En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil once, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"V., C. V. y S. M., S. A. s/ DIVORCIO VINCULAR POR PRESENTACIÓN CONJUNTA", expte. nro. 242/11**, venidos del Juzgado de Familia nro. 1 (expte. nro. 79/11), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 51), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 17/24? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) La Sra. Juez de la instancia de grado rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 215 y el procedimiento de audiencias contenido en el art. 236 CC y rechazó la demanda de divorcio vincular por presentación conjunta, atento a que no operó el plazo establecido por ley. Impuso las costas a los accionantes y reguló los honorarios.

II) Tal decisión es apelada por las partes. Concedido el recurso, cumplen los apelantes con la carga procesal (art. 248 CPCCCh).

Transcriben los quejosos la parte pertinente de la sentencia y las consideraciones finales de la magistrada, lo que entienden pone en evidencia su disconformidad con el control de constitucionalidad de las normas por parte de los jueces.

Indican qué es lo que debiera haber hecho la

sentenciante y cuál fue la intención de los presentantes.

Mencionan el fallo de la CSJN para concluir que es errático el pensamiento de la jueza a partir de tal pronunciamiento.

Destacan que la reforma constitucionalidad de 1994 habilita a los jueces a declarar la inconstitucionalidad. Mencionan cuándo la Corte exige que dicho control se efectivice.

Desde el punto de vista procesal, también es admisible (art. 34, inc. 4°, del Cpr.).

En el segundo agravio aluden a la fundamentación ilógica e insuficiente para sustentar la constitucionalidad.

Señalan que la cuestión sometida a conocimiento y decisión fue la declaración de inconstitucionalidad del plazo mínimo exigido por el art. 215 del CC y del proceso de doble audiencia conciliatoria del art. 236 CC, y ante ello la Sra. Juez debió realizar una tarea interpretativa, contraponiendo a las normas cuestionadas el contexto normativo constitucional e internacional vigente, pero emitió solo una sucesión de diversas opiniones de corte doctrinario, jurisprudencial y personal que giraron en torno a los arts. 215 y 236, sin encontrar una coherencia lógica con la conclusión a la que arriba.

Dicen que el caso plantea una colisión entre el derecho de libertad de intimidad de los cónyuges, contenida en el art. 19 de la Carta Magna con el poder de reglamentación del Estado de esos derechos, lo que no fue analizado por la Sra. Juez.

Relatan la evolución del razonamiento judicial al pensamiento del a-quo.

Se preguntan y dan las razones por las que deben ser cuestionados en su constitucionalidad los arts. 215 y 236 del CC, y es porque el orden público familiar y los intereses que se tuvieron en cuenta en el momento de su dictado 1986, ya no son los mismos.

Se trata, alegan, de dos personas adultas y capaces que decidieron divorciarse, no existe interés público en mantener, reconciliar o dilatar la unión conyugal por sobre la propia libertad de

construir cada uno su propio proyecto de vida.

Retoman los argumentos sobre la libertad a la intimidad.

En el punto 3 indican que frente a las causas íntimas que fueran, lo cierto es que ambos cónyuges han proyectado su vida cada uno por separado y la realización de ese plan diseñado depende de lograr la recuperación de la aptitud nupcial sin someterse a intromisiones indebidas a su vida privada ni dilaciones arbitrarias.

Hacerlos esperar hasta el 13 de febrero de 2012 para presentar su demanda de divorcio consensuado y luego tener que concurrir al Tribunal a fin de dar explicaciones y tener que tolerar que un desconocido, el juez, se entrometa en sus vidas, implica causar en la esfera de los derechos analizados un ataque por intromisión a los mismos.

Hace reserva del caso federal.

III) a) V. y S. M. promueven demanda solicitando se decrete el divorcio vincular en los términos de los artículos 215 y 236 del Código Civil, planteando la inconstitucionalidad del plazo de tres años de matrimonio y la fijación de las dos audiencias conciliatorias establecidas en la normativa de fondo.

