

En la ciudad de Dolores, a los diez días del mes de abril del año dos mil doce, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa n° 91.159, caratulada: "GUTIERREZ ENRIQUE DANIEL Y OTRO/A S/ DIVORCIO (ART. 215 C.C.)", habiendo resultado del pertinente sorteo (arts. 263 del CPCC; 168 de la Constitución Provincial), que los Señores Jueces debían votar según el siguiente orden: Doctores Francisco Agustín Hankovits, María R. Dabadie y Silvana Regina Canale.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DOCTOR HANKOVITS DIJO:

I. La juez de la instancia de grado resuelve no hacer lugar a la inconstitucionalidad del plazo establecido por el art. 215 y cc. del Cód. Civ., declarando abstracto igualmente el planteo de inconstitucionalidad de la segunda audiencia prevista por el art. 236 del digesto civil y rechazar, en consecuencia, la demanda de divorcio vincular por presentación conjunta efectuada por las partes (fs. 25). Asimismo, procede a homologar los acuerdos de mención, obrantes a fs.

13 vta. y 14 (fs. 29) de conformidad con lo dictaminado por la Asesora interviniente (fs. 26/27) .

Frente a lo así decidido, ambos cónyuges se disconforman del fallo en cuanto se les deniega la disolución del vínculo peticionada, mediante la deducción del respectivo recurso de apelación (fs. 30) que proceden a fundar medulosamente a fs. 44/53 de estos obrados. Dictado el llamamiento de autos para sentencia (fs. 59) y practicado el respectivo sorteo de ley (fs. 60), las presentes actuaciones se encuentran en estado de ser resueltas (art. 263 del CPCC).

II. 1.- De las constancias de autos y de los propios dichos de los presentantes se tiene por demostrado que los mismos contrajeron nupcias el 19 de febrero de 2010, habiendo previamente convivido por un lapso de 7 años (fs. 13 vta.). De dicha unión nació un hijo, por lo cual formulan acuerdos mediante los cuales pautan la tenencia del menor, el régimen de visitas y alimentos como también la disolución de la sociedad conyugal; ello de modo accesorio a la pretensión principal de divorcio vincular por mutuo que presentaran en sede judicial el 10 de mayo de 2011 (fs. 16); esto es casi quince meses después de legalizar el vínculo afectivo.

2.- En lo que es materia estricta de agravios, liminarmente, he de señalar que en causa de este Tribunal C. 91.009 “D. H, M y ot.” –sent. del 1 de marzo de 2012- , en voto en minoría, me he pronunciado sobre idéntica cuestión sustancial

a la ahora planteada, decretando la inconstitucionalidad de los arts. 215 y 236 del Cód. Civ.

En ese sentido, sostuve que aquella intención o finalidad protectoria del legislador tendiente a aventar decisiones poco meditadas dio origen a una norma de necesario carácter general que estableció un requisito considerado inexorable para la promoción de la demanda (art. 215 del Cod. Civ.). Ello, a partir de la presunción de decisión impulsiva e irreflexiva, de aquellas personas casadas que decidieran entablar su divorcio por presentación conjunta antes de haber transcurrido el término legal de los tres años desde la celebración de las nupcias. Así, en el caso concreto la norma en cuestión sustituye la voluntad de estas dos personas casadas, y establece la prohibición temporal del divorcio planteado en forma consensuada. La generalidad de la norma tendría, entonces, una buena intención legislativa a fin de impedir que las personas modifiquen estados jurídicos a partir de la toma de decisiones intempestivas e irreflexivas. Sin embargo, dicha intención de protección: ¿resulta prudente o excesiva a esta altura de la evolución de la vida social y de nuestro ordenamiento jurídico considerado en forma integral? (conf. de la Dra. Rotonda, Trib. De Familia de Mar del Plata n° 2, in re M. M.G, sent. del 3-9-2008, en www.abeledoperrot.com).

Surgen así interrogantes y cuestionamientos en el conflicto de los derechos constitucionales subyacentes, a partir de la petición ejercida por las partes. Cabe preguntarse: ¿Responde al contexto actual de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente que el Estado restrinja el ejercicio de la libertad

personalísima de dos cónyuges plenamente capaces para decidir respecto del divorcio por presentación conjunta? ¿Existe un interés superior de la sociedad o del Estado jurídicamente tutelable o distinto de los propios cónyuges que permita imponer una unión jurídica que sólo a ellos afecta y que ellos ya no desean? ¿Existe un interés superior que obligue a mantener la unión jurídica, formal y exenta de contenido afectivo de parte de sus protagonistas, cuando no se afectan derechos de terceros? (ídem).

