

SALA E - Expte. 52.909/15 (J. 56) - “S. M., N. F. c. F. V., C. R. s/DIVORCIO”.

Buenos Aires, noviembre 6 de 2015.-

**Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:**

Contra la providencia de fs. 16 que ordena que se ponga en conocimiento del otro cónyuge la petición de divorcio y la propuesta de regulación de los efectos derivados de la disolución del vínculo matrimonial en los términos de los arts. 437, 438 y 439 del Código Civil y Comercial de la Nación, alza sus quejas la actora con el memorial de fs. 24/25 que es sostenido por el Fiscal de Cámara con el dictamen de fs. 31/32 a pesar de no haber apelado el fiscal de primera instancia.

El Fiscal de Cámara solicita que se decrete el divorcio sin oír al marido ya que al encontrarse cumplido el requisito previsto por el art. 438 en el escrito de inicio debe decretarse sin más trámite el divorcio. Se dice que ello es así en la medida en que dicha norma señala que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia y se agrega que el comparendo que ella prevé “no es una audiencia de divorcio sino que se convoca al solo fin de evaluar el contenido de la/s propuesta/s regulatoria/s” (ver dictamen de fs. 31/32). La actora sostiene, además, que esta disposición hace inútil e innecesaria la participación, conformidad, o acuerdo del otro cónyuge ya que no existe oposición posible por parte de éste y aduce que la sentencia de divorcio es independiente de la voluntad del cónyuge que no intervino en el pedido de modo que la exigencia de la presentación conjunta con un convenio regulador no significa que tenga relación con el dictado de la sentencia de divorcio (ver memorial de agravios de fs. 24/25).

La ley 23.515 -al modificar la ley 2393- estableció un régimen de separación personal y de divorcio basado en causales subjetivas (arts. 202 y 214 inc. 1º) y objetivas (arts. 204, 214 inc. 2º, 205 y 215). Al no incorporarse en ese momento más que las imprescindibles modificaciones al régimen anterior necesarias para ese nuevo orden normativo, debe entenderse que el juicio de divorcio tenía un trámite regido por las disposiciones procesales correspondientes a cada una de las jurisdicciones locales (conf. art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional y el actualmente vigente art. 75 inc. 12 según Reforma Constitucional de 1994). Por consiguiente, de toda petición unilateral de divorcio por causal objetiva se confería traslado al otro cónyuge para que tomara conocimiento de lo alegado e hiciera valer, eventualmente, los planteos que entendiera pertinentes respecto a la pretensión instaurada (Kielmanovich, Jorge L., *Derecho Procesal de Familia*, Buenos Aires, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, págs. 265 a

281 y Sambrizzi, Eduardo A., *Separación personal y divorcio*, 2ª. ed., Buenos Aires, La Ley, 2007, t. II, n° 394, pág. 308).

El art. 437 del Código Civil y Comercial dispone que el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. Se trata de una norma de sustracción de los mencionados requisitos de tipo sustancial exigidos por la ley 23.515. No pueden existir obstáculos de ese orden para que una de las partes, con sustento en el derecho a la intimidad (art. 19 de la Constitución Nacional), ejerza su derecho a terminar con su matrimonio. Ni la falta de transcurso de plazo alguno ni la ausencia de invocación de causales subjetivas pueden ser obstáculos a que una de las partes se encuentre legitimada -ver epígrafe del artículo- para presentarse a reclamar el divorcio. Solo basta una petición de uno de los cónyuges cuya causa no es otra que la decisión del peticionario.

Ningún juez puede, obviamente, declarar improponible esa acción por falta de algún recaudo temporal (ver Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley 2012, págs. 482 y 483).

Asimismo, el nuevo Código Civil y Comercial introduce en el art. 438 -de modo similar a lo que ocurría con los arts. 204, 205, 215, 216 y 238 del Código Civil- algunos “procedimientos del divorcio” (conf. epígrafe) que resultan imprescindibles para el desarrollo de este tipo de causas a raíz de la incorporación de la novedosa propuesta reguladora de los efectos del divorcio de modo que la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición (Herrera-Caramelo-Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, t. II, pág. 68 n° 1).

A diferencia de lo sostenido por los apelantes, el texto de los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial de la Nación no autoriza el dictado de una sentencia de divorcio sin audiencia de uno de los cónyuges.

