

Causa nº: 2-56149-2011

"Z. S. S. C/P. E. H. S/ DIVORCIO VINCULAR. "
JUZGADO DE FAMILIA Nº 1 - TANDIL

Sentencia Registro nº: 42 Folio:

En la ciudad de Azul, a los 5 días del mes de Junio del año Dos Mil Doce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Jorge Mario Galdós, Víctor Mario Peralta Reyes y María Inés Longobardi, para dictar sentencia en los autos caratulados **"Z. S. S. C/ P. E. H. S/ DIVORCIO CONTRADICTORIO"** (**Causa Nº 56149**), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Dr. GALDÓS – Dr. PERALTA REYES – Dra. LONGOBARDI.**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

1era. ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 78/81 vta.?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez **Dr. GALDÓS**, dijo:

I. El 2 de Noviembre de 2009 S. S. Z. promovió demanda de divorcio vincular contra su esposo E. H. P. con fundamento en los arts. 204 y 214

in 2º del Código Civil, aduciendo que se encuentran separados de hecho desde aproximadamente el mes de Febrero de 2006 (conf. fs. 15 vta.). Agregó que ya en el año 1996 estuvieron separados (e incluso promovieron el juicio de divorcio) aunque luego reanudaron la convivencia hasta la fecha de la separación definitiva, y que el 29 de Septiembre de 2009 el esposo protagonizó un incidente en su domicilio. Arguye que transcurrió el plazo de tres años que requiere la ley para decretar el divorcio por la separación de hecho sin voluntad de unirse. Esa pretensión fue resistida por el marido quién negó la separación, aunque adujo que en la fecha indicada del año 2009 la esposa le impidió ingresar al domicilio.

A fs. 49 se celebró una audiencia de conciliación la que no tuvo resultado positivo, llamándose a autos para sentencia sin haberse producido prueba, salvo la de informes sobre la existencia del juicio anterior entre los esposos y que concluyó con la reconciliación de ambos (fs. 50/61).

A fs. 78/ 81 se dictó la sentencia que hizo lugar a la demanda y decretó el divorcio vincular de S. S. Z. y E. H. P. por encontrarse separados de hecho, en los términos de los arts. 204, primer párrafo, 214, 217, 218, 357 y conchs. del Código Civil, disponiendo la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al 9 de Febrero de 2010; también impuso las costas por su orden y reguló los honorarios de los letrados intervinientes.

Para arribar a esa solución –es decir el divorcio vincular de los esposos- la Sra. Juez “a quo” previamente decretó de oficio la inconstitucionalidad del art. 214 inc. 2º Cód.Civ. en cuanto fija un plazo mínimo de tres años en el matrimonio para solicitar el divorcio vincular. Partió de la base de que ambos presentantes reconocieron que están separados, alegando la esposa que desde el

mes de Febrero de 2006, mientras que P. manifestó que la fecha de separación fue en Septiembre de 2009. Con ese antecedente, y dada la expresa y clara intención y voluntad de la Sra. Z., no cabe dudas que se ha perdido la “*affectio maritalis*”, situación que exige una respuesta realista y humanista que conduce a considerar arbitrario y carente de sentido común el plazo de tres años previsto en el citado art. 214 inc. 2do Código Civil como plazo mínimo de separación de hecho sin voluntad de unirse. Sostiene que debe prevalecer la autodeterminación y la libertad, dada la manifestación de voluntad de la actora (que es una persona mayor de edad y con discernimiento y con larga experiencia conyugal) a la luz de los derechos constitucionales y los emergentes de los Tratados Internacionales que cita con detalle, y que son operativos-. También tuvo en cuenta que no es factible ejercer fuerza o presión a ninguna persona para mantener una relación personal e íntima por lo que basta la voluntad de uno solo para requerir el referido divorcio. Afirma que “no duda que el matrimonio goza de la naturaleza jurídica de la institución, pero tácitamente conforman ambos cónyuges, voluntariamente, una comunidad de vida. Es impensable el sostenimiento del matrimonio, como comunidad de vida por la sola voluntad o deseo de uno de los integrantes. Sujetar la disrupción del matrimonio aún cuando se constata la pérdida de la “*affectio maritalis*” a un plazo perentorio, es generar durante el tiempo de cumplimiento del plazo, una ficción jurídica. Ante la ley serán lo que ante la vida ya no son”. (sic, fs. 80). Acota que desde la índole normológica, fáctica y axiológica del conflicto la exigencia formal del plazo de tres años no puede ser un obstáculo para la vigencia de los derechos constitucionales y supraleales de la actora, coartando su libertad de elección de vida y su autodeterminación. Por todo ello declaró de oficio la

