

%07Dè!Hèu0U[Š

Causa Nº: 2-56808-2012

"T., R.M. C/ G., J.M. S/ DIVORCIO CONTRADICTORIO "

JUZGADO DE FAMILIA Nº 1 - TANDIL

Sentencia Registro nº: 27 Folio:

En la ciudad de Azul, a los 9 días del mes de Abril del año Dos Mil Trece reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Víctor Mario Peralta Reyes, María Inés Longobardi y Jorge Mario Galdós, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"T., R.M. C/ G., J.M. S/ DIVORCIO CONTRADICTORIO" (Causa Nº56.808)**, 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 - Dra. LONGOBARDI - Dr. PERALTA REYES.**

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

-CUESTIONES-

1ª. ¿Es justa la sentencia de fs. 95/ 98?

2ª. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

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

I. R.M. T. interpuso demanda de divorcio contradictorio contra su esposo J.M. G. a quien atribuyó haber incurrido en las causales subjetivas de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal, previstas en el art. 202 incs. 4 y 5 del Código Civil. Fracasada la audiencia de conciliación ordenada, al contestar la demanda el accionado resistió la pretensión y negó su procedencia. No dedujo reconvención ni

alegó, en subsidio, la existencia de separación de hecho sin voluntad de unirse.

Sustanciado el proceso, la sentencia de Primera Instancia - que viene apelada- rechazó la demanda, impuso las costas a la actora perdedora y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. Para así decidir sostuvo, en lo sustancial, que T. no acreditó las causales invocadas ya que no probó ni las injurias graves ni el abandono del hogar conyugal con carácter de malicioso y voluntario. Afirmó que no se desprende de la prueba testimonial rendida que el accionado haya incurrido en conductas determinantes del divorcio-sanción, aunque sí se probó, en cambio, que la esposa perdió la "affectio maritalis" lo que el esposo aceptó, aún en contra de su voluntad. El demandado admitió tácitamente la separación de cuerpos ya que no probó haber instado a la reanudación de la convivencia conyugal. De modo que tuvo por acreditada la separación de cuerpos desde hace un año a la fecha de la sentencia, pero no se cumplió el plazo mínimo de separación de tres años que prescribe el art. 214 inc. 2º Código Civil. Ello torna innecesario -continúa la sentencia- que deba pronunciarse si, por aplicación del principio iura novit curia, puede decretarse, de oficio, el divorcio por la causal objetiva de la separación de hecho sin voluntad de unirse, cuestión que divide a la doctrina. En suma: desestimado el divorcio subjetivo por falta de pruebas, la comprobación de la separación de hecho no autoriza acudir al divorcio-remedio (la causal objetiva de separación de hecho) porque no transcurrió el plazo mínimo que prevé la ley vigente.

Contra ese pronunciamiento la actora perdedora interpuso recurso de apelación a fs. 102, expresando agravios a fs. 116/123, los que fueron contestados a fs. 125/127-

La impugnación de la actora apelante se centra, en primer lugar, en sostener que la sentencia no valoró adecuadamente la prueba testimonial y documental que da cuenta que G. incurrió en injurias graves.