Contrajeron matrimonio en la ciudad de Comodoro Rivadavia y alegan que el matrimonio no se consumó y que se encuentran separados de hecho sin voluntad de unirse desde la misma fecha en que se celebró el matrimonio. Fundaron su derecho en los artículos 215 y 236 del CC.

Con relación a la inconstitucionalidad del art. 215 del CC, la Sra. Juez rechazó el planteo por considerar que la espera de tres años para solicitar el divorcio no convierte a la norma en inconstitucional, ya que no se produce una flagrante violación a las normas de jerarquía constitucional, correspondiendo al congreso -en uso de las facultades que le son propias- proceder a la reforma integral de la ley de matrimonio civil, que integra el Código Civil.

Es cierto que la magistrada solo indicó que el tiempo

establecido no la convierte en inconstitucional, no siendo razón suficiente.

Y si bien es acertado que tal decisión es resorte del Congreso, no son menos exactos los argumentos acercados en la expresión de agravios a fin de sostener que no le está vedado al juez declarar la inconstitucionalidad de las normas.

A lo que agrego lo ya argumentado al respecto por los Sres. Camaristas que lograron mayoría en autos “M., N. E. y P., F. A. s/ divorcio vincular por presentación conjunta”, expte. N° 240/2011, SI 106/2011. Frente a este específico planteo es menester recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido pacíficamente la atribución y el deber de los tribunales de justicia —nacionales y provinciales— de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella. Incluso ha remarcado que este constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos; atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza necesariamente subordinada del segundo (Fallos: 33:162, 194; entre otros).

También la doctrina ha dado sólidos argumentos para justificar el control judicial de constitucionalidad y sobre todo para excepcionar el argumento que niega tal posibilidad de revisión por parte de los jueces. El prestigioso jurista Carlos Nino, previo analizar las razones en las que se sustenta la tesis negatoria, concluye sosteniendo que de las causales de los propios argumentos que sirven, en principio, para negar el control judicial de constitucionalidad, se derivan importantes causales para habilitar la revisión judicial de las leyes y otras normas democráticas. Justamente, esas causales están relacionadas con la supervisión del mismo procedimiento democrático para corregirlo y

ampliarlo, con la exclusión de normas con fundamento perfeccionista y con la preservación de la continuidad de la práctica constitucional (cf. Nino, Carlos S., “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Astrea, 2005, 3ª reimp., p. 703 y ss).

b) Sin perjuicio de ello, sabido es que la Ley 23525 permite que los cónyuges soliciten conjuntamente su separación personal o divorcio vincular conforme lo disponen los arts. 205 y 215 del CC, “causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común”, tales causas se mantienen en reserva y solo se exteriorizan ante la presencia del juez y de acuerdo a lo que establece el art. 236.

En autos, lo alegado en la demanda es la falta de consumación del matrimonio, ya que nunca convivieron, habiendo decidido el mismo día del matrimonio divorciarse, es decir que la causa que invoca no ha permitido alegar razón que haga imposible la vida en común.

No obstante haber manifestado el motivo, las partes se han presentado por mutuo acuerdo y si el matrimonio ha sido formado por acuerdo de los cónyuges nada impide que pueda ser disuelto del mismo modo.

“La voluntad -léase también libertad en sentido constitucional- de los interesados puede deshacer lo que ella hizo previamente, más cuando se comprende que el divorcio representa un derecho de cada cónyuge, que predomina sobre el interés familiar y social -sin perjuicio de las responsabilidades que conlleva su decisión-, cualesquiera sean las circunstancias e independientemente de la idea de culpa. No se trata de investigar por qué la cuestión ha fracasado y quién es el responsable para sancionarlo, sino de constatar objetivamente -a través de la demanda conjunta donde se expresa claramente la decisión del divorcio- la quiebra del matrimonio y aportar a los cónyuges un remedio al que tienen pleno derecho: el divorcio (cf. Méndez Costa-Ferrer-D’Antonio, "Derecho de Familia", tomo III-A, 2009, p.11 y 12).