inconstitucionalidad de la referida norma, el art. 214 inc. 2do del Código Civil, por resultar contraria a los arts. 19, 28, de la Constitución Nacional Argentina; arts. 3 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 17 inc. 1 y 2, art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; todos ellos instrumentos supranacionales integrantes del denominado Bloque Federal Constitucional (fs. 80 vta.). Dado que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad, destacó que “la inconsistencia, incoherencia e incompatibilidad entre la norma jurídica del art. 214 inc. 2 del Código Civil y las cláusulas constitucionales indicadas generan una tensión que urge armonizar ponderando los valores y principios en juego, debiendo priorizar los derechos humanos de libertad y autodeterminación del individuo” (sic, fs. 80 vta.). Citó jurisprudencia concordante y finalmente argumentó que la protección de los derechos humanos, a la libertad, autodeterminación, intimidad y privacidad no corresponden sólo a la pareja matrimonial sino también a cada uno de los cónyuges y que respetar las convicciones personales para divorciarse no afecta el orden público ya que debe prevalecer la autodeterminación personal.

Contra ese pronunciamiento apeló el demandado a fs. 28 quien expresó agravios a fs. 109/115, los que no fueron contestados según da cuenta el informe de la Actuaría de fs. 117.

A fs. 119/121 vta. el Fiscal General dictaminó que la sentencia debe revocarse porque admitir la posibilidad de decretar el divorcio vincular por la sola voluntad y declaración de uno de los cónyuges quiebra el sistema legal, lo que no está permitido y favorece la omisión de la actora de producir la prueba que

avale sus dichos. Además, la señora Z. se sometió al régimen matrimonial al presentarse judicialmente pidiendo el divorcio con fundamento en el art. 214 inc. 2do del Código Civil, y el fallo está aceptando implícitamente que en lo sucesivo se decrete el divorcio por la mera concurrencia al Registro Civil efectuando sólo un trámite administrativo, como se desprende del alcance que se le otorga al derecho a la autodeterminación. Por lo demás, el sistema procesal de familia contiene etapas que procuran la reconciliación y se cuenta con la colaboración de personal especializado. Agrega que la sentencia omite mencionar las normas conculcadas y más adelante formula distinciones acerca de la libertad individual, porque la afectación de la porción de libertad que sufre una persona con su deseo de no mantenerse casado se confronta con la porción de libertad del otro esposo. Y ello conduce a impedir el ejercicio absoluto del derecho individual y a la autodeterminación. Luego de otras consideraciones hace hincapié en que no se produjo prueba y que ese Ministerio Público no intervino anteriormente.

El agravio de fs. 109/115 de P. cuestiona el fallo porque la actora no probó la separación de hecho alegada desde el año 2006 y no produjo prueba. Afirma que debió rechazarse la demanda por la falta de demostración del tiempo del cese de la convivencia, conforme lo prevé el art. 214 inc. 2do del Código Civil. Alega que la declaración judicial de inconstitucionalidad lo tomó por sorpresa, que es evidente que la Sra. Jueza tuvo por no acreditado el tiempo de separación y que, por consiguiente, no se cumplieron los tres años del cese de la convivencia ya que de lo contrario no hubiera considerado ilegítimo ese plazo de tres años. Cuestiona la interpretación sobre los alcances de los derechos constitucionales, analiza los textos citados en la sentencia y expresa que otra normativa, también

de igual jerarquía, protege a la familia y establece el derecho fundamental a su protección (art. 23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 17 Convención Americana de los Derechos del Hombre). Además, los derechos a la autodeterminación y a la libertad no son absolutos y el plazo mínimo de tres años no es arbitrario ni inconstitucional ni constituye una reglamentación abusiva del derecho a separarse porque el legislador lo impuso para evitar decisiones apresuradas o impulsivas. Prosigue afirmando que es equivocado argumentar que la actora Z. podía adoptar esa decisión con madurez porque ya en 1996 promovió otro juicio y luego se rectificó, retomando la convivencia. Agrega que no media colisión de derechos porque es prioritario y superior el que tutela al matrimonio y a la familia, y que fija un plazo mínimo de separación de hecho sin voluntad de unirse para divorciarse. Formula otras consideraciones sobre la razonabilidad de ese plazo, y hace hincapié en que la actuación de un esposo puede afectar al otro cónyuge pero también a la familia, por lo que el legislador fijó plazos mínimos para llegar a esa decisión extrema.