En definitiva, “como señalara la mayoría del Tribunal Colegiado de Familia n. 5 de Rosario, integrada por los Dres. Dutto y Corbella, en autos “M., D. G. v. G., F. A. s/ divorcio expte. 2612/06, el 14/11/2006: La formulación internacional (...) rechaza la idea de limitación a la extensión y ejercicio de un derecho humano sin una estricta necesidad de ello, y esta necesidad recién aparece cuando la configuración de ese derecho compromete o pone en vilo el modelo de sociedad democrática (publicado entre otros en Diario Jurídico Digital Eldial.com”.. (idém cit. ant.).

Como se cuestiona pues en su pronunciamiento la Dra. Rotonda, que hago propio a estos efectos, ¿ES EL TÉRMINO ESTABLECIDO EN EL ART. 215 del CCIV. MATERIA DE ORDEN PÚBLICO? ¿QUE INTERÉS PROTEGE LA NORMA EN CUESTIÓN?

“En este orden de ideas, a mi entender, no existe tal interés superior social u orden público, que permita constreñir la voluntad de dos seres adultos capaces,

autónomos, cuando su desunión no proyecta efectos más que en lo atinente a su vida privada, sin modificar o proyectar efecto jurídico alguno para otros familiares o terceros. En la actualidad, a veinte años de la reforma en materia de derecho civil que introdujera el divorcio vincular en la legislación argentina, necesariamente deberemos tener en cuenta la expansión que jurisprudencial y doctrinariamente se ha ido reconociendo a la autonomía de la voluntad en materia de obligaciones y derechos matrimoniales, sea en el campo de las cuestiones personales o patrimoniales. Da cuenta de ello, entre otros, el desarrollo exhaustivo propuesto por Méndez Costa en la obra que ya citara bajo el acápite Tendencia a una mayor aceptación de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia. (Obra ya citada, páginas 238 a 286)... Como señalan los Magistrados del Tribunal de Rosario, en los autos ya mencionados: "La extensión de los valores modernos de autonomía personal, de libre elección de la pareja sobre la base del amor romántico, la creciente expectativa social de dar cauce a sentimientos y afectos implican también la contracara: la libertad de cortar vínculos cuando el amor se acaba, cuando el costo personal de la convivencia conflictiva supera cierto umbral (Elizabeth Jelin, *Pan y afectos. La transformación de las familias*, 1era. Edición, Fondo de Cultura Económica, 1998, pág. 87).".

Finalmente, la juez citada concluye en palabras que hago mías por el exhaustivo análisis ya realizado del tema y claridad expositiva: "En este orden de ideas, entiendo que no resulta legítima la comprensión temporal del derecho a peticionar el divorcio por presentación conjunta frente a la inexistencia de utilidad

social en el caso en análisis. Por ello, entiendo que en la materia que debo resolver, la limitación de la voluntad de las partes no es absoluta, y procede, en el caso concreto, que el interés personal de los peticionantes en el ejercicio de su libertad se viabilice en la aceptación inicial de la acción entablada bajo la forma de la presentación conjunta. Por otra parte, es dable recordar que la posibilidad abierta desde la ley para intentar una demanda de divorcio contradictoria fundada en las causales del art. 202 del CCiv., lleva a pensar que más allá de aventar la posibilidad del divorcio intempestivo, el legislador parece haber querido aventar la posibilidad del consenso para el divorcio. Tal distinción no resulta aceptable en el caso, reitero, en el cual no hay otros intereses afectados. Por ello la intervención judicial, deberá permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, evitar la arbitrariedad y la desigualdad al no existir razón práctica, ni interés jurídico social en mantener la existencia formal de un matrimonio que no interesa a los cónyuges. Además, aceptar la petición de la presentación conjunta y dar curso al proceso, implica admitir la posibilidad jurídica de transitar un iter que podrá, oportunamente, dar encuadre jurídico a la situación de hecho y, contribuir a prevenir las dificultades e incertidumbres jurídicas que puede provocar la separación de hecho. Entiendo, entonces, que se encuentra refrendada con las normas de derecho constitucional mencionadas la exigencia de los tres años desde la celebración del matrimonio para la promoción de la demanda de divorcio por presentación conjunta, frente a la inexistencia de un derecho que pueda ser afectado por esa limitación de la libertad. Por el

