

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los ..12.... días del mes de diciembre del año dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, doctores **LAURA INES ORLANDO Y LUIS TOMÁS MARCHIO** con la presencia del Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. nº, en los autos: **“BILBAO LAURA ESTELA Y ACOSTA PEDRO DANIEL S/DIVORCIO ART. 215 DEL COD. CIVIL ”.-**

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal.

PRIMERA: ¿Se encuentra ajustada a derecho la resolución apelada de fs. 19/24?

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dió el siguiente resultado para la votación: doctores Luis Tomas Marchió y Laura Inés Orlando.-

VOTACIÓN:

A la **PRIMERA CUESTIÓN** planteada, el Sr. Juez Dr. Marchió dijo:

I.- La Sra. Juez de la instancia de origen declaró la inconstitucionalidad del trámite y finalidad del art. 236 del C.C. por lo que prescindió del sistema de audiencias reglamentado por dicha norma. En consecuencia hizo lugar a la demanda de autos y decretó el divorcio vincular de los cónyuges Laura Estela Bilbao y Pedro Daniel Acosta en los términos previstos por el art. 215 del Código Civil y con los efectos establecidos en los arts. 217, 218 y 236 de dicho texto normativo. Asimismo declaró disuelta la sociedad conyugal

desde el día 7 de febrero de 2014, impuso las costas por su orden y homologó lo convenido por las partes en cuanto a la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal. Por otro lado, reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. Las partes consienten el decisorio y el Sr. Fiscal Dr. Altube interpone recurso de apelación (cfr. fs. 33) el que fue concedido en relación (cfr. fs. 34). El Ministerio Público Fiscal sostiene el recurso con el memorial que luce a fs. 48/50. Arribados los autos a esta Alzada, la Presidencia corrió vista al Sr. Fiscal de Cámaras (cfr. fs. 53) quien a fs. 54 emite dictamen adhiriendo y haciendo propios los fundamentos expuestos por el Dr. Altube. Una vez los autos en esta Sala, mediante la resolución de fs. 56 se amplió la concesión del recurso, concediéndolo libremente, y se fijó el plazo de 5 días para que el recurrente ejerza las facultades previstas por el art. 255 del CPCC. Una vez firme el llamamiento de autos para sentencia dictado a fs. 58 y recién después de practicado el sorteo de ley por parte de esta Alzada, quedaron las presentes actuaciones en condiciones de ser votadas.

II.- La sentencia. Los fundamentos de la magistrada de la instancia anterior para decretar la inconstitucionalidad del trámite y finalidad del art. 236 del C.C. y como consecuencia de ello decretar el divorcio vincular en los términos del 215 del mismo cuerpo legal son los que a continuación explico: a) comienza afirmando que fueron las partes las que solicitaron la inconstitucionalidad referida y que a partir del fallo “Rodríguez Pereyra c/Ejército Argentino s/Daños y Perjuicios” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación los jueces tienen la obligación de efectuar también el control de convencionalidad. b) continúa haciendo un relato de los antecedentes legislativos que precedieron a la actual redacción del art. 236 de la ley sustantiva para afirmar que las situaciones fácticas que motivaron la sanción inicial de dicha norma quedaron desfasadas en el tiempo y que produjeron un incremento en la problemática familiar y que en el Código Español (antecedente legislativo de nuestra norma según afirma) ya se