Cumplidos luego los pasos procesales de rigor, el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto (fs. 122 y 123).

II. 1. Anticipo opinión en el sentido de que el agravio no puede prosperar y –apartándome del dictamen fiscal- entiendo que debe confirmarse la sentencia que, para este caso, decretó la inconstitucionalidad del art. 214 inc. 2do Código Civil con fundamento en la arbitrariedad e irrazonabilidad de la exigencia legal de supeditar el divorcio por separación de hecho sin voluntad de unirse al plazo mínimo de tres años y a la manifestación de voluntad conjunta.

2. Se arriba a esa conclusión a partir del emplazamiento jurídico de la cuestión en debate, o sea la razonabilidad y legitimidad de los requisitos exigidos para reclamar el divorcio vincular por separación de hecho previstos por el art. 214 inc. 2do. del Código Civil, en el marco de la denominada constitucionalización del derecho civil y especialmente de la constitucionalización del derecho de familia (Kemelmajer de Carlucci Aída Sup. Corte de Mendoza Sala 1ª, 13/05/2002 "Atuel Fideicomisos S.A. v. Ábrego J.C.", Lexis N° 30010716 y JA 1993-IV-676 ; esta Sala Causa N° 42882 , 28/8/2001 "Leveroni, Virginia Gladys c/a. Olazábal, Ramón Darío y otros s/ Cobro Ejecutivo"). En efecto, y especialmente a partir de las reformas de 1994 a la Constitución Nacional y a la de la Provincia de Buenos Aires, se hace hincapié en la operatividad de las normas constitucionales y de las normas de los Tratados de Derechos Humanos que revisten esa misma jerarquía (arts. 19 y 75 inc.22 Const. Nacional), lo que significa que los derechos y garantías que consagran rigen de manera directa e inmediata y sin necesidad de la previa mediación de las normas infraconstitucionales. La Corte Suprema, en reconocido "leading case", sostuvo que "una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso" (CS, 7/7/92, "Ekmekjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", Fallos 315:1492, LL 1992-C-543.). Más recientemente en la causa "Halabi" subrayó que "donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; ... pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para

la vigencia efectiva de dichas garantías (C.S., 24/2/2009, "Halabi" , Fallos 332:111 en reenvío a la doctrina de Fallos 239:459; C.S. 27/12/1957, "Siri Angel", JA 1958-II-478, Fallos 241:291 y fallos 315:1492). Desde esta perspectiva se añade que el fenómeno de la constitucionalización desplazó el centro de gravedad del orden jurídico: "en el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial; a partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental. Hoy debe hablarse del principio de constitucionalidad porque la Constitución no es ya más un Derecho de preámbulo ni otro de índole política, sino que verdadero Derecho" (Favores, Louis Joseph, "La constitucionalización del derecho", Revista de Derecho, Vol. XII, pág. 31/43). Se sostiene que "la Constitución es la fuente normativa capaz de dar fundamento y justificación al equilibrio de intereses que es imprescindible al momento de emprender una reconstrucción teórica del sistema". (Corsario Luigi, "Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema Italiano" en AAVV "Estudios sobre la Responsabilidad Civil" pág. 186). "Se han positivado los derechos fundamentales – añade otro autor- al tiempo que asistimos a la constitucionalización del derecho civil y, viceversa, a una notable influencia del derecho privado sobre el derecho constitucional", "mediante una vinculación hermenéutica de instrumentos propios del Derecho privado (como el orden público, la causa, la buena fe, o el daño injusto) con los valores constitucionalmente reconocidos por el ordenamiento" (De Lorenzo Miguel F., "El péndulo de la autonomía de la voluntad", en "Derecho Privado. Libro Homenaje al Dr. Alberto J. Bueres", pág. 47). Sólo con la finalidad de enfatizar el significado de la referida constitucionalización del derecho de familia, destaco que "la creación de las normas de Derecho Privado debe estar enderezada a hacer eficaces los