c) Establecido ello, he de abocarme a las

inconstitucionalidades planteadas y haré en principio consideraciones generales que servirán de andamiento para la decisión a adoptar a fin de determinar si lo que disponen los artículos en cuestión, en punto al plazo y la celebración de las audiencias (arts. 205 y 236), resulta compatible con el juego armónico del conjunto de derechos constitucionales aquí involucrados y no implica la supresión lisa y llana de tales derechos sin que existan para ello razones constitucionalmente legítimas (artículos 19 y 75, inc. 2, de la CN).

Y he de partir de la protección constitucional en función de los derechos individuales de los ciudadanos y la libertad de la que gozan, el que tiene como límite el respeto al orden público y los derechos de los otros (art. 19 CN).

Tal libertad requiere del Estado, por una parte, la inhibición de actitudes o limitaciones que puedan oponerse al pleno desenvolvimiento de la persona y, por la otra, la creación y la prestación de condiciones adecuadas para la realización práctica de los derechos del hombre (cf. Zarini, Helio Juan, "Constitución de la Nación Argentina Comentada", Astrea, 1996, ps. 105, com. art. 19; CSN, en Fallos; 306:1892). Asimismo, a decir Sagüés, Néstor P., "La interpretación judicial de la Constitución", Depalma, 1998, pág. 65 y siguiente, lo que debe alcanzarse es una interpretación mutativa de la realidad presentada en el caso, para alcanzar así la interpretación acorde con el objetivo filosófico de nuestra Constitución (arts. 19, 31 y 75, inc. 22, CN).

A ello debe agregarse la necesidad constitucional de que las partes obtengan una respuesta rápida y eficaz, que constituye la garantía de defensa en juicio que ponga fin a los conflictos dentro de los límites de lo razonable y conforme las circunstancias de cada caso, evitando así una inútil y dispendiosa actividad jurisdiccional (exigencia de "Afianzar la justicia..." contenida en el Preámbulo de la CN; cf. CSN, Fallos 302:299; Conclusiones de la Segunda Conferencia Nacional de Jueces, Salta 7-9-07, LA LEY, 25-9-07).

Al iniciarse la acción de divorcio, existe en el

ordenamiento infraconstitucional un requisito legal que conculca la autonomía de la voluntad para acceder libremente a consagrar jurídicamente la crisis, “y no hace falta decir que, conforme el actual ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, nadie puede divorciarse como quiera ni cuando quiera, sino que debe hacerlo de acuerdo a una rigurosa regulación legal, que restringe, limita o reglamenta el ejercicio de ese derecho o facultad”.

Solo la noción de orden público justifica el avance sobre el espacio de la libertad reservado o autonomía de la voluntad del sujeto gobernado, reglamentándolo mediante la restricción o limitación del ejercicio.

La idea de orden público, como bien lo dice Bueres (cita en “Derecho de Familia”, julio-2011. N° 50, “La libertad y la divorcialidad”, doctrina que sigo), “no es una noción precisa, es un concepto inasible, que está ligado esencialmente a las ideas que predominan en la sociedad,... es un conjunto de principios” que tienden a preservar los valores humanos fundamentales, pero no de todo el mundo y en forma intemporal, sino solo de una sociedad determinada en un momento histórico determinado.

De allí su mutabilidad y variabilidad, pues un cambio de circunstancias económicas o políticas puede influir de tal modo en el aspecto jurídico, que la norma aparezca despojada de orden público y ello es lo que sucede con lo que disponen los arts. 215 y 236 en punto al tiempo que debe transcurrir para poder iniciar el divorcio, en este caso, y el procedimiento a seguir.

Siguiendo la doctrina citada, no cabe duda de que la familia, como fundante de una sociedad, merece ser categorizada como cuestión de Estado, pero no todos los institutos por igual, ya que se corre el riesgo de intervenir lesionando la libertad de las personas.