reforma el trámite previsto originariamente concediendo primacía a la autonomía de la voluntad como único requisito para disolver el vínculo matrimonial. c) Sostiene que la norma cuestionada colisiona con los principios establecidos por el art. 19 de la C.N. en tanto atenta contra la libertad de intimidad de las personas. Destaca que la exigencia de doble audiencia y plazo de espera entre ellas vulnera la libertad de las partes pues implica una intromisión arbitraria en la intimidad de dos personas adultas que decidieron divorciarse de manera madura, invadiendo su intimidad, privacidad y autonomía personal al exigírseles que expongan las causas por las cuales deciden divorciarse en forma conjunta y motivarlos a una reconciliación. d) Sobre la base de ello, pone de resalto que dicha norma tampoco supera el control de convencionalidad ya que vulnera el derecho a la libertad establecido en los arts. 3 de la D.U.D.H; en el art. i de la D.A.D.H; en el 7.1 del Pacto de San José de Costa Rica; en el art. 9.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. e) Afirma que vulnera el derecho a la intimidad también garantizado por las convenciones y pactos recién señalados. f) Por otro lado, sostiene que la norma cuestionada afecta, además, a otros derechos de rango constitucional como son la protección familiar, el principio de igualdad y no discriminación regulados asimismo por los instrumentos internacionales aludidos. g) En cuanto a la tensión entre la imperatividad de las normas del derecho de familia calificadas como de orden público y el derecho a la libertad de las personas de decidir sobre su proyecto de vida y poner fin a un matrimonio desquiciado sin tener que someterse a los plazos de espera que determina el art. 236 del C.C., afirma que dicho orden público no se presenta, en el caso, como una directriz razonable ya que la finalidad de mantener vigente un estado civil registral, cuando el afecto y la cohabitación entre las partes cesó, no vulnera ni el interés social ni el bien común. En este sentido destaca que no advierte que la decisión de los cónyuges atente contra la moral ni dañe a terceros. Afirma asimismo que resulta excesivo

ampararse en el precepto de orden público cuando las situaciones fácticas no afectan ningún interés general y concluye que no hay un interés superior u orden público que lleve al Estado a ser él quien decida si son valederos los motivos que los llevan a la decisión de divorciarse y a obligarlos a un plazo de reflexión.

III.- El recurso. El Ministerio Público Fiscal en la pieza sostenedora de su apelación (fs. 48/50) afirma: a) Que si bien el Juzgador debe resguardar la vigencia de la Constitución Nacional por sobre las leyes de menor jerarquía, lo que no puede hacer es llevar dicha función al extremo de irrogarse facultades que son propias del legislador. b) Hace incapié en el orden público que rige en las normas del derecho de familia con sustento en lo normado por el art. 36 inc. 1 de la Constitución Provincial. c) Destaca que el matrimonio resulta la institución fundacional de la familia y que por lo tanto, las normas que lo regulan deben direccionarse a su fortalecimiento. d) Afirma que por ello, las normas del derecho de familia tienen carácter imperativo y que la voluntad de las partes se encuentra limitada por el interés superior. e) Pone de resalto que el Código Civil, determina que no existe separación personal o divorcio vincular sin existencia cierta y real de su causa, aun en los supuestos de presentación conjunta. Agrega que tales causas son el fundamento de la sentencia de divorcio. f) Sostiene que tratándose de normas que regulan el derecho de familia, el derecho a la intimidad cede ante el interés público. g) Considera que las previsiones del art. 215 y 236 del C.C. configuran una cuestión de oportunidad, mérito y conveniencia sobre la que el Poder Judicial no debería pronunciarse. h) Concluye afirmando que de confirmarse la sentencia, involuntariamente se estaría llevando la actividad jurisdiccional al extremo de suplir la voluntad del legislador y de sus representados y con ello, el sistema republicano de gobierno se vería lesionado.

IV.- La solución que propongo. La sentencia debe ser confirmada. Comienzo por señalar que lo que propondré importa variar el criterio que sostuve hasta el 8/04/2014 fecha en la cual suscribí la última sentencia interlocutoria que revocaba la inconstitucionalidad del art. 236 C.C. decretada por la magistrada de la instancia de origen. Arribo a esta nueva postura luego de un reexamen de la cuestión. Naturalmente que sería más fácil para este Magistrado reiterar los antecedentes –no tan lejanos en el tiempo- que reexaminar la temática a decidir y concluir por la solución contraria, pero es mi más sincera convicción que de esta forma arribo lo más cerca posible a la prestación de un adecuado servicio de justicia tal como nuestra Constitución impone a quienes emprendemos la difícil tarea de impartir justicia (art. 18 CN).