principios estructurales de la Constitución (sistema de vida democrático, forma republicana de gobierno, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y solidaridad) y en la interpretación debe tenerse en cuenta la interacción de las normas constitucionales e infraconstitucionales sin que ello implique sustituir el sistema jurídico privado por los principios constitucionales...” (Rivera Julio C. “El Derecho Privado Constitucional” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro. 7, “Derecho Privado en la reforma constitucional”, pág. 52). Explica Alterini que en el Derecho Civil Constitucional o Derecho Privado Constitucional las reglas constitucionales y las supranacionales “componen el sistema jurídico por dos caminos”, si se considera que son directamente operativas, sea por mandato normativo, sea por una actitud proactiva de los tribunales (como cuando la Corte Suprema de la Nación -conforme el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional- requirió “medidas de acción positiva” para garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos” por ella o, en todo caso, por otra vía, si se considera que la reglas de la Constitución Nacional, de los Tratados de Derechos Humanos y de los Tratados de Integración tienen carácter de principios generales vinculantes” (Alterini, Atilio Aníbal, “Respuestas ante las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces”, L.L. 2007-F-1338). Y aquí se pone de manifiesto la incidencia concreta de este marco teórico ya que “los principios constitucionales de carácter operativo – agrega Piaggio- siempre servirán para abrir válvulas de escape frente a rigideces normativas del Código, como ha ocurrido en nuestro país (daño ambiental, raigambre constitucional del derecho a la reparación, tutela de la dignidad humana, protección de la libertad de prensa, límites constitucionales del derecho de daños, indexación, derecho o réplica) o para tener

a raya algunas previsiones del Código Civil que puedan no superar el test de constitucionalidad". Bidart. Campos postula que "a la letra de la Constitución se la vivifique con una judiciabilidad dinámica, capaz de interpretar las normas que hay y de integrar los vacíos producidos por lo que hay, todo a favor de un estado social y democrático de derecho" (Bidart Campos Germán J. "Lo viejo y lo nuevo en el Derecho a la salud": entre 1853 y 2003", L.L. 2003-C-1235).

De este modo la incompatibilidad de normas de distinta jerarquía se resuelve confiriendo primacía a la superior, la que desplaza a la inferior que la contradice. Juega aquí el análisis de la compatibilidad constitucional; es decir se coteja la norma impugnada con la superior (que no es un juicio de ponderación de principios sino de confronto de reglas y mandatos de diferente emplazamiento jerárquico) y el resultado consiste en un razonamiento argumentativo que resuelve si media -o no- adecuación de la norma inferior al bloque de legalidad superior. En efecto, y si bien "el juicio de ponderación constituye una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley" (CS, 22/04/2008, "Ledesma, María Leonor c/Metrovías S.A.", Fallos: 331:819; R.C.y S. 2008, 860; LL 2008-C, 562; CS, 09/03/10, "U.M.H. c. Transportes Metropolitanos General Roca", Fallos 333:203.), el test de constitucionalidad también requiere de la comparación en concreto entre la norma constitucional y la legal a fin de determinar su adecuación (Saux, Edgardo I. "Conflicto entre derechos fundamentales" L.L. 2004-B, 1071; Lorenzetti, Ricardo L. "Fundamento constitucional de la reparación de los daños" L.L. 2003-C, 1184).

3. La traslación al caso de estas bases conceptuales conduce a comparar las reglas y normas de la Constitución con el art. 214 inc. 2 del Código

Civil que establece como requisito para la obtención del divorcio vincular por la separación de hecho un plazo mínimo de tres años sin voluntad de unirse y la manifestación expresa de ambos cónyuges. Y se concluye en la inconstitucionalidad de esa reglamentación legal del divorcio vincular (el citado art. 214 inc. 2 Cód.Civ.) porque supeditar la pretensión a la mencionada antigüedad en el matrimonio y a la voluntad conjunta de ambos comporta una irrazonable regulación de la autonomía de la voluntad, del derecho a la autodeterminación, a la libertad y a la intimidad.

Este meollo argumental no consiste en una declaración judicial genérica y abstracta sino que atiende a las circunstancias del caso. Los esposos Z. y P. están separados de hecho desde el año 2009, como resulta de las concordantes manifestaciones de ambos (conf. admisión procesal del demandado a fs. 37, 37 vta. y 38; arts. 384 y 354 C.P.C.); fracasaron las dos audiencias de conciliación convocadas en Primera Instancia y a las que concurrieron ambos (fs. 20 y 49); en el año 1996 existió una desavenencia anterior que terminó con la reconciliación del matrimonio en sede judicial (conf. fs. 37 vta, contestación fs. 59/61); no existe disputas respecto de los hijos, los que todos –salvo uno- son mayores de edad (fs.22 vta. y fs.36/40 vta.; art. 354 C.P.C.) y, lo que es esencial y no puede ser soslayado, desde la fecha de separación de hecho (Febrero de 2009) a la actualidad subsiste la clara, inequívoca e indubitable manifestación unilateral de la esposa de divorciarse, por lo que deviene inoperante y carente de posibles efectos la mera y persistente manifestación del demandado de que debe desestimarse la demanda. Esta postura, coincidente con la del Ministerio Público, es disvaliosa –fáctica y jurídicamente- porque ambos cónyuges ya fracasaron en