Se dan, se afirma, tres posturas: una posición liberal, otra que entiende que el derecho de familia es de orden público en su totalidad y la postura mixta que establece que la protección de la familia

deriva de las exigencia constitucionales, plasmada en los tratados constitucionales y se convierte en una exigencia del Estado Social de Derecho, debiendo intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión en los derechos fundamentales de alguno de ellos.

Ahora bien, si se analiza la evolución de la familia, el matrimonio, la posición de los hijos y de la mujer, la idea de la indisolubilidad del matrimonio, la sanción de la Ley 26618, y la democratización de la sociedad y el Estado, viéndose impactado el derecho constitucional de familia por la reforma constitucional de 1994, en particular con la incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 9. 1 del Pacto de Derechos Civiles, relacionados con el derecho a la libertad; art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuanto establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia; art. 11 incs. 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en punto a la vida privada y autonomía de la voluntad en las relaciones familiares), considerada dicha circunstancia como un hito trascendental en la historia y desarrollo de dicha materia (Kemelmajer de Carlucci, Aída; prólogo a la obra "Derecho Constitucional de Familia" de Andrés Gil Domínguez, María Victoria Famá y Marisa Herrera, Buenos Aires, Ediar, 2006, Tomo I, pág. 9, vemos que al decir de la jurista y doctrinaria citada, la información que llega de todas partes era y es apabullante y los datos del conocimiento envejecen rápidamente y ello tiene una marcada influencia en lo que antes era considerado de interés familiar, ya que se convierte en una máxima que no tiene relación con el mantenimiento de la familia como institución, sino con la posibilidad de

contemporizar las razones del grupo con el derecho de cada uno de sus miembros, lo que lleva a adoptar una visión privada e individualista de las relaciones familiares.

Cabe recordar que la influencia del Estado partía de la indisolubilidad del matrimonio, ya que ello marcaba lo que se entendía como familia y familia matrimonial, lo que desaparece a partir de la introducción del divorcio vincular, de allí que mantener restricciones a esta admisión resulta una incoherencia.

Han pasado más de 20 años desde la implementación de la Ley 23525, de allí que las restricciones que impone, de acuerdo a la evolución ya enunciada, resulta no sólo irrazonable, sino que se torna inconstitucional.

Ya no se da la equivalencia entre familia y matrimonio, ya que la familia matrimonial es una de las tantas formas que cobija a la familia, pues el divorcio no termina con la familia, sino con el matrimonio, manteniéndose la familia y cambiando solo sus modos o formas.

No obstante, aún con todos los avances de la sociedad y de las normas constitucionales, las disposiciones que tenemos en estudio adoptan todavía un sesgo patriarcal, y ello se avizora en cuanto la legislación fija el plazo de tres años para acceder al divorcio, lo que va en contra de la libertad de los individuos, debiendo partirse de que toda persona adulta es capaz de valorar y reflexionar sobre la conveniencia, no solo de permanecer casada, sino de cuándo y cómo.

Entiendo que establecer plazos para la invocación de la causal de separación de hecho atenta contra el valor justicia. Así lo ha entendido parte de la doctrina que comparto, Dr. Mauricio Luis Mizrahi (en "Familia, matrimonio y divorcio", editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 254), Nora Lloveras y Marcelo Salomón ("El Derecho de Familia. Desde la Constitución Nacional", edit. Universidad, págs. 298 a 301), Dra. Marisa Herrera en el XII Encuentro Anual de Institutos de Derecho de Familia de la Provincia de Buenos Aires (celebrado en Lomas de Zamora el 21/08/2009), entre muchos y ha sido seguido por la jurisprudencia, tal

como el Juzgado de 1ª. Instancia de Familia de Río Gallegos Nº 2; 22/06/2010; "S. L. y otros s/ Separación Personal" – Tribunal colegiado de instancia única del Fuero Familia N° 2 de La Plata (Buenos Aires) – 16/07/2010 y el mismo Tribunal con fecha 6-5-2010, Tribunal Colegiado de Rosario, 14-11-2006. A lo que sumo y hago propios los fundamentos dados por mis colegas de la Sala A, quienes hicieron mayoría en SI N° 106 y 107 /2011.