Dicho ello, señalo que la “piedra fundamental” para dar andamiaje a la solución que propongo se aloja en lo que considero la actual pérdida de vigencia de imperatividad e indisponibilidad de las normas que rigen al matrimonio en lo que respecta a su disolución, es decir al divorcio, cuando media acuerdo de los cónyuges y cuando no hay imputación de ninguna causal subjetiva atribuible a uno de ellos (como lo es en el caso, lo que acontece cuando se acciona en los términos previstos por el art. 215 del C.C.).

En este sentido, compartiendo lo sostenido por la a-quo, destaco que no evidencio cuál es el interés de la sociedad, el interés general o el bien común -según prefiera denominarse a lo que se intenta proteger cuando se habla de orden público familiar- que justifique permitir al Estado tamaña intromisión en la intimidad de los cónyuges que de forma libre, madura, conciente, asesorada y sin la conflictiva propia de un divorcio por causal subjetiva, intentan, de común acuerdo y una vez cumplido los requisitos legales ---en la especie es indisputable que el plazo de 3 años desde la celebración del matrimonio ha transcurrido

holgadamente (art. 215 C.C. cfr. acta de matrimonio de fs. 1, 9/5/1997)---, poner fin al vínculo matrimonial pero que no lo pueden hacer porque ven violentado su derecho a la intimidad reconocido por nuestra Constitución Nacional (su art. 19 CN) al tener que expresarle al Juez las “causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común”, y correr el riesgo, aún una vez claudicado en tal derecho personalísimo, de que el magistrado considere –ya que a tal efecto lo faculta el art. 236 C.C.- que tales causas graves no son suficientes para decretar el divorcio que peticionan.

Tampoco advierto riesgo ni posibilidad alguna de que se afecten intereses de terceros si no se le exige a los cónyuges que invoquen al Juzgador las causas graves que motivan su decisión divorcista. Aquí podría decir alguien, acaso, que se afectaría el derecho de los hijos –para el caso de su existencia- a crecer y criarse en el ámbito de su familia (arg. art. 11 segundo párrafo de la Convención Internacional de Derechos del Niño) y en la medida que se afectan derechos de menores podría hablarse de vulneración al orden público. Pero a poco que se analiza la cuestión fácilmente se concluirá en que los derechos de los hijos de los cónyuges, niños en muchos casos, son más vulnerados si se les obliga a sus padres a permanecer unidos legalmente en matrimonio cuando ninguno de los dos tiene intención de hacerlo cualquiera que fuese la causa.

Me interesa volver sobre lo que acabo de sostener en el párrafo anterior porque me permite retornar al centro de la cuestión referida, tal como lo señalé, a la pérdida de vigencia de imperatividad e indisponibilidad de las normas que rigen en lo que respecta al divorcio cuando media acuerdo de los cónyuges y no se imputa ninguna causal subjetiva de divorcio. En efecto, al haber hecho mención a un eventual argumento del derecho del niño a crecer y criarse en su familia de origen para abonar la constitucionalidad de la norma del art. 236, pese

a que vulnera la intimidad de los cónyuges, traigo a colación un tópico respecto del cual, recién a partir de la segunda década del siglo XXI, parece haberse producido un cambio de enfoque. Me estoy refiriendo a la inescindibilidad que durante años se sostuvo en cuanto a la familia y el matrimonio. Que tiempo atrás no se concebía a la familia por fuera del matrimonio resulta ser un hecho notorio, como lo es el hecho que paulatinamente la realidad de las relaciones humanas fue abriendo paso a otros tipos de familia por fuera del matrimonio, y si bien con alguna resistencia al comienzo, hoy no puede dudarse que la gran mayoría de la sociedad acepta y entiende como familia no solo la que deriva de la unión matrimonial del hombre y la mujer, sino también a aquellas conformadas por la unión matrimonial de dos personas del mismo sexo (Ley 26.618), las conformadas por padres o madres solteras, las conformadas por uniones convivenciales, las llamadas ensambladas, etc.