Luego, en segundo lugar, se queja porque ante la falta de prueba de la causal subjetiva la solución aplicable por la que se inclina calificada doctrina y jurisprudencia consiste en decretar la separación de hecho, si se acreditó esa situación, recurriendo al principio *iuria novit curia*. Esta solución evita la tramitación de un nuevo juicio y dice que el demandado interpuso, con posterioridad a la sentencia de divorcio, otro proceso contradictorio caratulado “G. J.M. c/T. M.R. s/ divorcio contradictorio” (causa N° 5661) en el que se presentó oponiendo excepción de litispendencia y en subsidio reconvino; el trámite del proceso se encuentra suspendido. Más adelante menciona doctrina y jurisprudencia que sostiene la pertinencia, una vez rechazado el divorcio por causales culpables, de aplicar el divorcio-remedio, es decir la separación de hecho sin voluntad de unirse por un plazo mayor de tres años (art. 214 inc. 2 Código Civil). Ello, ante la ausencia de petición de las partes, tanto en los escritos de demanda como de reconvención. Transcribe jurisprudencia que acepta el divorcio en tales circunstancias porque, de lo contrario, la situación procesal configurada implicaría un ritualismo caprichoso que llevaría al rechazo de la demanda y a la subsistencia de un vínculo inexistente y artificioso. No existe interés de esa parte ni de la comunidad en sostener una ficción legal, vacía de contenido. La verificación de la existencia de la separación de hecho y de la ausencia de la voluntad de mantener el vínculo autoriza al juzgador a actuar en la calificación de la acción con independencia de las partes. Añade que la sentencia tiene por probada la separación de cuerpos y la pérdida de la “*affectio maritalis*”, lo que resultó tácitamente admitido por el demandado que no acreditó haber instado la reanudación de la convivencia. Ante ello debe prevalecer la realidad y el juzgamiento tiene que considerar la autodeterminación y libertad de los adultos. Acota que están en juego sus derechos constitucionales y supraconstitucionales y se detiene en la argumentación de que se vulneran sus derechos individuales y personalísimos al mantener el vínculo sin decretarse el divorcio por la

separación de hecho constatada. Por ello sostiene que es inconstitucional el art. 214 inc. 2do Código Civil porque supedita el divorcio a la voluntad conjunta de ambos esposos, y durante el plazo mínimo que prescribe, lo que resulta irrazonable por afectar sus derechos personalísimos. Funda esa aseveración con distintos fundamentos acudiendo y transcribiendo -aunque sin aclararlo expresamente- a consideraciones anteriores de este Tribunal vertidas en reciente pronunciamiento (causa Nº2-56149-2011 caratulada “Z. S. S. c/P. E. H. s/ Divorcio vincular”, sentencia del 5/6/2012). Repite párrafos de la sentencia dictada en la causa mencionada. En síntesis, la petición del agravio se sustenta en que se verificó separación de hecho de los esposos desde hace más de un año, lo que fue tácitamente aceptado por el demandado, lo que también da cuenta los testimonios producidos, la prueba agregada y el acta de la audiencia celebrada con sus respectivos letrados y el consejero de familia. Además, y como se decidió en el fallo que cita la recurrente, la separación de hecho subsiste y se mantiene su clara e inequívoca voluntad de divorciarse por lo que resulta irrelevante la recurrente manifestación en contrario del demandado. Otra solución –acota- conculca sus derechos constitucionales por lo que, finalmente, pide la declaración de inconstitucionalidad del art. 214 inc. 2º Código Civil en cuanto dispone un plazo mínimo de separación de hecho y la voluntad concurrente de ambos cónyuges para divorciarse. Finalmente solicita, en base a la transcripción del precedente referido de esta Sala, que se revoque, con costas, la sentencia apelada y se decrete el divorcio de los cónyuges T.-G..

A fs. 129/ 136 dictaminó el Sr. Fiscal reemplazante quien propició se revoque el fallo y se decrete la inconstitucionalidad. Aduce que no es compatible con la Constitución Nacional que la actora deba detallar y probar las circunstancias invocadas de violencia familiar. El Estado no debe victimizarla, añade, y no corresponde aplicar rigurosamente las reglas de la carga de la prueba ni el principio de congruencia. Pedido el divorcio vincular procede su admisión porque el legislador no tuvo en cuenta las pautas

sociales actuales. Formula otras consideraciones y solicita se declare la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil cuestionados por la apelante.

A fs. 125/ 128 el demandado contestó los agravios de la actora y solicita se los rechace, confirmándose el decisorio, con costas.

II. 1. El recurso en parte es inadmisibles pero, en lo restante es fundado y por ello la sentencia debe ser revocada decretando el divorcio vincular de los esposos T.-G. por causal objetiva de la separación de hecho, acreditada en autos.

La sentencia recurrida rechazó la demanda de divorcio vincular interpuesta por R.M. T. contra J.M. G. por no haber acreditado que incurrió en las causales culpables de injurias graves y abandono malicioso y voluntario del hogar conyugal. Añadió que pese a encontrarse probada la separación de los cónyuges y la voluntad de la actora de no mantener el matrimonio y el asentimiento tácito del marido, no decreta de oficio el divorcio por esa causal objetiva porque no se cumplió el plazo de tres años de separación de hecho (art. 214 inc. 2 Cód. Civ.).