En autos no se advierten intereses que afecten el orden público, no hay hijos menores, no existe reclamo alimentario entre cónyuges previo ni concomitante con la presentación efectuada, no se demandó el uso o atribución del hogar conyugal, no existe imputación de culpa, no hay bienes gananciales, por lo tanto ni el juez ni el Estado pueden impedir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, consagrado en la Constitución, sin que ello se torne inconstitucional. Iguales consideraciones son de aplicación con relación al procedimiento que dispone el art. 236 del CC, la fijación de dos audiencias ante el Juez a fin de exponer las causales alegadas como fundamento del divorcio, máxime en el caso de autos, donde las partes conjuntamente declaran la causal en el escrito de demanda.

A lo que agrego que la normativa relacionada con el divorcio vincular que plasman los artículos 215 y 236 del CC debe ser interpretada y, por ende, revisada con fundamento en lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Sejean" que dio origen a la sanción de la Ley 23525.

Actualmente la doctrina especializada también se ha expedido al respecto, así encontramos a María Bacigalupo de Girard que ha comentado: "…La segunda cuestión que merece análisis es la evaluación que debe realizar el juez sobre las causas que hacen imposible la vida en común expresadas en esa primera audiencia por los cónyuges, y surge claramente que dicha modalidad debería ser modificada, que exista la posibilidad de no tener que explicar al juez —aun en audiencia privada— los motivos que hacen imposible la vida en común, ya que

podría ocurrir que el magistrado considerase que los motivos no son suficientes y decidiese, porque la ley así se lo permite, no hacer lugar a la demanda de divorcio, encontrando que los motivos aducidos por las partes no son suficientemente graves. Parece un exceso. Aun más, de qué manera el juez interviniente podrá tomar una decisión si solo cuenta con lo expresado por las partes y ninguna otra prueba más…" (en "El divorcio sin expresión de causa. La necesidad de su inclusión en nuestra legislación", publicado en "La familia en el nuevo derecho", 2009, edit. Rubinzal Culzoni, Tomo I, pág. 417).

Marta del Rosario Mattera cuestiona directamente la constitucionalidad de la normativa aquí analizada y refiere: "… Planteada la cuestión dentro del ámbito del Derecho de Familia, y dejando de lado las diversas posturas acerca de si debe reconocerse o no a la familia, como tal, titularidad en relación con la protección jurídica de la vida privada, no caben dudas de que en caso de divorcio o de separación personal estamos en lo que Bidart Campos denomina "intimidad de dos", afirmando que la intimidad también es un derecho de base constitucional cuando pertenece en común a dos o más personas, refiriéndose precisamente al marido y a la esposa. Señala, también, que intimidad y autonomía de la voluntad no se identifican, pero que presentan en esta materia una similitud al imponer una valla al Estado, a los terceros y a la ley, en cuanto preservan zonas exentas de interferencia o decisiones personales, respecto de las cuales la ley solo está constitucionalmente habilitada para establecer limitaciones para proteger el orden —sea o no público—, la moral pública y los derechos ajenos (art. 19, Const. Nac.). Así situados, no parece posible sostener que las causas concretas por las cuales los dos cónyuges han decidido solicitar su separación personal o su divorcio vincular por la vía del artículo 236 del Código Civil sea una cuestión que afecte el orden, la moral pública o los derechos ajenos. De lo contrario, no podría bastar con explicitar tales motivos en forma verbal y reservada ante el juez, sino que estos deberían ser debidamente acreditados, cualquiera sea el tiempo que haya podido transcurrir desde

una separación de hecho previa…" (en "El juez frente al divorcio: respeto por la autonomía y privacidad de los cónyuges", Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia Nro. 16, 2000, edit. Abeledo Perrot, pág. 83).

