

Título: Divorcio por mutuo consentimiento y Ministerio Público Fiscal. Visión doctrinaria y jurisprudencial

Autores: Medina, Graciela - González Magaña, Ignacio

Publicado en: DFyP 2011 (abril), 01/04/2011, 28

Cita: TR LALEY AR/DOC/539/2011

Sumario: I. Introducción. II. Evolución histórica en la Doctrina y Jurisprudencia. III. Reflexión Final.

"La intervención del Ministerio Público Fiscal debe darse para garantizar que no se violen los requisitos sustanciales que deben reunir los esposos para divorciarse, mas ello no implica que posea facultades para oponerse al trámite que el juez otorgue al proceso."

I. Introducción

Históricamente, la ubicación institucional del Ministerio Público Fiscal para la mayoría de las provincias fue fijada dentro del Poder Judicial, [\(1\)](#) y esa era la posición mayoritaria de la doctrina y la de los Procuradores y Fiscales Generales de las Provincias que así se habían expresado.

La reforma constitucional del año 1994 zanjó las diversas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, incorporando al texto constitucional la figura del Ministerio Público, estableciendo que el mismo será un "órgano independiente", con "autonomía funcional"; "autarquía financiera"; con "las inmunidades funcionales" y garantizando la "intangibilidad de sus remuneraciones" (conf art. 120 de la CN).

En la misma línea seguida por la Convención Constituyente de 1994, el legislador establece mediante la sanción de la ley 24.946 (B.O. 23/03/98) la integración y organización del Ministerio Público.

En lo que hace a nuestro comentario, dicha norma fijó como obligatoria su intervención en todos los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza (art. 25 inc e)).

Los cambios legislativos reseñados, se hicieron eco en la doctrina y jurisprudencia de la materia, y es en dicho sentido que apuntamos a establecer —a nuestro entender— cual ha sido la recepción doctrinaria y jurisprudencial de dichas reformas y cual es el papel que hoy en día cumple el Ministerio Público en los procesos de divorcio iniciados en los términos del art. 215 del Código Civil.

II. Evolución histórica en la Doctrina y Jurisprudencia

Creemos atinado fijar el punto de partida de nuestro análisis en el Fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil que estableció como doctrina "Es necesaria la intervención del Ministerio Público Fiscal en los juicios de divorcio por el régimen del art. 67 bis de la ley 2393, texto según la Ley 17.711". [\(2\)](#)

Dicha decisión plenaria fue receptada rápidamente por la mayoría de los tribunales, tanto nacionales como provinciales; [\(3\)](#) más su vigencia fue efímera, dando rápidamente lugar a una interpretación no tan lineal de dicho precepto.

En tal sentido, a comienzos de la década del 80, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, estableció que "...No habiendo disposición legal que reglamente concretamente que el agente del ministerio público deba participar en las audiencias que se celebren en un juicio de divorcio por presentación conjunta, lo que más se compadece con este procedimiento especial es conferir una "vista" de las actuaciones antes de dictarse la sentencia para que pueda velar porque el procedimiento que culmina con la decisión jurisdiccional haya sido cumplido conforme con las exigencias que la ley ha determinado..."[\(4\)](#)

En tal sentido fue Ludueña quién se explayó a favor de dicha interpretación, entendiéndolo que el ministerio fiscal no es un representante de la ley, de la sociedad o del interés público, pues éstos no son entes que puedan personalizarse y por ello disfrutar de una verdadera representación, sino que se trata de un órgano específico al cual, por mandato expreso de la ley, se le confiere la misión de interponer pretensiones o de oponerse a ellas ante el órgano jurisdiccional. [\(5\)](#)

La sanción de la ley 23.515 no resultó óbice para la vigencia del Plenario referido al comenzar éste acápite; toda vez que su doctrina fue receptada por los reformados arts. 205, 215 y 236 del Código Civil respectivamente.

En tal sentido, y analizando la jurisprudencia surgida con posterioridad a dicha reforma, la mayoría de la doctrina se ha inclinado por sostener que la trascendencia social que reviste el divorcio requiere que el Ministerio Público Fiscal compruebe la existencia de los requisitos que legitimen la presentación de los cónyuges.

Dicha postura podemos resumirla en el pensamiento de Kielmanovich, quién sostiene que el Ministerio Público Fiscal interviene en los juicios de divorcio en defensa del interés público comprometido, con el fin de

que aquel se decreta sólo si han quedado acreditadas una o más causales de las previstas; por lo que si bien su participación en el proceso se encuentra garantizada (arg.art.25 de la ley 24.946), y debe velar por el amparo del derecho objetivo y la integridad de la familia; no posee legitimación para recurrir la sentencia ni para invocar causales subjetivas en subsidio de la voluntad de las partes. (6)

Se desprende de ello, que el espíritu de la norma que impone la intervención Fiscal en éste tipo de proceso es que aquel sea quién custodia el orden público, a fin de evitar la transgresión de los requisitos sustanciales que deben reunir los esposos para divorciarse.

En éste punto Llambías señala que el orden público puede entrar en conflicto con la voluntad autónoma de los particulares y entonces ésta cede ante aquel principio, conforme surge de la letra del art. 21 del C.Civil, el cual dispone que "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". (7)

Por nuestra parte consideramos que la interpretación que debe darse es aquella que sostiene que la intervención del Ministerio Público Fiscal debe darse para garantizar que no se violen los requisitos sustanciales que deben reunir los esposos para divorciarse, mas ello no implica que posea facultades para oponerse al trámite que el juez otorgue al proceso.