La primera parte del agravio, relativo a la impugnación del fallo que rechazó el divorcio contradictorio por falta de pruebas, no es admisible porque no constituye una crítica concreta, razonable y clara del fallo, como lo prescriben los arts. 260 y 261 C.P.C. Por ello, y en tal aspecto, el recurso debe ser declarado desierto. Se advierte que el decisorio analizó e interrelacionó las declaraciones testimoniales prestadas en autos, las que no revelan la existencia de hechos con entidad para tener por configuradas las injurias graves o el abandono voluntario y malicioso. Al mencionar los dichos de los testigos –C.F., R.M.B., D.M.– destaca que lo que se infiere de esa prueba es que los esposos están separados de hecho desde fines del año 2010. El núcleo argumental del decisorio (fs. 95 vta. /98) no es impugnado por la apelante quien se limitó a mencionar que de la prueba documental – que no precisa cuál es, y la testimonial resultan probadas las causales de

divorcio. Dejando de lado las consideraciones teóricas que efectúa sobre las características de las causales de divorcio, lo cierto que no hay una impugnación suficiente de la valoración de la prueba efectuada por la primer sentenciante, ya que las referencias del agravio son genéricas e imprecisas. Por ello, corresponde, en tal sentido, declarar su deserción (arts. 260 y 261 C.P.C.).

Es doctrina inveterada de esta Sala que señala que “la expresión de agravios debe contener una crítica concreta y razonada de la resolución en recurso, que permita su consideración en la Alzada; es decir, se deben rebatir los argumentos del juez de primer grado. Para ser considerados tales, los agravios deben referirse concretamente a los fundamentos que movieron al sentenciante a decidir en la forma que lo hizo” (esta Sala, causa N° 50357, 20/02/07 “Dabos Iñareta c/Goicoechea Susana s/Cobro Ejecutivo de alquileres”, entre muchas otras).

2. La valoración de lo actuado en este expediente y en la causa 5661 caratulada “G. J.M. c/ T. R. M. s/ Divorcio Vincular”, requerido oficiosamente al Juzgado de origen permite inferir que:

- los esposos T.-G. se encuentran separados de hecho desde fines del año 2010 o principios del 2011 (fs. 97 vta.);

- el demandado no aceptó “prestar su consentimiento para el divorcio por mutuo consentimiento” (situación que fue propuesta en la etapa previa y luego en la audiencia conciliatoria (sic, fs.98);

- la esposa instó el trámite de divorcio el 24 de Mayo de 2011 (fs. 33 vta.), y fracasaron los intentos conciliatorios (fs. 40, audiencia del 13/07/2011). La demanda se interpuso el 24 de Mayo de 2011 y el 26 de Octubre de 2011 se celebró la fallida audiencia preliminar celebrada a fs. 62/ 63;

- el esposo contestó la demanda a fs. 51/ 53 vta., el 16 de Agosto de 2011, y solicitó su rechazo, negando los hechos que se atribuyeron sin alegar ni la separación de hecho ni invocar que la esposa

incurrió en causales subjetivas de divorcio. Puntualizo este relevante dato: el 16 de Agosto el esposo no reconvino ni alegó causal alguna de divorcio endilgable a la esposa. Empero al fundar su pretensión adujo que –entre otras afirmaciones- “en el mes de Septiembre de 2010 la actora le manifestó a su esposo que deseaba vivir sola, inclusive sin sus dos hijos mayores... (sic, fs. 52).

- una vez dictada en autos la sentencia que rechazó la demanda (el 06/03/2012; notificada a G. el 09/03/2012; fs. 104 y vta.) el esposo interpuso otro divorcio contradictorio contra T., el 16 de Abril de 2012 en la causa caratulada “G., J.M. c/ T., R.M. s/ Divorcio contradictorio” (fs. 18 expte. N° 5661). Destaco que esa demanda se promovió el 16 de Abril de 2012 (fs. 12 y 14 causa cit.) después de dictada la sentencia que lo benefició (reitero, el 06/03/2012), y que el demandado se notificó de ese decisorio el 9 de Marzo de 2012 cuando su letrado presentó en sede judicial (el 9 de Marzo de 2012, conf. fallo fs. 104) la cédula que suscribió el 8 de Marzo de 2012 (fs. 104 vta.) y que no pudo diligenciarse con T.. En efecto, en anterior decisorio, y con otra integración, manifesté que “la notificación tácita prescripta en el art. 137 Cód. Procesal opera en la fecha que figura en la constancia de que la cédula fue entregada en la Secretaría, y no en la de su confección, máxime que la interpretación de este tipo de notificaciones para evitar lesiones al derecho de defensa debe ser restrictiva” (esta Sala, causa N° 40551, 16/07/99 “Cabrera Luis c/Municipalidad de Tapalqué”, L.L.B.A. 1999, 929). Por ende, y a los efectos que analizaré, la fecha mencionada de presentación de la cédula para notificar la sentencia a G. (fs. 104, 09/03/2012) y no la del escrito de fs. 107 que se presentó mucho después (17/05/2012); es la fecha de notificación de G. de la demanda que lo favorece;

- en la causa conexa G. atribuyó a su esposa haber incurrido en injurias graves (expte. 5661).

En el escrito de demanda que promovió G. (y en el que la aquí actora también lo reconvino) introdujo la causal de injurias graves aduciendo dos circunstancias relevantes: que desde mediados del año 2010 “la demandada decide alejarse de la familia política, no concurriendo más a los cumpleaños de familia y principalmente, cuando el actor viajaba para llevarla el fin de semana al campo; ella decide dejar de hacerlo” (conf. fs. 15). Además alega que T. tenía una relación amorosa con un tercero (fs. 14/ 18 expte. 5661). Con relación a la primera afirmación, que se contradice en parte con lo dicho a fs. 52, se sustentan en hechos (del año 2008 y luego 2010) anteriores a la fecha en la que aquí contestó la demanda (fs. 51/ 53 vta., 16/08/2011). Y en esa oportunidad procesal no dedujo acción reconvencional. La segunda afirmación –de que T. tenía una relación amorosa- no es muy clara en lo atinente al conocimiento del inicio de la conducta que se le atribuye a la esposa. Mientras que sostiene que la relación de T. con un tercero es desde mediados del año 2010 (sic, fs. 15 vta. expte. 5661), o sea databa “desde el momento en que la pareja se encontraba legalmente casada, (paradojalmente en el estado en que se encuentra ahora); sin dispensa de los deberes de cohabitación y fidelidad contemplativo de la ley de matrimonio” (sic, fs. 16 expte. 5661). Pero en otros párrafos del escrito de demanda G. da a entender que al momento de contestar la demanda que le interpuso su esposa (el 16/08/2011; fs.51/53) tenía conocimiento de esa situación. Acota que “esta nueva situación fáctica, inadvertida por el actor hasta una vez impetrada la demanda de divorcio (por la demandada) lleva a dos actitudes; la primera que –acoto- es la que adoptó a contestar la demanda “salvaguardando su buen nombre y honor...” (sic, fs.15 vta.).

De este modo, y como conclusión del análisis de los hechos juzgados en ambos procesos, no cabe dudas de que los esposos se encuentran separados de hecho desde “fines de 2010, principios de 2011”, como lo expresa la sentencia de fs. 97 vta.; que se perdió la “affectio

maritalis”; la inequívoca voluntad de la esposa de divorciarse (fs. 95/98); del rechazo del marido del divorcio por mutuo consentimiento (fs. 98). Además las causales articuladas posteriormente por el esposo, sustentadas en las injurias graves del art. 202 inc. 4 del Cód. Civil, fueron de conocimiento anterior del esposo (aquí demandado) y pretensor en el nuevo juicio. En este contexto el emplazamiento jurídico de la situación sobrevenida, y que resulta incontrastable de ambos expedientes conduce a revocar lo decidido en Primera Instancia.