Aún más, Néstor Solari en el XII Encuentro Anual de Institutos de Derecho de Familia de la Provincia de Buenos Aires (celebrado en Lomas de Zamora el 21/08/2009), ha propuesto un divorcio sin proceso judicial, en el que destaca que si las personas contraen matrimonio en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, nada obstaría a que dicha unión culmine en idéntica forma (publicado en "Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia" Nro. 45, edit. Abeledo Perrot, Marzo-Abril, 2010, pág. 298). Ante lo expuesto y –reitero- siguiendo doctrina y jurisprudencia enunciada en los fallos citados, concluyo en que los artículos 215 y 236 del código referido resultan inconstitucionales por vulnerar la libertad de intimidad del matrimonio reconocida por el artículo 19 de la Const. Nacional.

De acuerdo con la decisión a la que arribo, decreto el divorcio vincular en los términos del art. 1306 del CC, con efecto retroactivo al 3-3-2011.

Impongo las costas por su orden en ambas instancias y tendré en cuenta, para el momento de regular los honorarios, el trabajo profesional, el resultado obtenido, y demás pautas de los artículos 5, 6 bis, 29 y 46 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Declara la inconstitucionalidad de los arts. 215 y 236 del CC en cuanto fue motivo de agravio.

2) Hace lugar a la demanda y declara el divorcio vincular por presentación conjunta de V, C.V. y S.M., S.A. con los alcances del art. 217 del CC.

3) Declara la disolución de la sociedad conyugal al 3 de marzo de 2011, día de la presentación de fs. 1/9 (art. 1306 CC), sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

4) Impone las costas por su orden en ambas instancias y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

5) Ordena librar oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda, a los fines pertinentes.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. fs. 27/44 expresan agravios las partes, por intermedio de la defensora pública y abogada adjunta, contra la sentencia de fs. 17/24 en la cual la magistrada rechaza la inconstitucionalidad del art. 236 del CC.

I.B) Atento a que observo la existencia de una interrelación en las líneas argumentales expuesta por los apelantes en sus distintos agravios (fs. 31/44), he de tratar los mismos en forma conjunta.

La Sra. C.V.V. y el Sr. S.A.S.M. se presentaron ante los tribunales de familia (fs. 4/9) a fin de obtener el divorcio vincular por presentación conjunta, en los términos de los arts. 215 y 236 del Código Civil, argumentando que contrajeron matrimonio el día 13/02/09, no habiéndose consumado el matrimonio, se encuentran separados de hecho sin voluntad de volver a unirse desde la misma fecha en que se celebró el matrimonio, sin haber llegado a residir en la vivienda que habían planificado convivir, sumado a ello su voluntad desde el 13/02/09 de divorciarse, solicitando se decrete su ruptura matrimonial por mutuo consentimiento de ambos. Peticionando, además, la inconstitucionalidad de los artículos 215 y 236 del Código Civil.

Entrando al análisis de la presente temática, observo

que las normas tachadas como inconstitucionales disponen:

- art. 215 CC: “Transcurridos tres años de matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular conforme lo dispuesto por el art. 236”;

- art. 236 CC, en la parte que aquí interesa, dice (4to. párr. 2do parte): “Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno. Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación. Si el resultado fuere negativo el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves”.

Es entendimiento de la suscripta que actualmente no se puede concluir que el orden público sobre el cual el derecho de familia debe interpretarse en la actualidad sea el mismo al de la reforma del Código Civil del año 1986.