En realidad, la lectura del art. 438 revela la existencia del procedimiento bilateral subyacente al trámite instaurado por esta nueva norma. En efecto, el segundo párrafo de esta disposición faculta a uno de los cónyuges a ofrecer una propuesta reguladora distinta “si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges”. Cuando la norma alude a un divorcio que ha sido “peticionado” por uno de los cónyuges se refiere claramente a un estado del proceso anterior a aquel declarado judicialmente en los términos del art. 435 inc. c. como causa de disolución del matrimonio. Se trata, además, de un término técnico -el ejercicio del acto de peticionar el divorcio- vinculado

con el primer párrafo de modo que todo cónyuge que no sea peticionario debe tener la facultad de ofrecer una propuesta reguladora distinta a la de su cónyuge.

Las quejas de S. M. se dirigen, indirectamente, a cercenar esa facultad que quedaría a disposición de todo actor que solicite que se dicte, sin más trámite, la sentencia de divorcio. Lo que es una opción del demandado en el microsistema normativo ritual del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se convierte en esta hipótesis de la recurrente en una facultad del actor que, a placer, recorta el eventual ejercicio de ese derecho en contradicción con el texto mismo de la norma.

El dictado de la sentencia de divorcio con una posterior notificación al demandado no salva la posición de la apelante y del Fiscal de Cámara puesto que en este caso se estaría comunicando la propuesta en un momento en que el divorcio no se encuentra “peticionado” por uno de los cónyuges sino ya declarado judicialmente en fallo no firme. Esta vía supondría, además, que en todas estas hipótesis el procedimiento previsto por el art. 438 debería ser desarrollado necesariamente después de la sentencia de divorcio, lo cual no parece haber sido la finalidad de la norma.

El nuevo régimen sí prevé, en cambio, que no se postergue el pronunciamiento sobre la petición por desacuerdo en el convenio que es una cosa muy distinta de impedir que exista la posibilidad de ofrecer una propuesta reguladora por parte del otro integrante del matrimonio cuando se presenta una “petición de divorcio”.

Señala también el Fiscal de Cámara que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio de modo que no habría impedimento, según se entiende en el dictamen de fs. 31/32, para decretar el divorcio entre los cónyuges sin necesidad de notificar al esposo demandado.

Ahora bien, para que haya “desacuerdo en el convenio” se requiere, obviamente, que una parte formule una propuesta (normalmente la actora según el art. 438, primer párrafo) y la otra discrepe sobre su contenido (conforme la facultad conferida por el segundo párrafo). Si hay desacuerdo es porque el demandado conoce el convenio y la forma en que habitualmente habrá de saberlo es mediante el traslado de la demanda de divorcio acompañada de la propuesta de la actora. El procedimiento del art. 438 se encuentra particularmente enfocado a lograr que toda petición de divorcio vaya acompañada de esa propuesta de manera que no se concibe un “desacuerdo en el convenio” sin la toma de conocimiento por parte del otro cónyuge del presupuesto lógico previo a la propuesta que es la “petición de divorcio”.

El art. 438 dispone que “al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia”. La audiencia debe ser convocada por el juez después de evaluar las propuestas que tienen que ser, a su vez, acompañadas al proceso por las partes (una con la petición de divorcio y la otra con la respuesta después de la notificación), con lo cual podía suscitarse la duda en torno a si la controversia entre estos efectos del divorcio debía ser resuelta conjuntamente con la sentencia de divorcio.

Esta posibilidad de demora en el trámite del divorcio se desestima expresamente en el nuevo régimen. La ley manda que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Esta disposición tiene sentido cuando haya podido existir desacuerdo antes del fallo y, lógicamente, esta falta de conformidad solo puede presentarse cuando el otro integrante del matrimonio ha sido notificado de la propuesta del restante cónyuge. Se trata, en realidad, de una disconformidad entre la propuesta que necesariamente debe acompañar el peticionario del divorcio con la posición asumida por el otro cónyuge quien puede adjuntar la suya o, eventualmente, discutir algunas de las sugerencias para llegar en definitiva al “convenio regulador” del art. 439.

Se advierte, pues, que la unión entre el procedimiento subyacente del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el procedimiento del divorcio del art. 438 impone al cónyuge presentar la petición de divorcio acompañada de la propuesta de las cuales se da traslado al otro cuyo desacuerdo sobre esa propuesta -o “en el convenio” como se dice en la norma- no suspende en ningún caso el dictado de la sentencia de divorcio.