No voy a reiterar los antecedentes legislativos del art. 236 del C.C. ya efectuado en la sentencia en crisis, pero me parece oportuno detenerme en los antecedentes sociales que giraron en derredor a dicha normativa. En efecto no puede perderse de vista que antes del año 1987 se entendía al vínculo matrimonial como perpetuo e indisoluble, muy ligado a la noción eclesiástica de matrimonio, y que la sociedad en su conjunto entendía por aquel entonces que la familia estaba conformada por el matrimonio. Matrimonio y familia eran inescindibles. En tal contexto no resulta llamativo que el dictado del art. 236 del Código Civil que estatuyó el trámite procesal indisponible para canalizar el divorcio vincular por presentación conjunta de los cónyuges luego de transcurridos tres años de la celebración del matrimonio, haya sido considerado “razonable” puesto que era loable --siempre desde la posición matrimonio=familia-- la finalidad que perseguía de reconciliación de los cónyuges

y evitar rupturas abruptas e intempestivas sin una causa que lo ameritase (tal es su tésis), puesto que de lo contrario peligraría la institución del matrimonio, y con ello, la de la familia. En tal escenario sociológico, entendiendo a la familia como la célula básica de toda sociedad, nadie hubiera dudado acerca de la constitucionalidad de tal norma ya que proteger al matrimonio y bregar por su continuidad importaba proteger a la familia. De ahí el orden público que impregnó a tales normas.

Pero como el derecho no es un estanque inmóvil, sino que lleva en su génesis la dinámica propia de toda sociedad y reconoce realidades innegables (como lo es por ejemplo el nuevo código civil y comercial ya dictado que comenzará a tener vigencia a partir del año 2016 y que elimina la invocación de causales de divorcio), el análisis constitucional de una norma debe hacerse a la luz de la realidad social actual del momento en que se juzga. En este sentido, que mejor que citar al maestro constitucionalista ya desaparecido Dr. German J. Bidart Campos. En su obra "Manual de la Constitución Reformada", Bajo el título "la inconstitucionalidad en el tiempo" afirma: *"Cuesta imaginar que la constitucionalidad y la inconstitucionalidad varíen en el tiempo. Sin embargo, son muchos los casos en que el fenómeno acontece. Veremos solamente algunas hipótesis: ...d) El cambio temporal de las valoraciones sociales en torno de determinadas cuestiones también es capaz de convertir en inconstitucional una norma que antes no lo era porque coincidía con las valoraciones de su época..."* (cfr. Ob. Cit. Ed. Ediar. Bs. As. 2003. T. I. pag. 354). Creo que lo que acontece con la valoración actual que se tiene del art. 236, de la exigencia de informar las causas graves que motivan la decisión de divorciarse y de la facultad del juzgador de no considerarlas suficientes es muy diferente a la que se tenía al

momento de su dictado y ello, estimo, por las razones que expuse en los párrafos precedentes (matrimonio=familia).

Por algún lado, en los párrafos que anteceden, traje a colación el concepto de razonabilidad. Toda norma debe contener tal característica. La razón de ser de una norma, el fin que persigue y el método empleado es lo que permite afirmar respecto de su razonabilidad. Y para que una norma infra constitucional como lo es el Código Civil, específicamente su art. 236, límite o restrinja el derecho a la intimidad de rango constitucional debe ser razonable, de lo contrario se convierte en inconstitucional (art. 31 C.N., BIDART CAMPOS, ob. cit. T. II pag 343). Justamente lo expuesto en cuanto al cambio temporal de las valoraciones sociales se encuentra relacionado con la noción de razonabilidad ahora expuesta. Hoy en día, en las postrimerías del año 2014, a tan solo un año y meses de la entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial que elimina todas las actuales disposiciones referidas al divorcio, la limitación al derecho a la intimidad ya aludido que prevé el art. 236 tantas veces citado a lo largo de este voto no supera el test de razonabilidad, y en consecuencia, tampoco el de constitucionalidad.