3. Así las cosas el interrogante a responder es el siguiente: ¿qué efectos tiene en este proceso de divorcio contencioso, en el que se demostró que el esposo (G.) no incurrió en injurias graves, los hechos demandados por el esposo (en el nuevo juicio contencioso), posteriores a la sentencia que lo favoreció pero anteriores a la fecha en la que contestó la demanda? (conf. fs.14/18, escrito de demanda -en el expediente 5661 de divorcio G.-T. del 16/04/2012-, posterior a la sentencia de fs. 95/ 98 del 06/03/2012, de la que se notificó el 09/03/2012; y contestación de demanda del 16/08/2011, fs.51/53).

El silencio de G. (reitero el 16/08/2011) al contestar la demanda de T. en la que le atribuyó inconductas matrimoniales, oportunidad en la que omitió reconvenir, le impide articular tardía y dilatoriamente una pretensión distinta y autónoma de divorcio contradictorio pero fundada en hechos anteriores y conocidos.

En efecto así como se sostiene en doctrina y jurisprudencia que el actor reconvenido en un juicio de divorcio puede iniciar una reconvencción (C.N.Civ. Sala en pleno, 11/08/98 “G., S.N. c/ F., F.J. s/ Separación personal”; E.D. 179-412) el aquí demandado no cumplió con su carga (y no facultad) procesal imperativa de reconvenir por causales subjetivas. Kielmanovich explica con claridad por qué la reconvencción, en tal supuesto, no se trata de una facultad procesal sino de una carga. Dice que “la reconvencción en el juicio de divorcio y separación personal no es

facultativa, sino que se erige en una verdadera carga procesal respecto de los hechos conocidos al momento de la contestación de la demanda (y de la reconvencción): por un lado, porque el silencio del demandado (y actor reconvenido) en tal contexto podría interpretarse como el perdón a que hace referencia el art. 234 Cód. Civ.; por el otro, porque la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia impediría su posterior alegación como causa de igual pretensión en un nuevo proceso a los mismo fines” (C.S. , 20/03/2003, “C., H.F. c/ L., C.L.”, con nota de Jorge Kielmanovich “Nuevamente acerca de la reconvencio reconvencionis”, J.A. 2003-III-533; ver también Kielmanovich, Jorge “La reconvencción en el juicio de separación personal o de divorcio vincular por la causal objetiva, J.A. 1197-II-784; Ponce, Carlos Raúl “Reconvencción a la Reconvencción ‘Reconvencio-Reconvencionis”, Rev.Derecho Procesal 2004-1 p.119). De esa opinión se hacen eco otros autores (Liberatore, Gloria Lucrecia “La reconvencción”, R.D.P. 2004-1, pág. 113; Belluscio Augusto “Manual de Derecho de Familia” T.1 p. 404). La circunstancia (fáctica y jurídica) configurada porque T. invocó causales subjetivas no admitía que el accionado asumiera una actitud pasiva; no puede, en el caso, y conforme sus singularidades, limitarse a oponer como mera defensa la inexistencia de conductas antimatrimoniales de su cónyuge (lo que sí logró acreditar, con la sentencia de fs. 95/ 98 aquí recurrida). Pero, posteriormente (el 16/04/2012), de modo sobreviniente a la sentencia que lo favorece (del 06/03/2012, notificada el 09/03/2012), no puede esgrimir culpa subjetiva de la actora cuando antes guardó silencio (el 16/08/2011), absteniéndose de interponer esa pretensión contra su esposa (conf. argumento analógico, Areán Beatriz en “Código Procesal Civil y Comercial”, T. I p. 89/91; Mizrahi Mauricio “Familia, matrimonio y divorcio” p. 527/529).

