

CONSULTA NUMERO 2/1987

INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN PROCESOS DERIVADOS DE LA RUPTURA DE UNIONES FAMILIARES DE HECHO CON DESCENDENCIA

I

Se somete a Consulta el siguiente hecho: Una pareja, fuera de matrimonio, tienen un hijo, al que inscriben en el Registro Civil. Los padres, cuando ya vivían en domicilios distintos, acuerdan que el hijo habido quede bajo la custodia de la madre. Mas en un momento determinado y a instancias del padre, se inicia un proceso de mayor cuantía sobre medidas relativas al ejercicio de la patria potestad, que ha concluido con la atribución al actor del derecho a visitar al hijo no matrimonial que se halla al cuidado de la madre y la asignación a ésta de una determinada prestación alimenticia.

El tema propio de la Consulta es que ni en la instancia ni en la tramitación del recurso de apelación ha intervenido el Ministerio Fiscal. Precisamente una de las alegaciones esgrimidas por la madre apelante era la procedencia de la nulidad de actuaciones porque versando el proceso sobre el ejercicio de la patria potestad debió intervenir como parte el Ministerio Fiscal. Mas esta tesis fue rechazada por la Sala de Apelación con un doble argumento. El primero era que en ninguno de los artículos que la Ley de 13 de mayo de 1981 dedicaba a la patria potestad, se imponía la intervención del Ministerio Fiscal como parte en los procesos que

podieran relacionarse con su ejercicio, a la inversa de lo que sucede con los procesos de separación y divorcio (disposición adicional 8.^a de la Ley de 7 de julio de 1981) y en los de incapacitación (art. 206 del Código Civil). Y el segundo argumento se centraba en que no cabe aplicar por analogía la disposición adicional 8.^a de la Ley de 7 de julio de 1981, constreñida exclusivamente a los procesos de crisis matrimonial que en ella se indican, claramente distintos del aquí promovido, con lo que no se dan entre ellos la identidad de razón exigida por el artículo 4 del Código Civil para la aplicación analógica de las normas.

Las razones contenidas en la sentencia no son aceptadas por el Fiscal que formula la Consulta, y, al efecto, observa que aunque en el supuesto cuestionado no se trata de la crisis de un matrimonio sino de la crisis de una pareja, esto es algo accidental, pues lo cierto es que los padres del menor mantienen un contencioso de iguales características (custodia, derecho de visita, pensión alimenticia) al que se origina en los procedimientos de separación o divorcio. Por ello entiende que aunque literalmente no es aplicable la disposición adicional 8.^a de la Ley de 7 de julio de 1981 —que prevé la intervención del Fiscal en ciertos procesos de separación y divorcio— el Ministerio Fiscal debe intervenir también en los que revistan las peculiaridades del que es causa de la Consulta. En primer lugar, porque la presencia del Ministerio Fiscal en los procesos a que se refiere la citada disposición adicional no lo es con el fin de que con su actuación pueda paliarse la crisis matrimonial o de defender los intereses de alguno de los cónyuges, sino de defender los de las personas más desvalidas, que son los hijos menores. En segundo término, porque si la ley quiere que el Ministerio Fiscal intervenga en defensa de los hijos menores matrimoniales, no sería lógica su ausencia en los procesos que afectan a hijos no matrimoniales que, por razones obvias, están más desamparados. Y, en fin, porque la no intervención del Ministerio Fiscal en estos casos supondría una clara discri-

minación en la defensa de los hijos según el carácter de su filiación, con olvido del artículo 39 de la Constitución, que reconoce la protección de los hijos ante la ley con independencia de cuál sea su filiación; tesis que está amparada, además, por el artículo 3.7 del Estatuto del Ministerio Fiscal cuando declara que el Fiscal debe promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no pueden actuar por sí mismos.