dos oportunidades en sede judicial cuando a fs. 20 y a fs. 49 no pudieron conciliar sus desavenencias. Ello denota no sólo la real y concreta voluntad de la esposa sino además la cierta e insuperable imposibilidad de que subsista el vínculo matrimonial con los caracteres de fidelidad, asistencia y convivencia en la casa común (arts. 198, 199, 200 y concs. Cód.Civ.). Este matrimonio perdió los atributos del estado conyugal: comunidad de vida (habitación, lecho y techo), fidelidad y posesión de estado. En este contexto, el plazo fijado en los arts. 204 y 214 inc. 2 que exige tres años, como mínimo, desde la separación de hecho y la voluntad conjunta de ambos esposos de que no pueden reconciliarse, conculca los derechos de la actora a la libre autodeterminación e intimidad, a la igualdad y no discriminación y a la elección del proyecto de vida individual y familiar (arts. 14, 16, 19, 75 inc. 22 y concs. Const. Nac.). Se “lesiona el principio de autonomía, al fijar un proyecto de vida aparente del que no se es partidario (arts. 19, 14, 14 bis, 16, 18, 20, 32 y 33 de la Const. Nacional)” (S.C.B.A. doct. C 97295, 21/03/2012 “N., M. s/ Adopción plena”). Además impone una realidad coexistencial de subsistencia del deber de fidelidad (arts. 198 y 199 Cód. Civ.) incompatible con la libre elección afectiva y sexual cuando ya cesaron irremediabilmente los fundamentos vivenciales que dieron sustento al matrimonio. Conforme el detalle efectuado por un tribunal los derechos con rango constitucional que favorecen y defienden la autonomía de los cónyuges son los siguientes: 1) Derecho a la libertad: arts.3 Declaración Universal de Derechos Humanos; I Declaración Americana de Derechos Humanos; 7.1 Pacto de San José de Costa Rica; 9.1 Pacto de Derechos Civiles y Políticos; 2) Libertad de asociación: arts. 20 Declaración Universal de Derechos Humanos; XXII Declaración Americana de Derechos Humanos; 16

Pacto de San José de Costa Rica; 22.1 Pacto de Derechos Civiles y Políticos; 3) Respeto a la vida privada: art.12 Declaración Universal de Derechos Humanos; 11.1 Pacto de San José de Costa Rica; art. 17 Pacto de Derechos Civiles; 4) Los derechos del hombre y su alcance, esto es, el límite del límite: arts.29.2 Declaración Universal de Derechos Humanos; XXVIII Declaración Americana de Derechos Humanos; 32.2 Pacto de San José de Costa Rica; 12.3 Pacto de Derechos Civiles; 4 Pacto de Derechos Económicos; 5) Proyecto de vida personal que apunta al desarrollo de la persona humana.” (Trib. Col. Familia Rosario, 14/11/2006 “M., D.G. c/ G., F.A.”, en Derecho de Familia, T.2011-VI, pág.297; en el mismo sentido Lloveras Nora y Monjo Sebastián “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” en Derecho de Familia, T. 2011-VI,pág. 292).

Cabe recordar que dentro del ideario del liberalismo político de la Constitución de 1853 se sindicaron la privacidad (art. 19), la propiedad (art. 17), la libertad de testar y casarse (art. 20) y sobre esa base impactó la reforma del año 1994 (Rivera Julio César, “Instituciones de Derecho Civil”. Parte General, p. 19/21). La Constitución reconoce, en palabras de la Corte Nacional, al “hombre como eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respeto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (C.S., 6/4/93, “Bahamondez Marcelo s/medida cautelar” Fallos 316:479 y LL 1993-D-127). La primacía de la autodeterminación individual, que aquí no está en pugna ni con el

bienestar general ni con el orden público, fue reconocida como valor fundamental por la Corte Nacional en reiteradas oportunidades. Así decidió que “la protección de un valor rector como la dignidad humana implica que la ley reconozca, en tanto no ofenda el orden y la moral pública, ni perjudique a un tercero, un ámbito íntimo e infranqueable de libertad, de modo tal que pueda conducir a la realización personal, posibilidad que es requisito de una sociedad sana” (C.S., 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c/ Inspección General de Justicia”, dejando sin efecto la doctrina anterior de Fallos 314:1531, C.S., 22/11/1991, “Comunidad Homosexual Argentina”). Se añadió allí que “la protección del ámbito de privacidad, resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno”.

