filiación natural impuesto en sentencia penal en los casos de violación, estupro o raptó (art. 442, inc. 2º del Cód.Penal y 135 del Cód.Civil), debe intervenir en las causas sobre legitimación por concesión real (art. 120, inc. 2º Cód.Civ., art. 1983 de la ley de Enjuiciamiento Civil y Real Decreto del 7 de enero de 1901).

En la República de Venezuela el art. 156 del Título III, Capítulo V del Estatuto de Menores de 1949 se establece la intervención de los Procuradores de Menores en los juicios sobre filiación y en interés del menor.

En la República de Panamá, el art. 218 del Código Civil establece que el Ministerio Público debe ser oído en toda solicitud de autorización judicial para reconocer a un hijo menor de edad y por mandato del art. 311 de la ley 61 de 1946 el Ministerio Público debe intervenir en todos los procesos sobre filiación.

Digamos finalmente, sin particularizar, que la actuación del Ministerio Público abarca temas como: el nombre de las personas, protección de incapaces, derecho sucesorio cuando intervienen menores, delitos cometidos contra menores, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, etc.

3.- Porqué es indispensable la actuación del Ministerio Público en materia civil :

No está definido en doctrina y legislación comparadas la ubicación del Ministerio Público en la estructura de Estado. En Francia, forma un cuerpo independiente del judicial. En Italia, si bien la ley establece expresamente que sus miembros son representantes del Poder Ejecutivo quien los nombra y remueve, también se los incluye en la categoría de funcionarios judiciales y, por tanto, los jueces tienen superintendencia sobre los integrantes del ministerio fiscal y pueden aplicarles sanciones disciplinarias. En España, es el representante directo del Poder Ejecutivo frente a los tribunales de justicia, pero en Alemania se lo ha considerado un órgano de la administración de justicia, aunque la Ley Fundamental no los asimila a los jueces, ni los incluye en el poder judicial. En los Estados Unidos de Norteamérica el ministerio fiscal no interviene en las causas civiles, ni en defensa de la ley ni de los incapaces y sólo tiene funciones de naturaleza penal.

Entiendo que la confusión sobre la ubicación del Ministerio Público radica en la necesidad de dotarlo de la suficiente independencia respecto de los otros dos poderes en el esquema tradicional de la sociedad estamental que pensaron Locke y Montesquieu, esto es, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Pero ello no se adecuaba a las circunstancias presentes.

Estamos inmersos en la sociedad de masas, respecto de la cual, al decir de Karl Loewenstein el principio de separación de poderes, que encontró su formulación clásica en el art. 16 de la declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789 (*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*), ha sido superado por la realidad del siglo XX. Sin embargo lo perdurable de aquella doctrina, prosigue el autor, es el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones - el problema técnico de la división del trabajo - y, por otra parte, los destinatarios del poder salen beneficiados si éstas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el "telos" ideológico de la teoría de la separación de poderes y ésta no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y CONTROLAR res-

pectivamente el ejercicio del poder político. Lo que se suele designar como la separación de los poderes estatales es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado (Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1964, pgs. 54 y ss.).

La división de poderes, pues, ha de ser considerada, no como un fin último sino como una simple técnica instrumental y su actualización frente a la sociedad moderna - en que lo político no sólo abarca lo estatal sino, por un problema de multiplicación de funciones, también a otros protagonistas y otros intereses que, aunque vinculados con la actividad del Estado desbordan sus límites - implica la multiplicación de los órganos, los que, al margen de los poderes enumerados por Montesquieu - por lo que han sido llamados órganos extrapoderes - resultan de vital importancia para contener y controlar el continuo avance del Estado sobre la vida de los ciudadanos. Por eso ha dicho Carl J. Friedrich que las dificultades de la división de poderes son grandes, pero las consecuencias de la concentración del poder son desastrosas (Carl J. Friedrich, Teoría y Realidad de la organización constitucional democrática, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, p. 185).

4.- Conclusión:

Todo lo expuesto lleva a que, aún prescindiendo de la principal función del Ministerio Público, cual es su actuación en el campo del derecho criminal, no debe despreciarse la imperiosa necesidad de que, en el campo del derecho privado, especialmente el relativo al estado y capacidad de las personas, intervenga un funcionario que, equidistante de los intereses egoístas particulares y de los absorbentes y asfixiantes del Estado, proteja debidamente los fines superiores de la sociedad.

Creo indispensable que así sea, dado la gran cantidad de organismos administrativos creados con el fin loable de proteger a la institución familiar, pues en todo estado democrático se debe alertar y prevenir sobre la posibilidad que dichos entes pierdan de vista su fin inicial y, so pretexto de protección, le quiten al ser humano el último refugio que le queda contra la agresión de la sociedad moderna: la intimidad de su hogar. Ello así, el resguardo del interés social y el control de las distintas funciones de orientación y protección de la familia deben concentrarse en el Ministerio Público, no sólo para garantizar el cumplimiento del fin para el cual fueron creadas las instituciones familiares, sino, lo que es mucho más importante: para la auténtica defensa de los derechos individuales.

(*) Profesor Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina.

(**) Profesora Adjunta de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina.

(***) Profesora Auxiliar docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina.