

Dictamen de la Procuración General:

El Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia n° 1 del Departamento Judicial de Morón rechazó la demanda de divorcio vincular promovida por N. G. contra A. D. D. con sustento en la causal de injurias graves contemplada en el art. 202, inc. 4 del Código Civil, así como también la reconvención que con pie en idéntica causal unida a la de abandono voluntario y malicioso previsto en el inc. 5 del citado art. 202, impetrara el último nombrado con el mismo objeto (fs. 346/362).

Frente a lo así resuelto se alzó la parte actora -por apoderado- mediante recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley (v. fs. 368/373), cuyo examen de procedencia acometeré a continuación, en respuesta de la vista que al efecto me confiere V.E. en fs. 433/434.

Funda el recurrente su intento anulativo en la violación de las mandas contenidas en los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial que sindicadas en el pronunciamiento de grado.

Comienza, así, por agravarse de la omisión que imputa cometida por el tribunal de origen en el tratamiento y resolución de cuestiones planteadas por su parte en ocasión de responder la reconvención deducida por el accionado -v. fs. 144/146- y que, según su ver, revisten carácter esencial en la medida que de su abordaje y condigna decisión dependía el progreso de la acción entablada.

En la apuntada calificación, menciona a las imputaciones aberrantes que el accionado disparó en contra su mandante en oportunidad de fundar su contrademanda dando origen a que la misma las denunciara como "injurias vertidas en juicio" en su responde de fs. 144/146. Tales: las acusaciones referidas a que la señora G. , previo a contraer nupcias, le ocultó dolosamente al demandado su imposibilidad de tener hijos como consecuencia de la dolencia que desde entonces padecía; y la relativa a que la misma amenazó a su cónyuge "colocándole un cuchillo mientras dormía".

Asegura que la falsedad de las acusaciones aberrantes inferidas por el demandado reconviniendo contra la persona de la señora G. , que ni

siquiera intentó probar, poseen entidad ofensiva bastante para decretar el divorcio vincular por ella requerido, pese a lo cual el tribunal de mérito soslayó considerarlas y decidir en consecuencia, al igual que lo hizo con relación a la injuria que para aquélla importó el deliberado incumplimiento del accionado de pagarle alimentos obligándola a iniciar las actuaciones tramitadas bajo el expediente n° 36.406 con el objeto de perseguir su cobro al cabo de las cuales D. D. resultó condenado.

Finaliza su protesta manifestando que el invocado vicio omisivo "...trae por contrario imperio un agravio al art. 171 de la Constitución local, por tratarse de una sentencia que no ha fundado esta desinterpretación al texto expreso de la ley en materia de congruencia (arts. 163, 330, 354, 34 y 26 del CPCC)" (v. fs. 370).

Tengo para mí que el remedio procesal bajo examen admite procedencia, con el alcance parcial que a continuación indicaré.

Si bien descarto la configuración del vicio omisivo que se atribuye cometido en la sentencia con relación a la "falta de pagar alimentos" endilgada al

accionado como causal injuriante, en la medida en que no fue planteado en el escrito de constitución del proceso (v. fs. 101/105 vta.) ni en ocasión de responder la reconvención (v. fs. 144/146) en los términos en que aquí se lo trae, por lo que su presunta preterición por parte de los magistrados actuantes no puede generar la nulidad pretendida (conf. S.C.B.A., causas Ac. 54.962, sent. del 14-VI-1996; Ac. 74.029, sent. del 3-X-2001; Ac. 78.395, sent. del 2-IV-2003; Ac. 85.759, sent. del 7-VI-2006; C. 103.421, sent. del 11-VIII-2010, entre muchas más), distinta es, en cambio, la suerte que he de proponer respecto de las restantes cuestiones cuya ausencia de consideración también motiva el alzamiento nulitivo de la accionante.

Y es que la sola lectura del escrito de fs. 144/146 pone efectivamente de manifiesto que en ocasión de responder la reconvención que en su contra dedujera el demandado D. D. (v. fs. 128/138 vta.), la accionante señora G. manifestó que las imputaciones aberrantes de las que había sido objeto por parte de aquél en el sentido de que le ocultó su incapacidad de concebir hijos, previo a contraer nupcias y que en una oportunidad lo amenazó

colocándole un cuchillo en la garganta, resultan falsas y mendaces además de innecesarias, razón por la cual solicitó que fuera consideradas como injurias vertidas en juicio (v. fs. 145/145 vta.).

Ninguna duda cabe albergar acerca de la esencialidad que la causal de injuria invocada por la accionante en la referida presentación judicial ostenta a la luz de lo dispuesto por el art. 168 de la Carta provincial y de la doctrina legal elaborada en torno de su conceptualización al decir que son aquéllas que resultan necesarias según las modalidades del caso para arribar a la correcta solución del pleito, las constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directa y necesariamente el sentido y alcance del pronunciamiento. Las que responden a la estructura de la traba de la litis y conforman el esquema jurídico que la sentencia debe atender para la resolución del litigio (conf. causas Ac. 64.422, sent. del 28-IX-1999; C. 92.162, sent. del 2-V-2007; C. 104.703, sent. del 27-VI-2012 y C. 114.178, sent. del 9-X-2013, entre muchas más).

Sin embargo y como bien se señala en la protesta, las referidas imputaciones que según manifestó la

recurrente en su presentación de fs. 144/146 trasuntan tenor ofensivo bastante como para encuadrarlas dentro de la causal de injurias graves prevista en el art. 202, inc. 4to. del Digesto Civil, no fueron objeto de consideración alguna por parte de los juzgadores de mérito quienes, descuido e inadvertencia mediante, omitieron examinar su procedencia y decidir en consecuencia.

El déficit de atención descripto en torno de la temática de marras entraña, sin hesitaciones para mí, quebranto del art. 168 de la Carta local y genera, sin más, la nulidad del fallo en el aspecto que la omitió.

En sintonía con lo expuesto, es mi criterio que V.E. debe hacer parcialmente lugar a la pretensión nulificante traída y, en consecuencia, reenviar los autos a la instancia de origen para que se expida exclusivamente sobre la procedencia o improcedencia de la causal de injurias graves vertidas en juicio, oportunamente invocada por la actora al responder la reconvención.

Ahora bien, sin perjuicio de la nulidad parcial que he propiciado declare V.E. conforme los términos precedentemente relacionados cabe expedirse acerca del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

también interpuesto, en el que se denuncia la violación de los arts. 198 y 202, inc. 4° del Código Civil y 374 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial, invocándose además la configuración del vicio de absurdo en la apreciación de las probanzas de la causa.

Afirma, en suma, el impugnante, que el tribunal colegiado interviniente llevó a cabo una equivocada e irrazonable interpretación de los deberes de fidelidad, asistencia y respeto que recíproca y mutuamente deben observar los cónyuges entre sí, por imperio de lo dispuesto por el art. 198 del ordenamiento civil de fondo, al desechar el encuadramiento de las circunstancias fácticas denunciadas al demandar y debidamente probadas a lo largo del proceso -tales: que el demandado no prestó asistencia vital a su representada obligándola a iniciar el juicio de alimentos tramitado ante sus estrados con resultado exitoso; que viajó a Europa por un largo período, dejando a su esposa sola y enferma en el hogar conyugal y que ínterin ella hubo de acudir a la Clínica Privada de Merlo a propósito de un agravamiento en su salud, aquél procedió a cambiar la cerradura del hogar conyugal- dentro de la causal de injurias graves contemplada en el art. 202,

inc. 4° del Código Civil y declarar, así, disuelto el vínculo en los términos del art. 212, inc. 1° del citado cuerpo legal.

Controvierte, además, la valoración llevada a cabo por los sentenciantes de mérito en torno de la prueba testimonial rendida en autos, con el argumento de que, so capa de que aquéllos incurrieron en eventuales contradicciones, sus dichos no les alcanzaban a crear convicción.

Adelanto, desde ahora, mi opinión contraria a la suficiencia del intento revisor incoado en su propósito de conmover los fundamentos sobre los que se asienta el sentido de la solución jurídica adoptada en la sentencia (art. 279, CPCC).

Se sabe, pues así lo ha dicho V.E. a través de antigua e invariable doctrina legal, que determinar la existencia de las causales de divorcio alegadas en la demanda o reconvención, así como la valoración de la prueba en general y la testimonial, en singular, constituyen típicas cuestiones de hecho privativas de los jueces de la instancia ordinaria e inabordables, en principio, en casación, salvo denuncia y

eficaz demostración de absurdo (conf. causas, Ac. 63.404, sent. del 12-VIII-1997; Ac. 59.756, sent. del 24-II-1998; Ac. 78.203, sent. del 18-VII-2001; Ac. 76.515, sent. del 19-II-2002; Ac. 79.446, sent. del 19-III-2003; Ac. 84.569, sent. del 9-VI-2004; C. 98.747, sent. del 24-IX-2009; C. 98.408, sent. del 25-XI-2009; C. 112.402, resol. del 10-XI-2010 y C. 109.406, sent. del 16-X-2013), vicio lógico del pensamiento que, me apresuro en señalar, lejos está de evidenciar el quejoso.

En efecto. Tras analizar atenta y detenidamente las probanzas reunidas en el proceso - testimonial, documental, informes médicos, pericias psicológica y psiquiátricas- los magistrados de mérito concluyeron en el fallo de los hechos que el demandado señor D. D. no incurrió en las conductas injuriantes que la accionante le atribuyó en el escrito inaugural de la acción, sino que ambos atravesaron un proceso de desavenencias que con el transcurso del tiempo los llevó a una crisis matrimonial.

En particular y en lo que importa destacar aquí en función del tenor de las quejas recursivas, sostuvo el tribunal "a quo" que los testimonios

meritados no resultaron suficientes para crear convicción acerca de que aquél no asistía a la señora G. en su enfermedad; como tampoco que el demandado "...en un acto inhumano e irracional haya impedido el acceso al domicilio conyugal de la señora G. quedando abandonada sin piedad en la calle", sino que conforme quedó asentado en el acta policial que se individualiza en el veredicto, fue la misma actora quien tomó la determinación de retirarse de la vivienda para fijar temporalmente el domicilio en el correspondiente al de sus progenitores.

Asimismo, agregaron que tampoco se logró probar que el accionado reconviniente haya abandonado a la accionante para hacer un viaje de placer a Europa, ya que la decisión de realizar dicho viaje habría sido de ambos y que fue G. quien prefirió no realizarlo por sus problemas de salud (v. fs. 352 vta.).

Es en mérito de las conclusiones fácticas recién reseñadas, que el tribunal de familia interviniente dispuso en la ulterior etapa de sentencia rechazar el progreso de la acción de divorcio entablada por N. G. con sustento en los arts. 202 inc. 4° y 214 del Código Civil.