Para fortalecer mi conclusión sobre la cuestión planteada reparo en la irrazonabilidad de disponer la subsistencia del matrimonio (solicitada por el esposo y el Ministerio Público) pese a la quiebra de la convivencia desde el año 2009 y por consiguiente de la ausencia de hogar común, a la clara voluntad de la esposa de divorciarse y al fracaso de las dos audiencias de conciliación. Frente a este cuadro fáctico la respuesta jurisdiccional debe ser la remoción del irrazonable obstáculo legal: la fijación del plazo de tres años y la voluntad común de ambos de divorciarse. Es oportuno recordar lo decidido en antiguo precedente por la Corte Nacional que resolvió que en la interpretación constitucional se debe optar por un resultado que contemple: las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados

concretos jurídicamente valiosos (CS., 6/11/1980, "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización" (Fallos 202:1293). En el caso en debate procede sin dudas acudir con realismo al estado actual de este matrimonio que, con palabras del Juez Pettigiani, en caso reciente supone advertir que "lo que hace al matrimonio tal no son precisamente los formalismos legales, sino el real y natural contenido de la intención... de unirse" (Viladrich, Pedro Juan "Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio", Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, p.120), "existiendo 'una primacía de lo natural sobre lo legal' que hay que destacar, so pena, en caso de así no hacerlo, de incurrir en un flagrante trastocamiento de la naturaleza por parte del derecho, con el consiguiente divorcio de la realidad, y su consecuente inutilidad para captar y regular fenómenos sociales, lo que lo priva de sustento, porque aparece desprovisto de la vitalidad y el sentimiento inmanente de justicia que lo caracterizan, al desconocerse total trascendencia a una situación ingénitamente – ya que no ritualmente- idéntica a otra a la que sí se le acuerda" (S.C.B.A. C 97295, 21/03/2012 "N., M. s/ Adopción plena").

En palabras del Juez de Lázzari "ejercer el control de constitucionalidad importa un análisis de la norma enjuiciada para determinar su correspondencia con el texto fundamental" (S.C.B.A. Ac.68418,15/04/09 "Asenjo Daniel c/Dirección General de Cultura y Educación. Provincia de Buenos Aires s/ Proceso sumario de ilegitimidad").

Es ilógico obligar a un esposo a mantenerse casado porque el art. 214 Cód. Civil dispone que la manifestación de voluntad del cese de la convivencia debe ser conjunta. Tal como lo decidió la sentencia recurrida, y con

palabras ajenas, “imaginar que por la circunstancia de que uno de los esposos no tenga la voluntad de separarse se mantenga la plena comunidad de vida es absurdo; sería tanto como amparar una ficción legal cuando, en los hechos y en la realidad, ese matrimonio ya se halla desintegrado. Y ello no se modifica, por más que uno de ellos mantenga su voluntad de estar unido” (Solari, Néstor E. “El requisito de la voluntad en la causal de divorcio por separación de hecho” en Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, Marzo 2012, pág. 19; en el mismo sentido Fama, María Victoria “Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio” en Revista de Derecho de Familia N°44, pág.12; Zannoni Eduardo “El juicio de divorcio por causa de separación de hecho anterior de los cónyuges”).

No se puede obligar a alguien a seguir casado en contra de su voluntad (art. 20 Const. Nac.), poniendo a la Sra. Z. en peor situación (mantenerse compelida al matrimonio y a sus consiguientes deberes) que la que tendría si hubiere incurrido en causales subjetivas y culpables de divorcio (arts. 202 y 214 Cód.Civ.). Dice Famá, citando a Lloveras y a Salomón, que “el derecho matrimonial argentino no impone a aquellos que desean ‘ingresar’ al matrimonio ningún ‘plazo de reflexión’, no les exige una ‘espera y meditación’ sobre las consecuencias jurídicas del acto al que se someterán”. Y agrega que resulta conculcatorio de la igualdad “que no se exigen plazos para el divorcio por causales culpables, de modo que si no hay diferencias constitutivas entre las situaciones contempladas –matrimonios cuya unión ha quebrado-, no hay por qué discriminar a la hora de reglamentar el ‘divorcio remedio’ y el ‘divorcio sanción’ con un distinto tratamiento legislativo en lo respectivo al requisito de los plazos” (Famá María

Victoria “Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio” en Revista de Derecho de Familia N°44 pág.1).