Añado, a mayor abundamiento y como argumento corroborante que el demandado por causal subjetiva de divorcio que le atribuye a su cónyuge conductas configurativas de culpa, o que aduce su inocencia (arts. 202, 204, 213 inc.2, 214 inc. 2 C.P.C.), debe articular su

pretensión por vía de reconvención (arts. 354, 355, 356 y concs. C.P.C.). Esa es la doctrina de la Corte Nacional que decidió que "... la introducción en el pleito del tema de la culpa de la demandada debió realizarse por vía de la reconvención de la reconvención y habérsele dado traslado para preservar su derecho de defensa en juicio" (Corte Suprema de la Nación, 20/03/2003 "D., H.F. c/ L., C.L.", con nota aprobatoria de Jorge L. Kielmanovich "Nuevamente acerca de la reconventio reconventionis"; J.A. 2003-III-533). La situación aquí sobrevenida es parecida: el demandado (G.) por causales subjetivas debió incorporar –temporalmente- la culpa de la cónyuge actora (T.) por vía de reconvención, estándole vedado deducir –mucho tiempo después- un nuevo juicio contradictorio por hechos culpables de la esposa anteriores y conocidos.

En definitiva: el incumplimiento de G. de la carga de reconvenir cuando contestó la demanda que le interpuso la esposa, torna inoponible a la demandante la pretensión autónoma que dedujo el esposo con posterioridad (cuando ya se había dictado la sentencia que rechazó la petición de T.) solicitando el divorcio por haber incurrido la cónyuge en causales subjetivas. Resulta inadmisibles la invocación del demandado en un juicio contradictorio, y articulada por vía de acción autónoma posterior, de hechos culpables de la actora ocurridos con anterioridad y ya conocidos a la fecha en que abdicó de cumplir con su carga procesal de reconvenir.

Como consecuencia de ello, la desaparición como objeto litigioso o materia de disputa, de esos hechos conocidos por el marido desde antes, y omitidos articular cuando contestó la demanda, resulta una consecuencia lógica y jurídica del incumplimiento de su carga (no mera facultad) de contrademandar. Esa actitud procesal produce el detrimento del objeto procesal. Esta conclusión es extensible también a los hechos alegados por la actora (T.) como causales subjetivas del esposo, que opuso al reconvenir en el nuevo divorcio culpable que dedujo G. y que quedaron

subsumidos en los hechos culpables que ella misma invocó en el primer juicio.

4. El corolario que se desprende de lo anterior es que debe emplazarse jurídicamente la situación fáctica probada de modo indubitable: la separación de hecho de los cónyuges, desde fines de 2010, sin voluntad de conciliarse, manifestado por la esposa de modo reiterado y admitido por su cónyuge.

Así las cosas -reitero- demostrado de modo inequívoco que los esposos están separados, procede acudir a la solución normativa prevista en el art. 214 inc. 2 Cód. Civil y, ante su notoria e injusta irrazonabilidad, proceder al examen de su constitucionalidad. Esto es, en definitiva compulsar la situación fáctica sobrevenida (mantener vigente el matrimonio que desde fines del año 2010 está separado de hecho) con la compatibilidad constitucional del marco jurídico infraconstitucional aplicable. 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”). Por eso, y acudiendo –en parcial y literal transcripción- a antecedentes de este Tribunal corresponde decretar la inconstitucionalidad del art. 214 inc. 2 Cód. Civil.

III. 1. Se sostuvo en ese precedente que es inconstitucional la reglamentación legal del divorcio vincular (el citado art. 214 inc. 2 Cód.Civ.) porque supeditar la pretensión a la antigüedad de tres años 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.

El matrimonio T.-G. 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. ; expte cit. 56149, 05/06/2012 “Z. S.S.”). 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 subsistencia del deber de fidelidad (arts. 198 y 199 Cód. Civ.) incompatible con la libre elección afectiva y sexual porque 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 sindicaban 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 respecto 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” (esta Sala causa cit. 56149, 5/6/2012 “Z. S. S. c/P. E. H. s/ Divorcio vincular”).

Para fortalecer mi conclusión insisto en la irrazonabilidad de disponer la subsistencia del matrimonio, pese a la quiebra de la convivencia desde el año 2010 y por consiguiente de la ausencia de hogar común, frente a la clara voluntad de la esposa de divorciarse y a la admisión del esposo del cese de la convivencia. Frente a este cuadro fáctico la respuesta jurisdiccional debe ser la remoción del irrazonable obstáculo legal: el plazo mínimo de tres años en el matrimonio y la voluntad común de ambos cónyuges 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”).

Resulta conculcatorio de la igualdad de los esposos “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).