Pues bien. Basta con imponerse del contenido de las argumentaciones desplegadas a lo largo de la protesta para advertir que las críticas que vertebran el embate no van más allá de la exposición de la personal y subjetiva interpretación de su autor en torno de las constancias probatorias arrimadas al proceso que se limita a confrontar con la tarea valorativa acometida por los jueces actuantes, metodología por cierto insuficiente para abastecer el nivel técnico de fundamentación exigido por art. 279 del ordenamiento procesal adjetivo.

Y es que, sabido es, para que esa Suprema Corte pueda revisar las cuestiones circunstanciales no basta con que el recurrente denuncie absurdo y exponga, de manera paralela, su propia versión de los hechos e interpretación de los mismos, sino que es menester demostrar contundentemente que las conclusiones que se cuestionan son el producto del error grave, palmario y manifiesto que derivan en afirmaciones contradictorias e inconciliables con las constancias objetivas de la causa. Por más respetable que pueda ser la opinión del impugnante, ello no autoriza por sí solo para que el Alto Tribunal sustituya con su criterio al de los jueces de la instancia

ordinaria (conf. causas Ac. 58.232, sent. del 25-III-1997; Ac. 72.688, sent. del 27-IV-1999; Ac. 81.769, sent. del 5-III-2003; Ac. 84.565, sent. del 3-III-2004; Ac. 94.530, sent. del 7-II-2007; C. 101.243, sent. del 7-X-2009; C. 102.957, sent. del 3-III-2010 y C. 108.028, sent. del 11-IV-2012, entre muchas más).

Estimo que lo hasta aquí señalado resulta bastante para concluir en que la impugnación extraordinaria deducida no ha logrado evidenciar violación en la aplicación de los preceptos legales denunciados como así tampoco el vicio de absurdo invocado en la ponderación de las pruebas de la causa, razón por la cual no cabe más que rechazar su procedencia y así lo aconsejo.

La Plata, 22 de mayo de 2014 - **Juan**

Angel De Oliveira

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 26 de octubre de 2016, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Negri, Kogan, Pettigiani, Hitters, de Lázzari, Soria**, se reúnen los

señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 117.747, "G. , N. contra d.D. ,A. . Divorcio Contradictorio".

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal de Familia N° 1 del Departamento Judicial de Morón rechazó tanto la demanda de divorcio promovida por la señora N. G. como la reconvenición articulada por el demandado (fs. 346/362).

Se interpuso, por la actora, recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (fs. 368/373).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª) ¿Debe declararse abstracta la cuestión relativa la culpabilidad e inocencia en el divorcio?

En su caso:

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada, el

señor Juez doctor Negri dijo:

I. La señora N. G. inició demanda de divorcio por la causal de injurias graves, con sustento en el art. 202 inc. 4 del Código Civil (ley 340; fs. 101/105).

Por su parte, el accionado contestó el traslado de la demanda y, a su vez reconvino por las causales de injurias graves y abandono voluntario y malicioso, conforme lo dispuesto por el art. 202, incs. 4 y 5 del citado ordenamiento (v. fs. 128/138 vta.).

El Tribunal de Familia N° 1 del Departamento Judicial de Morón rechazó tanto la demanda como la reconvención (fs. 346/362).

Contra dicha decisión la parte actora interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (fs. 368/373).

II.1. El Código Civil y Comercial resulta aplicable a partir de su entrada en vigencia (leyes 26.994 y 27.077) a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir, rige para los hechos que están **in fieri** o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción (conf. art. 7).

2. La sentencia dictada por el Tribunal de Familia a fs. 346/362 no se encuentra firme.

El vínculo matrimonial entre las partes subsiste y es, por lo tanto, una "situación jurídica" a la

que corresponde aplicar la nueva normativa en la que se introduce un régimen de divorcio sin expresión de causas (conf. arts. 437 y ss., C.C. y C.N.).

3. Esta circunstancia, por sí sola, torna abstracto cualquier pronunciamiento de esta Corte acerca de la cuestión relativa a la culpabilidad o inocencia en el divorcio (conf. art. 163, inc. 6, C.P.C.C.).

Por ello, dado que en el caso la impugnante en los agravios desplegados en sus impugnaciones persigue la declaración de culpabilidad del demandado, los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley deducidos en esos términos no pueden ser considerados.

Al respecto, recuerdo que esta Corte tiene dicho que los pronunciamientos abstractos resultan impropios de las decisiones judiciales, por lo que no es función de la judicatura emitirlos (conf. doct. Ac. 33.256, sent. del 25-II-1986 en "Acuerdos y Sentencias", 1986-I-55; Ac. 62.281, sent. del 4-VI-1996; Ac. 60.030, sent. del 20-II-1996; Ac. 82.156, sent. del 10-XII-2003).

Voto por la **afirmativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votó la primera cuestión planteada también por la **afirmativa**.

A la primera cuestión planteada, el

señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Discrepo con el colega preopinante, pues considero que en el presente proceso de divorcio y por sus particularidades, subyace un legítimo interés subsistente que impide reputar abstracto el debate relativo a la culpabilidad o inocencia de las partes.

El nuevo Código Civil y Comercial no ha establecido reglas de derecho transitorio que puedan dar acabada respuesta a la cuestión de la aplicación de la nueva ley a las diversas situaciones y relaciones jurídicas sometidas a proceso judicial al tiempo de su entrada en vigencia.

Sí ha mantenido en el art. 7° la norma del art. 3° del Código Civil. Ello importa que no pueda acudirse a criterios genéricos o abstractos, sino que frente a cada caso concreto deba interpretarse la referida disposición a la luz de los principios jurídicos comprometidos, ponderando entre los valores introducidos por la nueva normativa y la salvaguarda de la seguridad jurídica en el respeto de los derechos fundamentales nacidos al amparo de la legislación anterior (conf. arts. 1°, 2°, 3° y concs., C.C. y C.N.).