4. El art. 20 de la Constitución Nacional, al igual que el 14, consagra el derecho a casarse tanto para extranjeros como para argentinos (Ekmerkdjian, Miguel Ángel “Tratado de Derecho Constitucional”, T. II pág. 535). Se afirma que “el art. 20 configura junto con el art. 25 y con el Preámbulo de la Constitución Nacional, el entramado normativo que acoge la idea de “contrato social abierto” (Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada” T. I pág. 372). Refiriéndose al citado art. 20, dice Bidart Campos que “su titular o sujeto activo es siempre y necesariamente la persona física. El sujeto pasivo fundamental es el Estado y también los demás hombres en cuanto no pueden impedir que una persona se case, ni obligarla a hacerlo” (Bidart Campos, Germán, “Manual de la Constitución Reformada” T.II pág. 77). Y acota Badeni en consideraciones de marcado significado que “la razonabilidad de las regulaciones legales, en función de los valores dominantes en la sociedad, debe ser ponderada por los jueces... Considerando que la razonabilidad debe estar presidida por la idea de libertad con los contrayentes, los jueces pueden declarar la invalidez constitucional de las regulaciones del matrimonio civil si ellas no se compadecen con el dinamismo de la idea social dominante” (Badeni, Gregorio “Tratado de Derecho Constitucional” T. I pág.556). El derecho constitucional de todos los habitantes de casarse o no casarse “conforme a las leyes” (arts. 14 y 20 Const.Nac.) conlleva, por añadidura, el derecho a no permanecer casado cuando, también “conforme a las leyes”, se produjo la ruptura definitiva e irremediable del matrimonio quebrando la comunidad de vida de los esposos. Casarse y formar su

familia es un derecho de los hombres y mujeres, “mediante el libre y pleno consentimiento” (art. 16 Declaración Universal de los Derechos Humanos) y las condiciones requeridas por las leyes internas “no deben afectar el principio de no discriminación (art. 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Constituye un derecho civil “el derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge” (art. 5 inc. IV Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial”) en el marco de la igualdad de hombres y mujeres y particularmente en la eliminación de toda discriminación contra la mujer (art. 16 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”.

Lo precedentemente expuesto confiere sólido andamiaje a la descalificación constitucional de la norma impugnada (arts. 204 y 214 inc. 2 Cód. Civ.) que, en las condiciones analizadas de estos autos y de seguirse el temperamento del Ministerio Público y del demandado, impondrían a la Sra. Z. la obligación de mantener vigente el vínculo matrimonial: es decir se le obligaría – irrazonablemente- a requerir siendo la esposa de P. hasta que se tramite y resuelva otro juicio de divorcio contencioso o transcurra en pocos meses el plazo que prevé la norma impugnada.

5. Por lo expuesto es pertinente sistematizar los argumentos nucleares desarrollados en varios precedentes que se pronunciaron en el sentido propuesto, pese a que muchos de esos antecedentes se virtieron en el supuesto de presentación conjunta. De modo que, siendo igualmente de aplicación al caso en examen, corresponde enfatizar que:

- “La previsión de un tiempo mínimo desde la celebración del matrimonio para plantear la separación personal o el divorcio vincular se explica porque sin la madurez o reflexión necesarias, cualquier matrimonio joven puede, sin más recurrir al tribunal solicitando la separación (Eduardo A. Zannoni, “Derecho de Familia”, T. II, pág. 131), o para que no se apresuren ante las primeras desavenencias conyugales (Francisco A. M. Ferrer, “El divorcio por presentación conjunta” pág.30). No hay uniformidad en las legislaciones extranjeras sobre el tiempo de cese de la cohabitación exigible para solicitar el divorcio y se fundan en que si los esposos han llevado cada uno su vida por separado durante un período de tiempo dado indica de un modo bastante convincente que su matrimonio se salda con un fracaso irremediable” (Enrique Fosar Benlloch “Estudios de Derecho de Familia”, T.II Vol. I pág. 202; cit. Tribunal Colegiado de Familia N°5 de Rosario, 14/11/2006 “M., D.G. c/ G., F.A. s/ Divorcio”, elDial.com – AA3481). La inequívoca voluntad de la esposa, en los términos del art. 897 Cód. Civil, revela palmariamente la sensatez, razonabilidad y racionalidad de la interpretación dada, además de su indiscutible sustento normativo.