II

Las uniones extraconyugales no constituyen situaciones jurídicas nuevas, pues ya de antiguo junto al verdadero matrimonio (*justae nuptiae*) coexistieron relaciones matrimoniales consensuales, siendo las de carácter continuado (concubinato) objeto de expresa regulación, y por lo que a nuestro Derecho histórico respecta, a la institución de la barragánia se la reconocieron, en ciertas etapas, efectos similares, aunque inferiores al matrimonio, tanto al tiempo de su vigencia como al de la extinción. En el actual ordenamiento, sólo cuando se trate de matrimonios contraídos según las formalidades establecidas es valorado el cese de la *affectio maritalis*, regulándose las causas, requisitos y efectos de la disolución de la comunidad conyugal. En las uniones matrimoniales de hecho, que integran un importante fenómeno sociológico en la actualidad, la ruptura carece de ordenación legal tanto en el aspecto sustantivo como en el procesal, mas lo cierto es que las crisis de estas uniones cuando han adquirido estabilidad y existe descendencia, repercuten en muy diversas instituciones del Derecho de familia, principalmente en la patria potestad y la filiación. Bien puede afirmarse que para ellas no es válida esta frase atribuida a Napoleón al tiempo de redactarse el Código Civil francés: *Les concubins se passent de la loi, la loi se desinteresse*

d'eux. La protección de la familia en general está ya reconocida. He aquí las razones. De un lado, porque en el artículo 39.1 de la Constitución se asegura la protección genérica de la familia, por lo que aunque no se haga referencia explícita a la nacida de la unión extramatrimonial puede entenderse comprendida la convivencia *more uxorio* si desarrolla las mismas funciones que la familia *de iure*. Y de otro lado, porque otro artículo de la Constitución, el 9.2, dispone que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. No puede negarse, sin embargo, que la convivencia marital carece de efectos (derechos y obligaciones) mientras permanece, no crea un deber legal de alimentos, no da lugar a la aplicación de las normas del régimen económico matrimonial, y que termina por decisión unilateral o el *communi consensu* sin formalidad legal alguna. Pero estas uniones carentes de *status* matrimonial no son desconocidas del todo por nuestro ordenamiento jurídico, pues en ocasiones se les reconocen efectos análogos al matrimonio, y a los hijos habidos de ellas también se les garantizan sus derechos.

A) En esta línea, y en la esfera del Derecho público, son de destacar los artículos 11 y 18 del Código Penal, conforme a la redacción dada por Ley de 25 de junio de 1983, en los que se equiparan, a efectos de la circunstancia de parentesco y de la excusa absolutoria, la condición de cónyuges con la de personas ligadas por análoga relación de afectividad, habiendo matizado el Tribunal Supremo que la situación de afectividad requiere en la pareja la existencia de una verdadera vida en común, paralela y análoga a la legal (sentencia de 4 de diciembre de 1985 y 18 de diciembre de 1986). Y muy recientemente (sentencia de 5 de febrero de 1987) esta relación de afectividad, y no la permanencia formal del vínculo de matrimonio, se ha erigido por el Tribunal Supremo en la verdadera causa de aplicación de las

circunstancias que valoran el parentesco conyugal, por lo que se acepta que ante el deterioro profundo del matrimonio y la desaparición de todo afecto, las relaciones personales de los cónyuges han de estimarse equivalentes a las del *extraneus*, no aplicando en el caso concreto la cualificación establecida en el último párrafo del artículo 420 al marido que causó lesiones a su mujer estando separados de hecho por convenio en el que además se exoneraban del deber de fidelidad y cariño. La sentencia referida declara, en efecto, que en una interpretación progresiva, y acorde con el artículo 3 del Código Civil y los cambios introducidos en la Ley de 7 de julio de 1981, permiten llegar a la conclusión de que hay que otorgar un trato sumamente favorable a la afectividad, de tal modo que en algunos casos esté por encima de un mero convencionalismo representado por el vínculo formal, y prueba de ello se halla en el nuevo artículo 11 del Código Penal, que introduce en la circunstancia mixta de parentesco la relación de hecho con persona de otro sexo ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad, de lo que cabe inducir que hay primacía de la afectividad sobre el mero vínculo formal deteriorado y en vías de extinción, interpretación que es dable extraer de los términos en que se pronuncia el artículo 18 del Código Penal.