En este marco debe definirse la ley con que debe juzgarse la extinción del matrimonio cuando al tiempo de la entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo

se encontraba en trámite un proceso judicial de divorcio por causal subjetiva.

Anticipo mi postura: debe serlo con la ley vigente al tiempo del inicio de la litis, instante en el cual se modifica sustancialmente la originaria relación jurídica matrimonial, volviéndose ostensible y cierta la pretensión rupturista, orientándose a su vez al reconocimiento de los derechos específicos derivados de la concurrencia de la causal invocada y que amparan al cónyuge inocente.

1. En efecto, por un lado, cabe observar inicialmente que durante la vigencia del Código Civil derogado, la verificación de un hecho susceptible de configurar -al tiempo de su ocurrencia- una causal subjetiva de extinción del matrimonio habilitaba el divorcio, naciendo de ese hecho el derecho del inocente a solicitarlo (conf. arts. 213 y 214).

Pero cuando el consorte afectado decidía iniciar el proceso de divorcio alegando dicha circunstancia, esta última acción (acto jurídico postulatorio) importaba algo más: se producía una modificación de la relación jurídica matrimonial, pues la solicitud de trámite (o la demanda de divorcio) exteriorizaba la pretensión de dar por terminado aquel vínculo, modificándose en ese momento la situación

preexistente (conf. arts. 896, 944 y concs., Cód. Civil).

El advenimiento del Código Civil y Comercial no altera este abordaje.

La petición judicial de divorcio define la causal invocada y fija la norma aplicable para disponer justamente el cese del vínculo marital de acuerdo con ésta.

Opera allí un cambio en la relación entre las partes que no puede identificarse meramente con una de las consecuencias del lazo marital (conf. arts. 7°, 257, 259, 435 y concs., C.C. y C.N.). Comienza una relación jurídica entre el cónyuge peticionante y el demandado, de tipo procesal, dirigida a la demostración de las alegaciones efectuadas en los escritos constitutivos (merced a la observancia de los principios de congruencia, debido proceso y defensa en juicio) y con el objeto de poner fin al vínculo (conf. C.Apel. Familia Mendoza, **in re** "B. V. c/ O. S. s/ Divorcio", sent. del 15-XII-2015 y sus citas).

Ello así pues la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica es un efecto de un hecho jurídico que se agota en el momento en que se produce, por lo que aquéllas no pueden ser juzgadas con arreglo a una normativa posterior, en tanto ello implicaría darle a ésta un efecto retroactivo (conf. Moisset de Espanés, Luís, "La irretroactividad de la ley y

el nuevo art. 3° del Código Civil", Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, págs. 17/34).

En este sentido, las circunstancias motivantes del divorcio tienen lugar en un momento determinado y a partir de su invocación judicial se modifica esencialmente la unión matrimonial, suscitándose una controversia nueva destinada a debatir su posible disolución a partir de la acreditación de alguno de los motivos alegados. A partir del inicio del trámite de divorcio, debe entenderse que la extinción del matrimonio quedó supeditada a la verificación de tales causales, sin que la normativa posterior (creadora de nuevas o derogatoria de las denunciadas) pueda afectar los resultados del proceso.

Es que no resulta posible -sin promover su retroactividad- acudir a una legislación posterior para alterar las causas de la ruptura matrimonial cuando éstas ocurrieron y fueron invocadas judicialmente al amparo de la legislación anterior (a diferencia de lo observado en otros casos, en los que la nueva disposición dictada durante el trámite de divorcio atrapó hechos continuos -Ac. 39.909, sent. del 27-VIII-1992- o delimitó aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de un derecho derivado del cese del vínculo, conf. Ac. 14.964, sent. del 26-VIII-1969, Ac. 45.304, sent. del 10-III-1992, entre otras). Así,

para fijar la causa del quiebre matrimonial, la sentencia de divorcio sólo puede atender al derecho vigente al momento de ejercitarse la acción, que es el momento en el que se produjo la modificación de la relación jurídica entre las partes (asimismo C.Apel. Familia Mendoza, **in re** "B. V. c/ O. S. s/ Divorcio", cit.).

2. Por otro lado, no debe perderse de vista que para el régimen del Código Civil derogado, la ocurrencia de la causal subjetiva de divorcio invocada implicaba un incumplimiento del culpable a sus obligaciones matrimoniales, y como consecuencia de tal afrenta se generaban derechos en favor del cónyuge inocente (conf. arts. 207, 210, 211, 217, 218, 231, 233, 1306 y concs.).

El compromiso legal y mutuamente asumido le garantizaba a cada cónyuge al menos una conducta previsible por parte de su pareja, y si bien lógicamente el fracaso de la relación también podía ser previsto, en modo alguno importaba habilitar al otro consorte a incurrir en alguna de las causales contempladas por el art. 202 del citado cuerpo legal, ni dispensarlo de asumir su responsabilidad por la provocación de dicha modalidad de ruptura. El sobreviniente desamor resultaba verdaderamente insusceptible de justificar dicho comportamiento del culpable.

