

## Divorcio En La Nueva Legislacion

### JURISPRUDENCIA

### Divorcio en la nueva legislación

Se confirma la sentencia en

la cual las partes deben adecuar su petición a lo regulado en materia de divorcio a lo dispuesto en el nuevo Código Civil y Comercial de La Nación, pues la nueva ley rige para las situaciones que se originen con posterioridad al comienzo de su vigencia como también a las consecuencias de situaciones no concluidas o extinguidas a ese tiempo

En la ciudad de San Justo,

Provincia de Buenos Aires, a los 26 días del mes de mayo de dos mil dieciseis, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, del Departamento Judicial La Matanza para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: "C. V. C. C/ E. R. I. s/ DIVORCIO CONTRADICTORIO?, Causa N°:4320/1, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: POSCA-IGLESIAS BERRONDO-VITALE (Se deja constancia que el Dr. Taraborrelli, no integra el presente sorteo por encontrarse en uso de licencia médica), resolviéndose plantear y votar la siguiente: CUESTION ¿Resulta ajustado a derecho el auto de fs. 106? VOTACION A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RAMON DOMINGO POSCA, dijo: I.- Los antecedentes del caso.- A fs. 106 el Sr. Juez de grado hizo saber a las partes que deberían adecuar su petición a lo regulado en materia de divorcio atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de La Nación, toda vez que como requisito formal para solicitar el divorcio se debe acompañar una propuesta que regule los efectos del mismo como así también los elementos en que se funda dicha propuesta. (arg. art. 1,2,3,5,7,12, 438 y cctes del CCCN). A fs. 117 el Sr. R. I.E. apela el auto referido, recurso que ha sido concedido en relación a fs. 108 y fundamentado a fs. 109/110 vta. A fs. 111 se dio traslado de dicha pieza, el que no ha sido contestado por la contraria. A fs. 115 se radican los presentes por ante esta Sala Primera, corriéndose la vista omitida en la liminar instancia al Sr. Agente Fiscal Dptal., la que ha sido evacuada a fs. 117/119. A fs. 120 se integró la presente sala con jueces de la Sala Segunda en virtud de la licencia médica concedida la Dr. Taraborrelli, desinsaculación que ha sido aceptada a fs. 121. Finalmente, a fs. 122 se llamaron los Autos para dictar Sentencia (art. 270 CPCC) practicándose el sorteo de orden de estudio a fs. 123. II.- Los fundamentos del apelante. El apelante sostiene que el art. 7 del CCyC que determina la aplicación de ese cuerpo normativo al proceso de divorcio es inconstitucional, toda vez que se conculcarían derechos adquiridos por su parte (art. 17 de la C.N). Aduce que la adecuación de la acción al nuevo ordenamiento legal traería aparejado una solución que dista de la que se debería aplicar en el caso, toda vez que borraría los daños y perjuicios ocasionados por la actora. Por otra parte, manifiesta que en principio las leyes no tienen efecto retroactivo. Es por ello que solicita se decrete la inconstitucionalidad del art. 7 del CCCN y se disponga la continuidad del pleito conforme la normativa derogada por las resoluciones que estarían firmes en el expediente o en su defecto se contemplen los perjuicios ocasionados y los honorarios que se originaron en el presente proceso. III.- La solución. III.1 La inconstitucionalidad del art. 7 del C.C.yC. En el presente caso se impone la necesidad de examinar en primer lugar la constitucionalidad del art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación que rige en la actualidad, valorándose su eficacia temporal en relación a la acción de divorcio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido pacíficamente que es atribución y deber de los tribunales de justicia -nacionales y provinciales- 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 ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella. Incluso ha remarcado que éste 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, 33:194; 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 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). (Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala A; 27/06/2011; R., A. M. y G., G. D.; DIVORCIO VINCULAR Y SEPARACIÓN PERSONAL - Mutuo consentimiento o presentación conjunta - Audiencia - Art. 236 Cód. Civil - Inconstitucionalidad ABELEDO