En éstos términos consideramos que la intervención del Ministerio Público Fiscal en los procesos de divorcio por mutuo consentimiento resulta inocua por cuanto en aquellos juicios fundados en la causal prevista por los arts. 205 y 215 del Cód. Civil y por el procedimiento establecido en el art. 236 —antes art. 67 bis de la ley 2393—, su intervención —en los términos referidos precedentemente— se reduce a un simple ritualismo que no debiera traducirse en la obligación de expedirse.

III. Reflexión Final

Creemos que la intervención del Ministerio Público Fiscal en los divorcios por mutuo consentimiento, depende de la organización procesal de cada provincia; así mientras en algunas su intervención no es necesaria, en otras su participación hace al orden público local. (8)

Consideramos que tal intervención es innecesaria en la actualidad y que ello conspira contra los principios de celeridad y eficacia que deben primar en toda resolución de conflictos, mas en aquellos que hacen al derecho de familia, máxime cuando se trate de procesos voluntarios.

Pensamos que carece de sentido efectuar un control sobre un trámite fundado en el común acuerdo de los esposos, sobre el cumplimiento de los recaudos exigidos por la ley, que están sometidos al contralor judicial, sobre todo cuando nuestro país ha pasado de un proceso de indisponibilidad a un proceso de disponibilidad.

Ello sin perjuicio de señalar que nuestra opinión no es la que ha sido seguida por el legislador que redactó la ley 24946 optando por establecer como obligatoria la intervención del Ministerio Público en los procesos de divorcio.

En efecto —como hemos reseñado anteriormente— el artículo 25 de la ley 24946 en su inciso e establece que Corresponde al Ministerio Público: e) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza.

De todas formas cabe recordar que el fiscal no es parte en el proceso de divorcio debido a que no solicita para si la tutela jurisdiccional, sino que representa al Estado.

Entendemos en consecuencia que el control del Fiscal en los procesos de divorcio por mutuo consentimiento está referido básicamente al control de las partidas de matrimonio, la competencia territorial del juez, el cumplimiento del plazo de vigencia del matrimonio y la realización de las audiencias.

(1) Salta (1989), Santa Fe 1990, Misiones 1991, Córdoba 1992; Río Negro 1993; Entre Ríos 1994.

(2) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno. 15/07/1977 "C., E. J. y otra". Publicado en La Ley on line. Cita: AR/JUR/1645/1977.

(3) Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 23/10/1978. "I., J. M. y otra". Publicado en La Ley on line. Cita: AR/JUR/2791/197; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Córdoba, 12/09/1978, "C. de B., G. E. c. O. A. B.". Publicado en La Ley on line. Cita: AR/JUR/1599/1978, entre otros.

(4) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/10/1980, "V., H. J. y otra". Publicado en La Ley on line. Cita: AR/JUR/2922/1980.

(5) Ludueña, Liliana Graciela. "El artículo 67 bis de la ley de matrimonio civil; una norma de carácter estrictamente procesal". LA LEY 1986-B, 866.

- (6) Kielmanovich Jorge, "Juicio de Divorcio y Separación Personal" p. 354, Rubinzal - Culzoni, 2002.
- (7) Llambías Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil", parte general, t. I, Buenos Aires, 2001, p. 139.
- (8) En tal sentido corresponde estarse a lo dispuesto por las siguientes leyes Nacionales y Provinciales: Artículo 25 de La Ley 24.946. Artículo 17 de La Ley 12.061 de Buenos Aires. Artículo 49 Inc. 6) decreto ley 2337 de Catamarca. Art. 1 Ley 5106 Chaco. Artículos 9, 33 Inc. 2º y 35 de la Ley 7826 de Córdoba. Arts. 9 y 23 inc 2ª de la Ley 8728 de Entre Ríos. Art. 75 de la Ley 521 de Formosa. Artículo 78 bis, inc. A de la ley 1675 de La Pampa. Art 27 inc 10ª Ley 8008 de Mendoza. Artículo 17 de la Ley 4199 de Río Negro. Art. 79 inc 11 de la Ley 5158 San Luis. Art. 59 y 78 inc a) de la Ley Orgánica de Justicia de la Provincia de Santa Cruz. A su vez debe atenderse a las siguientes normativas procesales: Artículo 151 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Art. 151 Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires. Art.151 Código Procesal Civil y Comercial de Catamarca. Art. 151 Código Procesal Civil y Comercial de Chaco. Art. 151 Código Procesal Civil y Comercial Chubut. Art. 151 Código Procesal Civil y Comercial Corrientes. Art. 148 Código Procesal Civil y Comercial Entre Ríos. Art. 151 Código Procesal Civil y Comercial Formosa. Art. 143 Código Procesal Civil y Comercial Jujuy. Art. 151 Código Procesal Civil y Comercial Misiones. Art. 151 Código Procesal Civil y Comercial Neuquén. Art. 151 Código Procesal Civil y Comercial Río Negro. Art. 151 y 813 Código Procesal Civil y Comercial Salta. Art. 156 Código Procesal Civil y Comercial San Juan. Art. 151 Código Procesal Civil y Comercial San Luis. Art. 152 Código Procesal Civil y Comercial Santa Cruz. Art. 151 Código Procesal Civil y Comercial Santiago del Estero. Art. 173 Código Procesal Civil y Comercial Tierra del Fuego. Art. 148 y 149 Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán. Poder Judicial de la Nación