Así, con la invocación judicial del

disfuncional proceder atribuido al consorte culpable, contrario a las obligaciones asumidas desde la celebración del matrimonio y rompiendo el compromiso al que libremente se había constreñido, el inocente accedía no sólo a extinguir su lazo marital sino a obtener las específicas prestaciones que el ordenamiento jurídico le reconocía como derivadas de ese incumplimiento. Quien se había conducido de buena fe dentro del régimen jurídico aplicable, respetando a su consorte, observando sus deberes conyugales -y legítimamente esperando similar conducta de su pareja- lograba asimismo que el otro asumiera las consecuencias de sus agravios, injurias, instigaciones, amenazas, destrato, maltrato o abandono, dentro de un marco jurídico que no amparaba dichas conductas lesivas.

Por lo que el divorcio contradictorio poseía un régimen de sanciones autónomo (conf. Díaz de Guijarro, Enrique, "Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio", JA 1983-III-625; entre otros), a través del cual se pretendía restaurar -en la fragilidad de las relaciones sobrevinientes- el equilibrio roto por el cónyuge desaprensivo, reprochando su disfuncional proceder agraviante y neutralizando, en cierta forma, la frustración unilateral del -hasta allí- común proyecto de vida familiar.

De esta forma, la provocación de la ruptura del vínculo matrimonial no quedaba impune, concediéndosele al inocente una serie de prestaciones resarcitorias específicamente contempladas por el régimen jurídico familiar (sin perjuicio de su derecho a instar una adicional pretensión indemnizatoria fundada en el régimen general de responsabilidad civil cuando la relación familiar se encontrara irreparablemente quebrada y los hechos configurativos de las causales de divorcio fueran graves, conf. mi voto en Ac. 76.515, sent. del 19-II-2002; entre otros).

En efecto, si bien la sentencia recaída en el juicio de divorcio, una vez firme, extinguía para el futuro el estado civil anterior (casado) poseyendo carácter constitutivo del nuevo (divorciado, conf. art. 229 y concs., Cód. Civil), cuando aquél había sido decretado por causal subjetiva, retrotraía importantes efectos jurídicos (conf. arts. 207, 210, 211, 213, 217, 218, 231, 233, 1306 y concs., Cód. Civil).

La inocencia de una de las partes en la causa del divorcio le otorgaba ciertas prestaciones a su favor (el derecho alimentario amplio; su continuación en la pensión; la oposición a la liquidación del inmueble asiento del hogar conyugal o la ocupación del inmueble propio del culpable; la revocación de las donaciones efectuadas en

convención matrimonial; el derecho a participar de los acrecimientos patrimoniales del culpable; etc.), y algunas de ellas incluso desde el tiempo de la interposición de la demanda o de la separación de hecho.

Pues bien, estas prestaciones especiales en favor del cónyuge inocente, dado su carácter sancionatorio-reparador, conformaban un elemento constitutivo de su derecho nacido a partir de la invocación de las concretas razones de quiebre del matrimonio.

Luego, la normativa posterior derogatoria de las alegadas causales subjetivas de divorcio deviene inaplicable a los procesos en trámite por privar al cónyuge inocente de un derecho en el pasado y de un derecho para lo futuro en razón de un hecho pasado (en sentido parcialmente análogo, CNCiv., en pleno, **in re** "Rey c. Viñedos y Bodegas Arizu S. A.", sent. del 21-XII-1971, ED 40-448), al que de otra forma se le borraría sobrevinientemente su carácter lesivo producto de la retroactiva operatividad de los efectos jurídicos de la nueva modalidad disolutiva del vínculo, afectándose -de ese modo- derechos amparados por garantías constitucionales (conf. art. 7º, C.C. y C.N.).

No resulta posible privar sobrevinientemente al cónyuge inocente de su derecho a percibir las prestaciones que le otorgaba el régimen

jurídico familiar en retribución por la ruptura de la unión matrimonial y por el incumplimiento de los deberes que de ella emanaban (imputables exclusivamente a su consorte), algunas de las cuales eran incluso reconocidas retroactivamente al amparo de la normativa vigente al tiempo de su invocación (conf. arts. 1º, 14, 14 bis, 17, 18, 19, 31, 33, 75 inc. 22 y conchs., Const. nacional; arts. 1º, 10, 11, 15, 36 y conchs., Const. provincial; en el mismo sentido Rivera, Julio César, "Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas", LL del 17-VI-2015, pág. 1 y ss.), en tanto los derechos protegidos por la Constitución nacional no pueden ser desnaturalizados por la nueva norma, ni aun cuando ella prevea su aplicación retroactiva (conf. Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", tº I, 13 ed., LL 2008, pág. 172 y ss.).

Consecuentemente, tanto el gobierno de la entidad rescisoria de la conducta del culpable como el gobierno de la procedencia y extensión de las prestaciones derivadas del quiebre del vínculo deben quedar atrapados por la norma vigente al momento en que las mismas fueron alegadas judicialmente por el inocente.

El nuevo cuerpo legal no puede señalarle ahora al inocente que en nombre de la ley futura

debió asimilar el comportamiento de su consorte tipificante de la causal subjetiva de divorcio, que ninguna sanción le cabe a éste y que ningún perjuicio aquél pudo haberle producido, privándolo de justicia incluso respecto de derechos de naturaleza alimentaria que gozaban de protección constitucional. Por el contrario, la oportuna invocación de la causal subjetiva de divorcio importó la transformación de la relación jurídica matrimonial en una pretensión no sólo rescisoria de la unión sino también sancionatoria y reparadora de la afrenta padecida por el cónyuge inocente, en la extensión establecida por la normativa vigente y aplicable en dicho momento (conf. art. 7º, C.C. y C.N.).