Ello así, ya que en función de lo previsto expresamente por el art. 19 de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales ya citados por la colega preopinante, no debemos olvidarnos que “… la balanza se inclina por favorecer el respeto de la libertad de intimidad y de las decisiones personales, reservando la intervención estadual para las cuestiones que con claridad y certeza no pueden quedar enteramente libradas a la voluntad individual en tanto ello signifique la vulneración –para uno o más miembros de la familia- de otros derechos humanos reconocidos en nuestro bloque de

constitucionalidad…” (Dres. Herrera-Fama-Gil Domínguez en “Derecho Constitucional de Familia”, edit. Ediar, Tomo I, pág. 248); en igual sentido se expresó el X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Mendoza en el año 1998 el concluir que: “La intervención del Estado es subsidiaria para el caso de discrepancia parental o grave peligro para los intereses del niño”).

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

La invasión al derecho a la intimidad que produce el pedido de explicaciones a un magistrado es notoriamente arbitrario e irrazonable, al punto de afectar la dignidad de las partes.

De la normativa en estudio, surge la ilusoria idea de que el juez, conociendo las causas, pueda “hacer reflexionar” a los esposos y “convencerlos” de continuar con la vida en común, cuando en la inmensa mayoría de los casos –por no decir en todos- la decisión está tomada -más en este caso que ni siquiera consumaron el matrimonio ni convivieron en la vivienda que tenía como destino el hogar conyugal- (en igual sentido Cecchini Francisco Carlos en “Algunas vicisitudes procesales en el juicio por divorcio o separación personal y el sistema remedio”, publicado en Revista de Derecho Procesal titulada "Derecho Procesal de Familia", edit. Rubinzal Culzoni, 2002, pág. 91).

Amerito que para ingresar al matrimonio, a los contrayentes no se les exige ningún tipo de plazo de reflexión o sistema de audiencias ante un juez competente en derecho de familia. No se les exige que expliquen en instancia jurisdiccional los motivos (serios y fundados) sobre su decisión de casarse, y menos aún que este juez pueda tener la potestad de rechazar su petición si considera que la petición no reviste seriedad.

Mérito por el cual entiendo que no existen razones

fundadas para exigir tantas restricciones para desvincularse, cuando no se requiere nada de esto para casarse.

Quien tiene poder de decisión sobre las consecuencias de su salud personal y aún de su propia vida, obviamente puede decidir su desvinculación matrimonial sin tener que rendir cuentas al Estado.

La intervención judicial debe permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, evitar la arbitrariedad y la desigualdad al no existir razón práctica, ni interés jurídico social en mantener la existencia formal de un matrimonio que no interesa a los cónyuges.

Además, aceptar la petición de la presentación conjunta y dar curso al proceso, implica admitir la posibilidad jurídica de transitar un iter que podrá, oportunamente, dar encuadre jurídico a la situación de hecho y contribuir a prevenir las dificultades e incertidumbres jurídicas que puede provocar la separación de hecho.

Entendimientos todos ellos por los cuales considero que se encuentra reñida con las normas de derecho constitucional la intervención judicial del magistrado en los términos exigidos por el art. 215 del Código Civil y que se plasma mediante el procedimiento previsto por el art. 236 del mismo cuerpo legal y que resulta condición sine qua non para la admisibilidad de la demanda de divorcio por presentación conjunta.

Ello así, ya que la exigencia absoluta del requisito del procedimiento de las audiencias y la consecuente existencia de un término en el cual se impide la sentencia del divorcio aquí peticionada, importa establecer la indisolubilidad temporal del matrimonio a espaldas de la voluntad de los cónyuges directamente afectados.

En el presente caso, entonces, no resulta razonable –insisto- que el emplazamiento jurídico en el estado de familia y la realidad de vida conyugal difieran y, por ende, se hace necesario destrabar una intervención estatal injustificada desde el punto de vista social y constitucional, sobre todo porque el emplazamiento no afecta derechos de

terceros o colisiona gravemente con el orden jurídico en su conjunto de principios fundamentales.

Estimo, a mayor abundamiento, que no resulta constitucional que el Estado se arrogue la facultad de invadir la esfera de decisión personal del sujeto, interrogue y valore la decisión de personas plenamente capaces (pudiendo rechazar su pedido si se considera que la gravedad de los motivos no son suficientes) y limite temporalmente el ejercicio de la acción de divorcio a través de dos audiencias en que las partes tengan que rendir explicaciones; tornándose la disposición del art. 236 del Código Civil en arbitraria, sobre todo en este caso donde no hubo consumación de matrimonio, ni convivencia y por ende no hay situación de hijos de por medio.