Resulta claro, entonces, que el nuevo régimen permite al demandado plantear su disconformidad con la propuesta del peticionario y que es inadmisibles, desde una interpretación de las normas, que se le impida ejercer esa facultad por el reclamo del actor para que se dicte sentencia sin más trámite. Se sigue lógicamente de lo expuesto que el art. 438 -interpretado de esa forma- habilita implícitamente la disconformidad con la petición de divorcio de la cual se debe dar traslado conjuntamente con la propuesta del actor. El Código Civil y Comercial descarta que puedan oponerse planteos vinculados a la inexistencia de las causales previstas en la ley 23.515, pero ello no impide que el demandado oponga defensas de carácter sustancial

como el eventual planteo de nulidad de matrimonio (ver art. 424 y sigtes.) o procesal como la defensa de incompetencia sustentada en el hipotético incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 717 y 2621.

En resumen, el art. 437 confiere una permisión fuerte a uno de los cónyuges a fin de legitimarlo sustancialmente para petitionar el divorcio sin causal alguna mientras que el art. 438 contiene, por un lado, una permisión débil en cuanto no impide que exista un disenso de parte del otro cónyuge respecto de aquella petición y, por otro, una prohibición expresa que postula que ninguna disconformidad respecto a la propuesta reguladora podrá ser impedimento para que se dicte la sentencia de divorcio.

El dictado de la sentencia de divorcio que afecta al estado matrimonial de dos personas sin oír a una de ellas podría llevar, asimismo, a que cada una planteara su “petición de divorcio” en foros competentes y que se dictaran fallos idénticos sobre la misma controversia por jueces distintos, lo cual no parecería ser una solución adecuada en este tipo de casos.

Más allá de consideraciones relacionadas con la interpretación de las normas o con las consecuencias de los planteos efectuados por los apelantes, la solución escogida por el juez de grado recibe respaldo desde una mirada basada en la Constitución Nacional. El dictado de la sentencia de divorcio a petición de uno solo de los cónyuges sin audiencia del otro priva a este de ofrecer una propuesta reguladora distinta y le impide oponer las hipotéticas defensas que quisiera esgrimir en torno a la petición misma de divorcio.

Y si esto es así, el traslado necesario al otro cónyuge encuentra sustento en dos garantías de raigambre constitucional: la de defensa en juicio y la de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional). Por intermedio de la notificación del traslado de la petición de divorcio se asegura el acceso a la administración de justicia, no ya en términos formales, sino con un criterio que considera el recorte de derechos sustanciales de uno de los contendientes. En ese marco deben ser valorados también los intereses del demandado, tan respetables como los de la actora, a fin de que no se vean conculcados si al simple estado de peticionario del divorcio se lo transforma en indebido privilegio en perjuicio del restante cónyuge (ver arg. CSJN Fallos: 311:1372, considerando 2º y “B., A. M. c. Provincia de Salta y Otros s/ daños y perjuicios (beneficio de litigar sin gastos)” del 23-6-15, LL del 18- 8-15, pág. 11).

La petición de divorcio es unilateral en tanto se autoriza a uno solo de los cónyuges a iniciar el “procedimiento de divorcio”, pero éste sigue siendo bilateral de

acuerdo con las vías previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en una interpretación que se refuerza por lo establecido en el art. 438 que presupone que haya existido antes de la sentencia un traslado previo de aquella petición acompañada de la propuesta reguladora.

La innovación trascendental del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación consiste en que ninguno de los cónyuges se puede oponer a la decisión de uno ellos de petitionar el divorcio, lo cual es muy distinto de concluir que una vez solicitado el divorcio deba dictarse de forma inmediata la sentencia sin oír a la otra parte sobre esa petición. La apelante y el Fiscal de Cámara han partido de un principio correcto que consiste en la legitimación a uno de los cónyuges a petitionar el divorcio sin invocar causales objetivas o subjetivas. Este régimen de sustracción de requisitos sustanciales ha sido trasladado -y aquí sí erróneamente- para recortar pasos imprescindibles en el procedimiento bilateral de la petición de divorcio con agravio del derecho constitucional de defensa en juicio.

Por estas consideraciones y oído que fue el Sr. Fiscal de Cámara precedentemente, SE RESUELVE: Confirmar la providencia de fs. 18. Notifíquese y devuélvase.

*Firmado por: MARIO PEDRO CALATAYUD, JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, FERNANDO MARTIN RACIMO.*