PERROT N°: 70070964. Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A.- Thomson Reuters) Ahora bien, en los casos en los que el examen de constitucionalidad viene impuesto por la petición expresa de uno de los litigantes, la SCBA ha expresado que: "A fin de declarar la inconstitucionalidad de una norma se requiere que el interesado demuestre acabadamente de qué manera ésta contraría la Constitución causándole con ello un agravio. Un planteo de esta índole, para ser atendido, debe tener un sólido desarrollo argumental y contar con un no menos sólido fundamento que se apoye en las probanzas de la causa. En ese orden, este Tribunal ha exigido de la parte que invoca un cuestionamiento de esa naturaleza la formulación de una crítica clara, concreta y fundada de las normas constitucionales que reputa afectadas. Así, debe indicarse, puntualmente, cómo la disposición impugnada habría quebrantado los derechos, principios o garantía constitucionales cuya tutela se procura." (SCBA LP B 56648 RSD-165-15 S 27/05/2015 Galeano Mañay, Carlos Guillermo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía) s/ Demanda contencioso administrativa JUBA B4003875) Por su parte la jurisprudencia ha establecido que: "La parte que pretenda la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe efectuar un análisis exhaustivo del caso concreto, explicando circunstanciadamente la parte de la norma que reputa violada así como los efectos que su aplicación ocasiona." (CC0005 LP 71149 105 S 23/02/2016 Gallardo, Emiliano Mario Adán s/ Recurso de Casación JUBA B5015210) Esta Sala ha dicho que: "...la reforma constitucional del año 1994 inició, sin lugar a hesitación, una nueva etapa en la vinculación de la Norma Suprema y el Derecho Privado Argentino, al reconocer jerarquía preferente a los Tratados Internacionales suscripta por la Nación Argentina que se enumeran en el inc. 22 del Art. 75. Así se modificó definitivamente el clásico paradigma normativo nacional ubicando al ser humano, al hombre, por encima de los derechos patrimoniales. (Conf. Alferillo, Pascual E., "La Constitución Nacional y el derecho de daños". Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N° 4, Abril de 2011, p. 31 y ss., La Ley) (Revista de "Derecho de Familia y de las Personas" Año V, Número 11, Diciembre de 2013. Divorcio Vincular por Aldo M. Di Vito, La Ley, Pág. 70). (BORTOLIN VANINA LORENA Y OTROS S/ DIVORCIO (ART. 214 2. C.C.)? Causa nro. 3719/1, RSD N°10/15 sentencia del 24/02/15) En consecuencia, de acuerdo a esta gradación jerárquica, debo cotejar si la norma de derecho interno -artículo 7 del Código Civil y Comercial de La Nación-, se adecua a los principios y valores que emanan de la Constitución Nacional y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y su Protocolo Facultativo. Así los nuevos perfiles constitucionales del Derecho de Familia imponen repensar la normativa existente a la luz de los criterios axiológicos incorporados por los tratados de derechos humanos, los cuales permiten el pleno desarrollo de la persona humana a fin de concretar el propio proyecto de vida autorreferencial. (F. M. y L. S. s/ divorcio por presentación conjunta?. Tribunal Colegiado de Familia de Rosario - Sala/Juzgado: 7; 7-mar-2012). Adentrándome entonces al control de constitucionalidad solicitado por el recurrente, se impone la remisión al texto de la norma legal cuestionada: el art. 7 del C.C.y C establece: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo?". En un pronunciamiento de reciente data ya he expresado que: "... el art. 3 del Código Civil establecía que "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias?". De ello surge que el art. 7 del CCyC reproduce el art. 3 del CC conforme la redacción que impuso oportunamente la ley 17.711, salvo en su parte final que dice "...con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo?" ("Paez, Walter Fabian c/ Semhan María Laura s/ Divorcio Contradictorio?, Causa N°:3939/1 RSD N° 264/15 sentencia del 29/12/15) El profesor José W. Tobías, en el libro "Código Civil y Comercial Comentado" Tratado Exegético, dirigido por el Dr. Korge H. Alterini, (Editorial La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, tomo I) explica que la reforma 17.711 -en relación al art. 3 del C.C- ha introducido el "método objetivo", que vino a proponer una solución superadora a la situación anterior a la reforma respecto de los derechos adquiridos. El enfoque parte de la existencia de situaciones jurídicas producidas o pendientes o futuras al momento de entrada en vigencia de la nueva ley, poniéndose énfasis en los puntos de partida de tales supuestos, ello teniendo en cuenta el efecto inmediato y no retroactivo de las leyes y la distinción entre situaciones jurídicas y consecuencias o efectos de las mismas. De este modo se necesita determinar cuándo se está en presencia de una situación jurídica y cuando de una consecuencia o efecto de la situación jurídica, extremo que permitirá decidir que cuerpo normativo resulta aplicable. La Dra. Kemelmajer da cuenta de los supuestos en los cuales deben aplicarse -o no- las nuevas leyes: "Situaciones y relaciones regidas por leyes imperativas nacidas de actos entre particulares. a) Constitución, extinción y efectos ya producidos al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley: regidos por la