contrario, la exigencia absoluta del requisito del lapso y la consecuente existencia de un término en el cual se impide la promoción del divorcio por presentación conjunta importa establecer la indisolubilidad temporal del matrimonio a espaldas de la voluntad de los cónyuges directamente afectados. En el ya mencionado caso "S., J. B. v. Z. de S., A. M. " del 27 de noviembre 1986, el Sr. Ministro Dr. Fayt señaló que entre los derechos amparados por el art. 33, CN se encuentra el derecho a la dignidad personal y hace a esta dignidad que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, lo que en la faz jurídica implica que la ley les reconozca, en tanto su satisfacción no viole los límites del art. 19 de la CN, es decir no ofendan el orden o la moral pública, ni perjudique a un tercero, de modo tal que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana. También en aquella oportunidad dijo el Magistrado citado que resulta una exigencia impuesta al juez en la decisión de las causas: conjugar los principios normativos con los elementos fácticos del caso y enfatizó que el consciente desconocimiento (de la referida conjugación de principios normativos y elementos fácticos) no se compadece con la misión de administrar justicia (Fallos 302:1611, Rev. LL 1981-C-68"; el remarcado es propio). "Entiendo que resuelta muy limitada la eficacia del derecho -que solo puede imponer obligaciones jurídicas- para evitar las rupturas matrimoniales. En efecto: "Los fracasos matrimoniales son un hecho doloroso que no desaparece porque se lo ignore. Son múltiples las causas por las que dos personas, que con vocación de permanencia han decidido unirse y aunar sus esfuerzos en la

búsqueda de una vida satisfactoria en lo afectivo compartiendo la ardua tarea de enfrentar los desafíos que la empresa entraña, pueden ver frustrado ese proyecto. El divorcio no puede prevenir todas esas causas ni conjurar sus efectos, sólo está a su alcance abrir la posibilidad de que dicho fracaso no sea definitivo para cada uno de los miembros de la pareja que no puede continuar unida. Pero, es obvio que los descalabros matrimoniales no pueden prohibirse por vía legal, ni crearse la imagen de que una tal interdicción pudiere eliminar todas las razones que lleva, en algunos períodos con mayor agudeza que en otros, a que se produzcan desuniones matrimoniales. Nadie continuaría razonablemente su convivencia con otra persona si no están dadas las condiciones de amor y proyectos comunes que la sustentan, diga lo que diga la ley" (del voto del Dr. Petracchi en autos "S., J. B. v. Z. de S., A. M. " del 27 de noviembre 1986)".

En definitiva, sostengo que disposiciones como la de marras violentan el derecho a la autonomía de la voluntad (art. 19 de la CN); a la libertad (arts. 3 DUDH, 1 DADH; 7.1 del Pacto de San José de Costa Rica; 9.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos); respeto a la vida privada (arts. 12 del DUDH, V DADH; 11.1 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 17. 1 y 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), máxime que no se afecta el orden público, la moral social o los derechos de terceros. Entiendo que la norma en cuestión no se ajusta a los nuevos paradigmas familiares –baste observar la cantidad de uniones de hecho o familias ensambladas que lejos están de ser captadas normativamente- y es “importante recordar que lo principal es el ser humano y sus

necesidades, y que el derecho es un medio para el logro de fines más elevados que la vigencia de la ley misma” (M. Culaciati, La distancia entre las relaciones afectivas y la ficción jurídica. Una mirada desde el derecho comparado, en Revista de Derecho de Familia n° 44, p. 222). “Y si bien no se me escapa que existe un interés social en preservar a la familia, no es correcto identificar familia con matrimonio, pues éste es sólo una de las formas –no la única- de manifestación de la familia” (idem, p. 223).

Asimismo, considero aplicable el criterio que sostiene que siempre debe realizarse una interpretación que favorezca la consecución de los derechos; esto es, acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer prerrogativas jurídicas, y a la inversa, ampararse en la norma o la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones a la vigencia de los derechos, como entiendo sucede en la especie. Es decir, actuar el principio pro homine. En ese orden, el precepto legal tachado de inconstitucional vulnera el derecho de los cónyuges a desarrollar el proyecto personal de vida, en el sentido de rehacer su vida afectiva, debiendo el Estado respetar su vida privada, ya que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada ni en la de su familia (arts. 17 PIDCyP; 11.1 del CADH y 12 del DUDH).

“La finalidad paternalista de la norma se convirtió en una *conditio sine qua non* para la promoción de la petición conjunta, y la hipocresía de esa ficción jurídica hace presumir que los cónyuges que interpongan la petición con carácter previo al cumplimiento del plazo previsto lo harán sobre la base de una decisión

irreflexiva e impulsiva, mientras que si lo hacen con posterioridad, llegarán a una reflexión madura y meditada, propia de personas adultas y capaces.” (M. Culaciati, opus cit. p. 222) Igualmente, “a pesar de los beneficios que conlleva la petición conjunta (más si hay hijos) el Código Civil sigue escondiendo en sus normas el prejuicio a la ruptura de común acuerdo, como si el matrimonio civil aún poseyera la indisolubilidad que otrora tenía, castigando el ánimo conciliador de los cónyuges y obligándolos a simular culpas o a mantener vínculos registrales carentes de contenido” (ídem).