3. Por demás, en la presente causa, la destrucción y el desgaste emocional de las partes que la nueva normativa pretende atenuar mediante el silenciamiento del debate sobre las razones de la ruptura (conf. Fundamentos del Anteproyecto que culminara con la sanción de la ley 26.994, Libro II, Título I, Matrimonio) ya se ha producido (fs. 4/7, 26/36, 43/48, 55/60, 70/72, 76/80, 99/101; conf. arts. 1º, 2º y conchs., C.C. y C.N.). Por lo que también luce más beneficioso resolver el conflicto matrimonial subsistente mediante la aplicación de la normativa tenida en miras por las partes al tiempo de exteriorizar el quiebre de su relación.

No es posible asistir inermes a la producción de los actos configurativos de las causales subjetivas de divorcio por parte de un cónyuge respecto del otro. No es posible relevar a quien ha actuado desaprensivamente, apartándose de la promesa empeñada, en un régimen jurídico en el que debía en cierto modo responder por las consecuencias de sus propios actos.

Si bien reconozco la prevalencia de un nuevo orden público que debilitando al matrimonio lo ha vuelto esencialmente disoluble, tan lábil y etéreo que puede ser dejado de lado por el mero capricho, no parece justo ni razonable que queden desprotegidos quienes llegaron al mismo bajo reglas por cierto mucho más firmes y en cuyo marco -trazado por el derecho entonces vigente- cobraron injerencia jurisdiccional los acontecimientos desencadenantes de su disolución.

En efecto, no dejo de reparar que a partir de la reforma se creó un matrimonio más claudicante en sus derechos y deberes, sujeto en su esencia a un voluntarismo superlativo y por ende más carente de mecanismos defensivos tuitivos del interés familiar, pero este nuevo disfavor hacia la institución matrimonial no puede anular la tutela de los derechos del cónyuge inocente, garantizados en torno a la noción de consumo jurídico a partir de la tempestiva invocación de los

comportamientos injuriosos del culpable.

El despintado de las notas otrora tan características de la unión (como la convivencia, la fidelidad, el compromiso, la solidaridad, la corresponsabilidad, las metas comunes, el esfuerzo compartido), a partir de un grado de autonomía tan avanzado que roza la falta de estima por la otredad, entendida como la particular atención de la persona del otro, aprehendida en su calidad de consorte, es decir, como persona que es partícipe y compañera en la misma suerte y que merece por tanto especialísimos respeto, consideración y trato, no puede legitimar asimismo el padecimiento de desengaños y sufrimientos inferidos con inconductas sobrevinientemente dispensadas, generando un sentimiento de resignación que no alcanza para superar ni restañar los dolores y rencores provocados por la ruptura de un consorcio que se previó solidario y que fue -a sabiendas- lesivamente quebrantado por el otro.

En suma, a esta altura del proceso, parece aquí más desgastante y destructivo emocionalmente dejar sin satisfacción un reclamo que bueno es recordarlo también está dirigido a la reparación de los agravios padecidos por el incumplimiento de los deberes conyugales, deducido al amparo de una legislación que lo admitía, máxime cuando a la luz de la nueva normativa no resulta de

ningún modo claro que pueda llegarse a dicha meta (conf. Fundamentos del Anteproyecto, Libro II, Título I, Matrimonio).

4. Por demás, considero que quien contrajo matrimonio bajo un determinado régimen jurídico y acogién dose al mismo, generando una legítima expectativa de mantener una conducta funcional, no puede violarlo impunemente, rompiendo el compromiso al que se constriñera por libérrima voluntad, sin asumir las consecuencias jurídicas de su proceder, pretendiendo cobijarse en una normativa posterior al momento de los hechos. En el sistema del derogado Código Civil, los efectos derivados del divorcio operaban compeliendo a quien había contraído matrimonio a mantener una conducta acorde con los compromisos contemplados en dicho régimen. El contrayente lo hacía con estricta sujeción al mismo y a las expectativas que le suscitaba.

Por cierto que el sistema no imponía ya la continuidad del matrimonio **sine die**, existiendo la posibilidad para las partes de invocar los mecanismos previstos en los arts. 214 y 215 del digesto de Vélez para obtener el divorcio. Por tanto, quien accedía al matrimonio aceptaba su posible disolución cuando se configurara alguna de las causales tipificadas por la ley, así como que para quien no incurriera en ellas se originarían derechos por el

incumplimiento de la otra parte.

En dicho marco, resultaría evidente la insolidaridad de la reforma si -consagrando la impunidad- se dejaran sin reparación los agravios padecidos por el inocente, convalidando la defraudación de la palabra empeñada y las injurias proferidas por el culpable a la luz de la ley vigente al momento en que éstas ocurrieron y fueron reprochadas. Los principios de solidaridad familiar, buena fe, de responsabilidad y protectorio de sus miembros también imponen reconocer al perjudicado sus derechos de acuerdo al régimen estatutario voluntariamente asumido por ambos cónyuges y vigente a la fecha de la invocación de la ruptura del vínculo (conf. arts. 14 bis, 75 inc. 22 y conscs., Const. nacional; 16.3, Declaración Universal de Derechos Humanos; VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 17, Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos; 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 13 y 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Alguien podría alegar, no obstante, que el valor solidario de la reforma estribaría en que estaría presumiendo **iuris et de iure** algo así como el perdón entre los cónyuges. Pues bien, siempre he tenido como valor precipuo todos los intentos conciliatorios practicados en cualquier litigio y, en particular los llevados adelante a

efectos de recomponer las relaciones matrimoniales. Creo asimismo en el valor moral y consecuentemente jurídico del perdón. Pero cualquier forma de éste, para ser eficaz, debe implicar un inequívoco arrepentimiento por parte del ofensor y su aceptación por parte del ofendido. De no ser así, se genera un sentimiento de injusticia que, en primer lugar, es malsano porque origina un descreimiento del orden jurídico, y en segundo lugar, lo que es más grave aún, ocasiona dolor y resentimiento.