vieja ley. b) Constitución en curso, extinción aún no operada, efectos aún no producidos, aplicación inmediata de la nueva ley.? ([http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/images/Power\\_\\_Dra.\\_Kemelmajer.pdf](http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/images/Power__Dra._Kemelmajer.pdf)) En efecto, el art. 7 del CCyC recepta las reglas del método objetivo a saber: el principio del efecto inmediato de la nueva ley a las situaciones y relaciones jurídicas en curso; el principio de la irretroactividad de la ley, salvo disposición legal en contrario y el límite de la retroactividad dispuesta por el legislador, delimitado por los derechos amparados constitucionalmente (Tobías, José, ¿Código Civil y Comercial Comentado? Tratado Exegético, dirigido por el Dr. Korge H. Alterini, (Editorial La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, tomo I) Cuando una ley posterior deroga a una anterior, porque se considera que se adapta con mayor justeza y/o precisión a la problemática actual acompañando la modificación de las costumbres de la comunidad donde fue dictada, acorde a los cambios sociológicos habidos, es lógico concluir que será la nueva ley la aplicable al caso. La nueva ley regirá para las situaciones que se originen con posterioridad al comienzo de su vigencia y también a las consecuencias de situaciones no concluidas o extinguidas a ese tiempo. El tema del derecho transitorio es realmente arduo y no es factible pronunciarse en abstracto, máxime en este caso, cuando se trata de la aplicación de una nueva ley a un proceso judicial en curso. La Dra. Kemelmajer de Carlucci nos introduce en la problemática que nos ocupa de la siguiente manera: ¿Las normas jurídicas tienen una eficacia limitada en el espacio y en el tiempo. Como sucede con cualquier otra realidad humana, ellas surgen en un determinado momento y se extinguen en otro. Esas normas rigen hechos, relaciones y situaciones jurídicas. En muchos casos, tales hechos, relaciones y situaciones no son instantáneos, sino que configuran sucesiones de hechos, conductas, actos y consecuencias que se producen a lo largo del tiempo? (Kemelmajer de Carlucci, Aida ¿La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes? Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 18/19) Que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1º de la ley 27.077, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) sancionado por ley 26.994 entró en vigencia el 1º de agosto de 2015, lo que presenta en el caso una cuestión de aplicación de la ley en el tiempo. Veamos las constancias del expediente de marras, el que ha sido iniciado en septiembre del año 2009 (ver fs. 1/vta.): a fs. 29 con fecha 29/10/10 se dio por concluida la etapa previa, presentado la actora la demanda por divorcio (art. 214 inc. 2 C.C) a fs. 55/56 vta. con fecha 25/06/12. A fs. 73/76 el demandado contesta el traslado conferido, reconviniendo por divorcio contradictorio fundado en el art. 214 inc. 1º y 202 inc. 4º del C.C. A fs. 90 se tuvo por desistida de la acción a la actora en virtud de la incomparecencia a la audiencia señalada a fs. 84 (ver fs. 86). A fs. 106, con fecha 18/08/15 el Sr. Juez de grado dispuso que atento la entrada en vigencia del nuevo C.C.yC de la Nación, se hacía saber a las partes que deberían adecuar los peticionado a lo regulado en materia de divorcio. Dicho auto ha motivado el presente, atacando de inconstitucional el art. 7 del C.CyC por parte del demandado reconviniendo, hoy apelante por perseguir una sentencia de divorcio con atribución de culpabilidad (ver memorial fs. 109/110 vta.) Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en reiteradas oportunidades que las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición de los recursos, y que si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión deberá atender también a las modificaciones introducidas en esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir. (Cfr. C.S.J.N., Fallos: 335:905; 318:2438; íd. ¿D.I.P., V. G. y otro c/Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/amparo?, sent. 6/08/2015; entre muchos otros) Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho: ¿Las situaciones jurídicas ocurridas con posterioridad a la vigencia de la nueva ley deben ser reguladas por ella en todos sus aspectos. Los hechos in fieri, o en curso de desarrollo son alcanzados por el nuevo régimen por no tratarse de hechos cumplidos bajo la legislación anterior y, por lo tanto, cuando se aplica la nueva ley no se incurre en retroactividad? (SCBA LP I 2226 RSD-152-14 S 02/07/2014 Baldarenas, Carlos Alberto y otros s/ Inconstitucionalidad ley 11.761. Tercero: Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires B4000305) La demandada apelante entiende que la aplicación del nuevo ordenamiento violaría derechos adquiridos por su parte, citando el art. 17 de la Constitución Nacional pero sin explicitar concretamente el fundamento de su agravio (ver memorial fs. 109). Al respecto hay que aclarar que: ¿La infracción constitucional sobrevendrá si la variación normativa afectare, de manera directa y fundamental, un derecho incorporado al patrimonio de las personas, alcanzado por la inviolabilidad de la propiedad. Ello dependerá de la concurrencia de unas condiciones determinadas, v.gr.: entre otras, que quien la invoca haya cumplido bajo la vigencia de la norma derogada o modificada las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos para ser titular del derecho.? (SCBA LP I 2155 S 29/06/2011 Cooperadora del Colegio Nacional de General La Madrid c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad decreto n° 4767/72 B98127) Por otra parte, cabe recordar que al dictado de la ley 17711 la aplicación del artículo 3 del Código Civil imponía sobre el sentenciante su adaptación a una realidad social que en ese momento existía, al igual que hoy lo hace el Código Civil y Comercial de la Nación, no vulnerando los principios de justicia, equidad y consecuencialidad de la decisión judicial como acto público colectivo en virtud de la norma en estudio. Que así las cosas, el artículo 7 del C.CyC es en lo sustancial, una reproducción del art. 3 del C.C que ha resistido el paso del tiempo y respecto al cual no se ha consolidado ningún planteo de inconstitucionalidad. Si esta