En la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, se dispone (art. 10.1) que la cualidad de asilado se concederá por extensión al cónyuge del asilado *o a la persona que se halle ligada por análoga relación de afectividad y convivencia*.

E incluso la Ley Orgánica del Poder Judicial equipara en alguna ocasión el vínculo formal del matrimonio a las uniones de mero hecho. Así, el artículo 391.1, bajo la rúbrica de las *incompatibilidades y prohibiciones*, dispone que no podrán pertenecer simultáneamente a una misma Sala Magistrados que estén unidos por vínculo matrimonial *o situación de hecho equivalente*. De igual modo, conforme al artículo 1.º y 2.º se valoran como causas de abstención y

en su caso de recusación de Jueces y Magistrados el vínculo matrimonial *o situación de hecho asimilable*.

B) En la esfera del Derecho privado a la convivencia *more uxorio* también le son reconocidos ciertos efectos jurídicos. En el artículo 320.1 del Código Civil es causa de emancipación por concesión judicial el hecho de que quien ejerza la patria potestad contrajere nupcias *o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor*.

Conforme al artículo 101 del Código Civil, la pensión compensatoria que reconoce el artículo 97 se extingue por contraer el acreedor nuevo matrimonio *o por vivir maritalmente con otra persona*, sin duda porque quien así convive tiene la asistencia material de la familia de hecho.

Al compañero no matrimonial se refiere la disposición adicional 10.^a de la Ley de 7 de julio de 1981 en su regla segunda, cuando expresa que quienes no hubieren podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, *pero hubieran vivido como tal*, acaecido el fallecimiento de uno de ellos el otro tendrá derecho a las prestaciones de la Seguridad social y la pensión de viudedad y demás derechos pasivos. Y tras reconocer la regla primera de la adicional citada tales derechos al cónyuge con independencia de que sobrevenga separación o divorcio, señala la regla quinta que estos derechos quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo 101 del Código Civil.

C) Si nos fijamos ahora en los derechos de los hijos habidos en las uniones matrimoniales de hecho, debe concluirse que son análogos a los que se reconocen y garantizan a los hijos matrimoniales. De una parte, el artículo 39.2 de la Constitución, en congruencia con el principio de igualdad del artículo 14, asegura la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, agregando el artículo 39.3 de la norma fundamental que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de

edad y en los demás casos en que legalmente proceda. En armonía con estos preceptos básicos, el Código Civil, tras la Ley de 13 de mayo de 1981, parte de la no discriminación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, expresando el artículo 108, párrafo segundo, que la filiación matrimonial y la no matrimonial surten los mismos efectos, aparte su diversa determinación; y de otro lado, se atribuye la patria potestad conjunta sobre los hijos comunes a los progenitores sin distinguir la condición de aquéllos (arts. 154 y 156, párrafo primero), estando obligados los padres a velar por estos hijos y prestarles alimentos (arts. 110 y 143).

III

Aunque jurídicamente no exista constitución formal ni disolución legal de las uniones extraconyugales, su ruptura, por el cese de la *afectio naturalis*, puede producir respecto de los ex-conviventes los efectos patrimoniales que hayan podido pactarse para su término, pues tales uniones parece que en la realidad social en que vivimos, por lo general, ya no integran los presupuestos capaces de originar ilicitud de causa, tesis ciertamente contrapuesta a la mantenida por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo anterior a la Constitución, que, fundándose en la ilicitud de la causa, declaraba nulos los pactos entre parejas no casadas que tuvieran por objeto iniciar, remunerar e incluso concluir uniones extramatrimoniales. Aparte la eventual licitud actual de los pactos extintivos con contenido patrimonial entre los conviventes, nos parecen claras dos cosas: que la autorregulación que puedan hacer para el futuro no alcanzará a las relaciones de patria potestad y filiación en forma distinta a la prevista «ex lege», y que si estas uniones carecen de acto constitutivo, tal circunstancia no supone que los hijos hayan de estar privados de tutela jurídica general, pues, como ya se ha indicado, todos los hijos son titulares de unos

mismos derechos a cumplir por los progenitores, con independencia de su cualidad matrimonial o no matrimonial. Si nos situamos ya en el momento cronológico que se pondera en la Consulta, esto es, en la fase de ruptura de las uniones familiares de hecho con descendencia, cabe decir que del propio modo que en el proceso de transformación de la separación matrimonial de hecho en separación *de iure* interviene el Ministerio Fiscal, en trance de atribuir por decisión de los convivientes ciertos efectos jurídicos a la extinción de las uniones extramatrimoniales en el curso de un proceso, debe también intervenir el Ministerio Fiscal cuando aquéllos vayan a proyectarse sobre los derechos de los hijos menores habidos en tales uniones de hecho.