Considero preciso señalar que en la finalidad de las normas cuestionadas se advierte un atisbo paternalista en cuanto a tratar de conciliar a las partes y hacerles rever su decisión. Más allá de la experiencia o capacitación de este u otro magistrado para la resolución de controversias en el ámbito de la familia, también resulta un exceso que se le irrogue al juez una intención conciliatoria en una decisión de dos personas capaces, adultas, competentes (en términos bioéticos), con conocimiento de las consecuencias de su petición, cuando en realidad ya no existe conflicto sobre este punto. Ambas personas se han puesto de acuerdo en no querer convivir más y en disolver el vínculo matrimonial como segunda cuestión lógica y cronológica.

La interpretación de la regla de reconocimiento constitucional se inclina a favor de la autodeterminación de los esposos para decidir su desvinculación matrimonial, no justificándose la intromisión del Estado.

Por los argumentos vertidos en los párrafos anteriores y de acuerdo con lo normado en los arts. 19, 31, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, corresponde hacer lugar a los agravios planteados por las partes a fs. 31/44, revocando totalmente la sentencia de fs. 17/24, declarando la inconstitucionalidad del trámite y finalidad previsto por los

arts. 215 y 236 del Código Civil, decretando la disolución conyugal en los términos del artículo 1306 del Código Civil (Ley 23515), con efecto retroactivo al día de la presentación conjunta (03/03/11) (cf. crit. "S.L. y otros s/ Separación Personal" - Tribunal Colegiado de Instancia única del Fuero Familia nº 2 de La Plata (Buenos Aires) – 16/07/2010 eldial.com - aa6264).

II. Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado por aplicación del criterio rector en la materia objeto de la litis, desde que existe razón válida para litigar. Los honorarios de los letrados intervinientes se regularán de conformidad a las pautas generales contenidas en la Ley XIII Nº 4 y ref. Ley XIII Nº 15.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo, para el caso de coincidencia, la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar a los agravios planteados por las partes a fs. 31/44, revocando totalmente la sentencia de fs. 17/24, declarando la inconstitucionalidad del trámite y finalidad previsto por los arts. 215 y 236 del Código Civil.

2) Decretar la disolución conyugal de C. V. V. y S. A. S. M., en los términos del artículo 1306 del Código Civil (Ley 23515), con efecto retroactivo al día de la presentación conjunta (03/03/11).

3) Las costas, tanto de esta instancia como de la primera, se imponen en el orden causado por aplicación del criterio rector en la materia objeto de la litis, desde que existe razón válida para litigar. Los honorarios de los letrados intervinientes, se regularán de conformidad a las pautas generales contenidas en la Ley XIII Nº 4 y ref. Ley XIII Nº 15.

4) Oportunamente líbrese oficio al Registro Provincial de las Personas que correspondiere para la pertinente toma de razón y expídanse testimonios.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra.

García Blanco no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 215 y 236 del Código Civil en cuanto fue motivo de agravio.

2) Hacer lugar a la demanda y declarar el divorcio vincular por presentación conjunta de V, C.V. y S.M., S.A. con los alcances del art. 217 del Código Civil.

3) Declarar la disolución de la sociedad conyugal al 3 de marzo de 2011, día de la presentación de fs. 1/9 (art. 1306 Código Civil), sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

4) Imponer las costas por su orden en ambas instancias y regular los honorarios profesionales de las Dras. M. A. C. y V. R., conjuntamente, en OCHO (8) JUS por los trabajos realizado en la instancia de grado y en DOS COMA OCHO (2,8) JUS por los trabajos realizados en la alzada.

5) Ordenar librar oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda, a los fines pertinentes.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"