El art. 20 de la Constitución Nacional, al igual que el 14, consagra el derecho a casarse tanto para extranjeros como para argentinos (Ekmerkadjian, 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”. Se dijo también en la sentencia que vengo siguiendo que “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.)

También traigo a colación que 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. Existe un “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”; esta Sala causa cit. 56149).

2. Sólo añadido que la inconstitucionalidad decretada no sólo fue pedida por el Ministerio Público (fs. 129/ 132) sino que también se la solicitó en la Alzada (fs. 116/ 123) y se bilateralizó con el demandado quien la resistió, argumentando su postura adversa (fs. 125/ 127). Por ello es procedente prescindir de analizar la procedencia de decretar la inconstitucionalidad de oficio porque su introducción en el debate fue temporánea. Dijo recientemente la Suprema Corte de Justicia que “la frase ‘primera oportunidad propicia’, relativa a la temporaneidad con que deben hacerse los planteos de inconstitucionalidad, no debe apreciarse con un criterio formalista o restrictivo, dado que de ese modo se atenta contra el principio de la defensa en juicio” (arts. 18 de la Const.Nac.; 15 de la Const.Prov. y 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica)” (S.C.B.A. I93987, 19/12/12 Faur c/Bagley”).

Finalmente cabe puntualizar que toda vez que la sentencia dictada en estos autos habrá de incidir en el trámite -suspendido a la fecha- del juicio caratulado “G. J.M. c/ T. R. M s/ Divorcio Contradictorio” (causa N° 5661) deberá glosarse copia de la presente a esos autos.

3. 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 revocar la sentencia apelada y declarar la inconstitucionalidad, en el presente caso, del art 214 inc. 2 del Cod. Civ. en tanto establece como requisito para la procedencia de

%07Dè!Hèu0U[Š

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.

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Señores Jueces, **Dres. LONGOBARDI y PERALTA REYES** y por los mismos argumentos, adhieren al voto que antecede votando 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 revocar la sentencia recurrida; declarar, en el caso, la inconstitucionalidad del art. 214 inc.2 Cód. Civ.; disponer el divorcio por separación de hecho, sin voluntad de unirse, de los esposos R. M. T. y J.M. G. con efecto retroactivo al 10 de Agosto del 2012. Ello así, porque ésta resulta ser la fecha de notificación del escrito de expresión de agravios (fs.124), oportunidad en la que el esposo quedó emplazado de la pretensión de su cónyuge de divorciarse por la causal objetiva dispuesta en el art. 214 inc. 2 Cód. Civil y toda vez que la notificación a G. a comparecer a la audiencia previa (fs. 40) no incluía el reclamo por la causal objetiva. Con costas en ambas instancias por su orden atento el resultado de la litis (arts. 68 y 69 C.P.C.), diferir los honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 8904).

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Señores Jueces, **Dres. LONGOBARDI y PERALTA REYES** y por los mismos argumentos, adhieren al voto que antecede votando en idéntico sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, de Abril de 2013.-

AUTOS Y VISTOS:

%07Dè!Hèu0U[Š

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y conchs. del C.P.C.C., **REVÓCASE** la sentencia recurrida; **DECLÁRASE** en el caso la inconstitucionalidad del art. 214 inc.2 Cód. Civ.; **DISPÓNESE** el divorcio por separación de hecho, sin voluntad de unirse, de los esposos R. M. T. y J.M. G. con efecto retroactivo al 10 de Agosto del 2012. **IMPÓNENSE** las costas en ambas instancias por su orden atento el resultado de la litis; **DIFIÉRESE** la regulación de los honorarios para su oportunidad. **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** por Secretaría y **DEVUÉLVASE**.

Fdo.: Dr. Víctor Mario Peralta Reyes - Presidente - Cámara Civil y Comercial
- Sala II - Dra. María Inés Longobardi - Juez - Cámara Civil y Comercial -
Sala II - Dr. Jorge Mario Galdós - Juez - Cámara Civil y Comercial - Sala II .
Ante mí: Dra. María Fabiana Restivo - Secretaria - Cámara Civil y Comercial
- Sala II.