En conclusión, si en los procesos que tienen por objeto el tránsito de la unión matrimonial a la separación o a la extinción del vínculo interviene el Ministerio Fiscal cuando haya hijos menores o incapaces (disposición adicional 8.^a de la Ley de 7 de julio de 1981), en los procedimientos que puedan seguirse tras la determinación de las uniones matrimoniales de hecho y que trasciendan a algunos de los derechos derivados de la filiación o a la patria potestad, también debe estar presente el Ministerio Fiscal. A esta conclusión no puede oponerse el elemento literal, extraído de la disposición adicional antes citada, de que el Ministerio Fiscal sólo interviene en los procesos extintivos de la comunidad conyugal matrimonial. Las razones de la equiparación entre uniones matrimoniales y uniones extramatrimoniales a efectos de la intervención del Ministerio Fiscal son las siguientes:

— Porque lo decisivo para la intervención del Ministerio Fiscal no es el dato puramente formal de la preexistencia de un matrimonio ya en crisis, sino el de la existencia de hijos menores o incapaces cuyos intereses puedan ser desconocidos.

— Porque si está prevista su intervención en todos los procesos relativos al estado civil de las personas (art. 3.6

del Estatuto del Ministerio Fiscal), los derechos derivados de la patria potestad y filiación revisten esa naturaleza con independencia de que su origen sea no matrimonial.

— Porque la existencia o no de vínculo matrimonial no justifica la desigualdad de trato ante el artículo 14 de la Constitución, dado que los hijos son iguales ante la Ley con independencia de su filiación (arts. 39.2 de la Constitución y 108, párrafo 2.º, del Código Civil); la intervención del Ministerio Fiscal sólo en los procesos en que haya hijos matrimoniales representaría una evidente discriminación proscrita por las normas constitucionales.

— Porque, en todo caso, el Ministerio Fiscal puede asumir o en su caso promover la defensa en juicio o fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar no pueden actuar por sí mismos (art. 3.7 del Estatuto del Ministerio Fiscal).

— Porque como no existe *numerus clausus* respecto de la actuación del Ministerio Fiscal en los procesos civiles, intervendrá en todos aquellos en que lo demanden los intereses de los particulares necesitados de protección, y tienen este carácter los derechos familiares reconocidos a los hijos menores no matrimoniales. Además, el artículo 124.1 de la Constitución cubre todos los supuestos legales existentes como defensor de la legalidad y de los intereses de los ciudadanos.

— Porque es que incluso de modo expreso se prevé la intervención del Ministerio Fiscal en tema de patria potestad con independencia de que sea matrimonial o no matrimonial, pues el Juez, a instancias del Ministerio Fiscal, puede dictar las medidas cautelares precisas para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las necesidades del hijo *in potestate* (art. 158.1 del Código Civil), así como para impedir que se le causen perturbaciones dañosas (art. 158.2) y, en general, para evitarle perjuicios (art. 158.3).

En conclusión, como ya se indicaba en la Circular 3/1986, para la intervención del Ministerio Fiscal en los pro-

cesos de separación y divorcio, la omisión de citación o emplazamiento en los actos procesales desarrollados en procedimientos como el que motiva la Consulta, determinará la nulidad del proceso desde el momento en que se cometió la falta, pudiendo denunciarse en cualquier momento sin necesidad de trámite especial en cuanto se trata de un defecto que deberá corregirse de oficio (art. 238.3 y 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Madrid, 14 de abril de 1987.

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Excmos. Señores Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.