Si el derecho es un orden social justo (Llambías citando a Renard), o -en el concepto casi antagónico kelseniano- un orden para asegurar la paz, debemos decir que este nuevo paradigma que se intenta imponer a las relaciones matrimoniales preexistentes resulta opuesto al derecho, porque no consagra la justicia ni asegura la paz. Y si ante diversas posibilidades jurídicas se formula una interpretación contraria a la justicia o que conspira contra la paz social, se consagra un no-derecho. Al único resultado que ello puede conducir no es a una paz vital, sino más bien a la paz de los cementerios, soterrando las evidencias de la injusticia para que nunca se llegue al conocimiento pleno de la verdad.

¿Cuál puede ser el hecho o testimonio solidario del que se hace cargo la ley cuando a través de

la misma se transmite, y en definitiva se enseña -dado el valor pedagógico que ella conlleva- que el vínculo matrimonial puede fracturarse por la mera voluntad de uno de los cónyuges ante cualquier situación, por insignificante que fuere, prescindiendo totalmente de su eventual gravedad objetiva?

Comparto la opinión de quienes sostienen que el matrimonio no puede ser un lugar donde se injurie gratuitamente, muy por el contrario es un ámbito donde las personas se deben mayor respeto y es el lugar donde los cónyuges van a desarrollar su proyecto de vida en común... Su función es solidaria y no puede estar expuesta ni al embate de la violencia física o psicológica, ni al desentendimiento de sus ínsitos deberes morales... Su fuerte contenido ético no los priva de su carácter jurídico... (conf. Medina, Graciela, "Daños en el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial", R.C.y S., 2015-IV-287). Al no establecerse ahora sanción ni reparación alguna por el hecho de violar los deberes que nacen del matrimonio, ello puede llevar a una conducta despreocupada en el obrar por uno de los cónyuges hacia el otro, o mutuamente, lo que es altamente inconveniente tanto para ellos como para los hijos y para la sociedad, por lo que no se muestra como axiológicamente valiosa ni razonable una norma por aplicación de la cual carezca de consecuencias la

realización de actos que, sin llegar a configurar una situación civil o penalmente reprochable, sean contrarios a los deberes materiales y morales que deben guardar los cónyuges entre sí (conf. Sambrizzi, Eduardo, "Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial", LL 2015-B-746).

Concluimos así que luego del fracaso de todos los intentos posibles por recuperar un matrimonio en crisis, no resulta solidario privar al cónyuge inocente de sus legítimos derechos. Por el contrario, la verdadera solidaridad implica reconocérselos de acuerdo al estatuto que los amparaba en el momento en que aquéllos se generaron.

5. Ahora bien, sin perjuicio de todo lo expuesto, corresponde efectuar una última observación. En los procesos de divorcio por causal subjetiva en trámite a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se aprecian nítidamente dos cuestiones distintas: una referida al divorcio en sí, entendido como disolución del vínculo matrimonial, y otra referida a los efectos jurídicos de dicha ruptura a tenor de sus causas productoras.

Pues bien, respecto de la primera, el nuevo régimen de divorcio permite hoy que la extinción del lazo se produzca por la sola petición de ambos o uno sólo de los cónyuges, siendo por otra parte nula la renuncia de

cualquiera de ellos a la facultad de pedir el divorcio (conf. arts. 436, 437 y 438, C.C. y C.N.).

De modo tal que la demanda de divorcio, aun cuando haya sido oportunamente fundada en la invocación de causales subjetivas, resulta también autosuficiente para precipitar la disolución del vínculo de conformidad con el régimen actual. Su sostenimiento en el tiempo necesariamente porta esta pretensión subsidiaria, por cuanto el orden público hoy vigente apunta a la divorcialidad y la posibilidad de dar por culminado el matrimonio no puede ser objeto de cortapisa (conf. art. 163 inc. 6°, C.P.C.C.).

Vale decir que en los juicios de divorcio en trámite por causal subjetiva, aún frente a la loable intención de mantener latente la posibilidad de una reconciliación, ya no podría derechamente negarse la concesión del distracto ante la falta de acreditación de los extremos configurativos de aquélla. Por el contrario, no podrían oponerse obstáculos a la sobreviniente declaración de divorcio -en el mismo proceso- en tanto se conformen los recaudos previstos en el nuevo régimen legal.

De todas maneras, cierto es que los derechos reconocidos en favor del inocente, como ocurre con cualquier derecho concedido en tutela de intereses privados, pueden ser renunciables, bien que tal intención

debe resultar inequívoca (conf. art. 944 y conchs., C.C. y C.N.). No puede dejar de ponderarse que resulta muy desdorado para el cónyuge que ha sido víctima de una causal de divorcio que ha destruido quizá la parte más significativa de su proyecto de vida, avenirse a negociar un convenio regulador con total prescindencia de la ofensa incurrida por el otro, es decir, en absoluta paridad de condiciones. Si bien puede admitirse que desde el prisma de la libertad que asiste a todo individuo para actuar se afirme que no se le puede obligar a sostener una relación que le restrinja una parte de la misma para siempre, no resulta posible pretender ignorar las consecuencias del incumplimiento de los compromisos plena y libremente asumidos, desencadenantes de su responsabilidad en un vínculo generado y desarrollado bajo tales condiciones.