- “No existe 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” (Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 2 de Mar del Plata, 3/9/2008 “M., M.G.).

- “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” (Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 2 de Mar del Plata, 3/9/2008 “M., M.G.”; en el mismo sentido Cám. Civ. y Com. Dolores, 10/04/12 “Gutiérrez Enrique y otro s/Divorcio; Trib. Colegiado de Instancia Única del Fuero Familia N°2 de La Plata, 16/07/2010 “S. L. y otros s/Separación Personal”).

No cabe dudas que debe enfatizarse la tutela del matrimonio. En caso reciente, la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma en el marco del derecho de familia, y allí el Juez de Lázzari recordó que “el matrimonio, como una de las formas de constituir la familia, cuenta con reconocimiento expreso en los tratados: arts. 16 primer párrafo de la Declaración Universal de Derechos humanos, 10, primer párrafo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 23, segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos; 17, segundo párrafo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 16, primer párrafo, incs. a, b y c de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. En el art. 6 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre se afirma que toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (con similar redacción conf. arts. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 16.1 de la Convención

sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer)” (S.C.B.A. C 97295, 21/03/2012 “N., M. s/ Adopción plena”). Empero, del cotejo de ese mismo derecho con los restantes, de igual grado y jerarquía (a la libertad, autodeterminación e igualdad) se arriba necesariamente a la conclusión de que la norma es irrazonable.

Además, el derecho a casarse o no casarse comprende también el consiguiente derecho a no permanecer casado cuando desaparecieron las causales personales y conyugales que dieron origen al proyecto de vida en común.

Es por todo ello que, con fundamento en los arts. 14, 16, 17, 19, 20 y 75 inc.22 de Constitución Nacional; 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; 9 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, propicio confirmar la sentencia apelada que declara la inconstitucionalidad en el presente caso del art 214 inc. 2 del Cod. Civ. en tanto establece como requisito para la procedencia de la declaración el divorcio vincular de los cónyuges, el plazo mínimo de tres años de separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse.

Las costas deben ser impuestas en la Alzada en el orden causado, atento la naturaleza de la cuestión planteada y el resultado del litigio (art. 68 C.P.C.).

Así lo voto.-

A la misma cuestión, los Señores Jueces, Dres. **PERALTA REYES** y **LONGOBARDI** y por los mismos argumentos votaron en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Doctor **GALDOS**, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts.266, 267 y conchs. del C.P.C.C., corresponde confirmar la sentencia apelada de fs.78/81vta., en lo que ha sido materia de agravio (fs.81, punto 1), que declara la inconstitucionalidad del plazo de tres años exigido por el art. 214 inc. 2do. del Cód. Civ.. Las costas de Alzada se imponen en el orden causado, atento la naturaleza de la cuestión planteada y el resultado del litigio (art. 68 C.P.C.). Difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 8904).

Así lo voto.-

A la misma cuestión, los Señores Jueces, Dres. **PERALTA REYES** y **LONGOBARDI** y por los mismos argumentos votaron en idéntico sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, 5 de Junio de 2012. -

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del C.P.C.C., se resuelve: confirmar la sentencia apelada de fs.78/81vta., en lo que ha sido materia de agravio (fs.81, punto 1), que declara la inconstitucionalidad del plazo de tres años exigido por el art. 214 inc. 2do. del Cód. Civ.. Las costas de alzada se imponen en el orden causado, atento la naturaleza de la cuestión planteada y el resultado del litigio (art. 68 C.P.C.). **Difiérese** la regulación de honorarios para su oportunidad. **Regístrese. Notifíquese** por Secretaría y devuélvase. Fdo.: Dr.Jorge Mario Galdós – Presidente – Cámara Civil y Comercial – Sala II – Dr.Víctor Mario Peralta Reyes - Juez - Cámara Civil y Comercial – Sala II – Dra.María Inés Longobardi – Juez - Cámara Civil y Comercial – Sala II – Ante mí: Dr. Pedro Eugenio Ribet – Auxiliar Letrado – Cámara Civil y Comercial – Sala II.-----