La dualidad en su regulación legal entre divorcio- sanción y divorcio- remedio, en lo que se refiere a la inexistencia de plazo en el primero y la imposición de un plazo legal en el segundo, atenta contra la igualdad pues ante una misma situación fáctica –matrimonio irremediablemente quebrado- aborda de manera diferente a aquellos cónyuges que invocan causales subjetivas al no exigirles plazo legal de aquellos otros que invocan causales objetivas que les impone un plazo legal de tres años, en claro perjuicio de estos últimos. En consecuencia, la exigencia de los plazos instituida por los arts. 205 y 215 del Cód. Civ., así como la invocación de causas graves y el plazo de “reflexión” consagrado previsto en el art. 236 del mismo digesto, son inconstitucionales por cuanto vulneran el derecho a la igualdad y a la no discriminación (conf. N. Lloveras y S. Monjo, La inconstitucionalidad del art. 236 del Código Civil: Las causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y la segunda audiencia en el divorcio por presentación conjunta, Revista de Derecho de Familia, 2011-IV de diciembre de

2011, p. 298). En efecto, los plazos y exigencias del art. 236 del Código Civil son irrazonables ya que se obliga a los esposos en contra de su voluntad a “reflexionar” sobre una decisión que atañe exclusivamente a su proyecto de vida (ídem), y coarta el derecho al proyecto de vida autorreferencial, derecho que tiene como base la posibilidad de optar.

Por último, cabe expresar que opiniones como la presente no mitigan el instituto matrimonial, ni atentan contra el mismo como a priori pareciese, sino que al flexibilizar su eventual disolución y sacarlo de un molde rígido y antifuncional, se aventa eventuales temores e induce a asumir la concreción de la legalización del vínculo sin desconfianza.

III.- Bajo el prisma de las normas constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico (art. 31, CN) corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 215 y 236 del Cód. Civ.. “En efecto, sin alterar las facultades de cada uno de los poderes del Estado, “El control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera” (Fallos 211:162 - Rev. LL 51-255)” (voto cit.).

Por lo expuesto, corresponde en mi criterio declarar la inconstitucionalidad en el presente caso de los arts. 215 y 236 del Cod. Civ. en tanto se establece el

término de tres años desde la celebración del matrimonio, como requisito de procedencia para la demanda de divorcio por presentación conjunta, y la celebración de audiencias a esos efectos (arts. 19, 31, 33, 75, inc. 22 CN; 1, 5, 6 y 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3, 12, 29, 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1, 7, 11 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

IV.- Por todo ello, propugno que el recurso incoado deba ser admitido y en consecuencia corresponda revocar el fallo puesto en crisis, con costas por su orden atento la falta de contradictor (arts. 11 y 15 de la CP; 18, 19, 31, 33, 75, inc. 22 de la CN; 1, 5, 6 y 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3, 8, 12, 29, 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1, 8, 7, 11, 25 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 68, 71, 163, 164, 242, 260, 272 del CPCC).

VOTO POR LA NEGATIVA.-

LAS SEÑORAS JUEZAS DOCTORAS DABADIE Y CANALE ADHIRIERON AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL DOCTOR HANKOVITS DIJO:

En atención al Acuerdo arribado al votar la cuestión precedente, corresponde admitir el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia revocar el fallo puesto en crisis, con costas por su orden atento la falta de contradictor (arts. 11 y 15 de la CP; 18, 19, 31, 33, 75, inc. 22 de la CN; 1, 5, 6 y 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3, 8, 12, 29, 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1, 8, 7, 11, 25 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 68, 71, 163, 164, 242, 260, 272 del CPCC).

ASI LO VOTO.-

LAS SEÑORAS JUEZAS DOCTORAS DABADIE Y CANALE ADHIRIERON AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

CON LO QUE TERMINO EL PRESENTE ACUERDO, DICTANDOSE LA SIGUIENTE

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos al votar en el Acuerdo que antecede, los que se tienen aquí por reproducidos, se admite el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia se revoca el fallo puesto en crisis, con costas por su orden atento la falta de contradictor (arts. 11 y 15 de la CP; 18, 19, 31, 33, 75, inc. 22 de la CN; 1, 5, 6 y 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3, 8, 12, 29, 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;

1, 8, 7, 11, 25 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 68, 71, 163, 164, 242, 260, 272 del CPCC).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.-

MARIA R. DABADIE

SILVANA REGINA CANALE

FRANCISCO AGUSTIN HANKOVITS

Sebastián Palomino

Auxiliar-Letrado