II. Habida cuenta de todo lo expuesto y con el alcance indicado, considero que no resulta posible declarar la abstracción del debate relativo a la culpabilidad o inocencia de las partes en el presente proceso de divorcio.

Voto por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

Dada la aplicación inmediata del Código Civil y Comercial de la Nación a la materia aquí debatida

(art. 7 del citado cuerpo normativo), y siendo que la novel legislación contempla únicamente un régimen de divorcio sin expresión de causa (art. 437 y ss.), deviene inoficioso que este Tribunal se pronuncie respecto a la configuración de la causal subjetiva invocada por las partes, cuya existencia a los fines pretendidos ha fenecido por imperativo legal (art. 163, inc. 6, C.P.C.C.; doctrina de causa C. 119.424, sent. del 6-IV-2016; C.S.J.N., **in re** CIV 14224/2012/2/RH1 "Terren. Marcela Delia y otra c Campili, Eduardo Antonio s. divorcio", sent. del 29-III-2016).

Voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **de Lázzari**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votó la primera cuestión planteada también por la **afirmativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. Adhiero al voto del doctor Negri en cuanto postula la abstracción de la cuestión relativa a la culpabilidad o inocencia en el divorcio objeto de la presente litis.

i] El art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial (que, en lo sustancial, reitera el texto del art. 3 del anterior Código Civil, según decreto ley 17.711/1968), sienta dos directivas básicas: en primer término, la inmediata eficacia de la ley a las

consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; en segundo, la irretroactividad de la ley, salvo disposición en contrario del legislador y en tanto no se afecten derechos amparados por garantías constitucionales.

La aplicación inmediata de las normas se distingue entonces de la retroactividad. Aquélla no promueve la retroacción legal para evitar que los vínculos jurídicos ya consumidos sean alcanzados por la nueva regla de derecho.

ii] Pero nada obsta a que la nueva norma sea operativa para la posterior modificación o extinción de las situaciones jurídicas existentes -v.gr., matrimonio-. En estos casos, las condiciones de extinción de tales situaciones se rigen por la nueva ley, sin que ello importe una retroactividad vedada (conf. Moisset de Espanés, Luis, "Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 Código Civil. Derecho transitorio", Córdoba, 1976, págs. 22 y 24).

Es cierto que, en el **sub lite**, los hechos en que se pretende fundar el divorcio culpable debatido en autos habrían tenido lugar con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial y que dicho divorcio fue reclamado en sede judicial requiriendo la declaración de culpabilidad. Pero también lo es que la

consolidación de la extinción del vínculo matrimonial no tiene lugar antes de que medie una decisión judicial firme que así lo establezca.

En efecto, la disolución del vínculo matrimonial no se produce al momento en que tienen lugar los hechos configurativos de las causales que contemplaba el derogado Código Civil, ni cuando así es reclamado ante los estrados judiciales. El propio régimen anterior establecía en su art. 213 que tal extinción acaecía "por la sentencia de divorcio vincular" (inc. 3). En forma análoga, el art. 435 inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que el matrimonio se disuelve por divorcio declarado judicialmente.

Por tanto, no mediando sentencia firme de divorcio -de un lado- la extinción del vínculo matrimonial y -del otro- la constitución del nuevo estado jurídico de divorciado, deben juzgarse por el régimen ahora vigente (art. 7, C.C. y C.N.) que, como observa el colega preopinante, elimina las causales y régimen de culpabilidad.

Voto por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

Como consecuencia de lo expuesto en la primera cuestión y dado que el art. 438 del Código Civil y

Comercial determina que toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste, corresponde remitir las actuaciones a la instancia de origen a efectos de que las partes adecuen sus pretensiones a la nueva normativa.

Las costas se imponen en el orden causado (art. 68, 2do. párr., sigs. y concs., C.P.C.C.).

Así lo voto.

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votó la segunda cuestión planteada en el mismo sentido.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

En atención al resultado arribado por la mayoría al decidir la primera cuestión, dejando a salvo mi opinión al respecto, presto mi adhesión al voto del doctor Negri.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

De conformidad a la normativa aplicable al caso y a fin de que las partes puedan ejercer los derechos que les asisten, corresponde devolver las actuaciones a la instancia de grado, a fin de que examine el asunto a la luz de las disposiciones vigentes y, en su

caso, adecue el proceso a dichas directivas.

Así lo voto.

El señor Juez doctor **de Lázzari**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votó la segunda cuestión planteada en el mismo sentido.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

Dado que la propuesta del llamado "convenio regulador" no obra en la causa debido a que las actuaciones fueron promovidas cuando aún no había sido sancionado el nuevo Código Civil y Comercial, corresponde el dictado inmediato del divorcio en los términos del art. 438 y concordantes de la normativa citada, con el objeto de que no se produzcan mayores dilaciones susceptibles de intensificar los conflictos, sin perjuicio de que en la primera instancia se les requiera a las partes el debido cumplimiento de tal recaudo.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, por mayoría, se declara abstracta la cuestión relativa a la culpabilidad e inocencia en el divorcio y, en consecuencia, los recursos

extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley incoados no pueden ser considerados. Los autos deberán volver a la instancia de origen a los efectos de que las partes adecuen sus pretensiones a la nueva normativa vigente. Las costas se imponen en el orden causado (arts. 68, 2do párr. y 289 y 298, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

HILDA KOGAN

HECTOR NEGRI

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

CARLOS E. CAMPS

Secretario