A esta altura, y luego de todo lo expuesto, me pregunto ¿Cuál es el fundamento –en la especie- para exigirles a los cónyuges que expongan al juez las causas graves que motivaron su decisión de divorciarse? ¿Cuál es el fundamento para facultar al Juez a no decretar el divorcio si según su criterio tales causales no son suficientes?. Me permito afirmar que ninguno. O en caso de existir, que tal fundamento no es razonable. Y entonces, ¿Se puede hablar hoy en día de imperatividad de las normas que rigen –en la especie- el divorcio? ¿Se puede hablar de orden público? Me permito sostener que no. O dicho de otra manera, si se puede hablar de ello pero estimo que no es correcto.

No voy a agregar mucho más para dejar propuesta la confirmación de la sentencia en recurso. Solo quiero aclarar que no estoy propiciando el divorcio sin causa porque ello sería un sinsentido ya que toda decisión –como la es la consensuada por los cónyuges para divorciarse- tiene una causa. Lo que sostengo es que hoy en día no es constitucional, por resultar irrazonable, la limitación al derecho de intimidad previsto por el art. 236 al obligarle a los cónyuges a exponer las causas del divorcio.

Por último destaco que no pierdo de vista que la declaración de inconstitucionalidad de una norma, tal como lo sostiene inveteradamente la CSJN es la “última ratio” (fallos 256:602, 302:166; 307:531; 316:188 entre muchos otros), es decir la última instancia a la que debe acudir, pero en la especie no encuentro una solución alternativa que evite tal declaración de inconstitucionalidad y a la vez resguarde acabadamente el derecho de intimidad de los cónyuges que –lo reitero- de forma libre, madura, conciente, asesorada y sin la conflictiva propia de un divorcio por causal subjetiva intentan, de común acuerdo y una vez cumplido los requisitos legales poner fin al vínculo matrimonial pero que no lo pueden hacer porque ven violentado su derecho a la intimidad reconocido por nuestra constitución nacional al tener que expresarle al Juez las “causas graves que hacen moralmente imposible la prosecución de la vida en común”, y correr el riesgo, aún una vez claudicado en tal derecho personalísimo, de que el magistrado considere –ya que esta facultado a tal efecto art. 236 C.C.- que tales causas graves no son suficientes para decretar el divorcio que peticionan.

V.- De conformidad con todo lo expuesto, y bien que por los motivos y fundamentos desarrollados en los párrafos que preceden, propongo confirmar la sentencia recurrida en todo cuanto fue materia de recurso y agravio con costas

de Alzada en el orden causado atento que lo decidido importa una variación del criterio que hasta el presente venía sosteniendo esta Sala (art. 68 CPCC).-

A esta primera cuestión, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.-**

A la misma **PRIMERA CUESTIÓN**, la Sra. Jueza Dra. Orlando aduciendo análogas razones, dió su voto también por la **AFIRMATIVA.-**

A la **SEGUNDA CUESTIÓN** planteada, el Sr. Juez Dr. Marchió dijo:

En mérito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 19/24 en cuanto es materia de recurso y agravio.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado.

ASI LO VOTO.-

A la misma **SEGUNDA CUESTIÓN**, la Sra. Jueza Dra. Orlando, por iguales fundamentos y consideraciones, emitió su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Mercedes, de diciembre de 2014.-

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que conforme los términos del acuerdo que precede, se

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 19/24 en cuanto es materia de recurso y agravio.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado.

3.- REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-