fórmula inveterada no ha merecido reproches, no se advierte la razón por la cual pudiera dudarse de la constitucionalidad de la nueva norma, considerándose los principios del derecho privado constitucionalizado que ha sido fuente de inspiración del código vigente.

Al respecto, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha dicho: "El art. 7 del nuevo código es copia del art. 3 del código civil, según texto incorporado por la ley 17711 en 1968. Desde hace más de treinta y cinco años, ese artículo ha regido sin que decisiones judiciales argentinas hayan declarado su inconstitucionalidad?" (<http://www.nuevocodigocivil.com/>) El recurrente entiende que se conculcarían derechos adquiridos por su parte al vedarse la posibilidad de llegar a una sentencia por divorcio con atribución de responsabilidad a la contraparte. Resulta importante destacar que tal como ya he adelantado, el art. 7 del CCyC puesto en crisis en cuanto a su constitucionalidad por parte del apelante, no introduce cuestiones ajenas a las imperantes en todo el ordenamiento legal que regula la materia desde el año 1968, toda vez que retoma los argumentos del art. 3 del C.C. Por otra parte, tampoco introduce el apelante argumentos suficientes para demostrar el perjuicio que invoca, toda vez que los "derechos adquiridos" a los que se remiten no son tales atento la inexistencia de una sentencia de divorcio que haya hecho lugar o no a su petición, por lo que el agravio al respecto no habrá de prosperar. Ello recibe sustento por la doctrina que explica: "Para que haya divorcio se requiere sentencia (arts. 213.3 del CC y 435 inc. cdel CCyC); se trata de una sentencia constitutiva, sin perjuicio de que algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior. Por lo tanto, mientras no haya sentencia firme, no hay divorcio, lo que implica, contrariamente a lo que sostiene este acuerdo, que después del 1/8/2015, si el expediente que declara el divorcio contencioso se encuentra en Cámara porque la sentencia de primera instancia fue apelada, el tribunal de apelaciones no puede ni debe revisar esta decisión a la luz del Código civil, porque está extinguiendo una relación, y la ley que rige al momento de la extinción (el código civil y comercial) ha eliminado el divorcio contencioso. Debe pues, declarar el divorcio, pero sin calificación de inocencia o culpabilidad?"

([http://www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com/)) A mayor abundamiento, resulta de aplicación la ley vigente al momento en que estado de divorciado se constituye. "La cuestión está en que el estado de divorciado se adquiere con la sentencia firme y como el supuesto planteado no hay resolución que haga cosa juzgada, el estado civil de divorciado no se ha adquirido. Por ende se debe aplicar el nuevo Código a todos los procesos de divorcio en trámite que no tienen sentencia firme, ya que las leyes para la adquisición del estado civil que establezcan condiciones diferentes de las que antes existían se aplican desde que comienzan a regir. Esto implica que la apelación quedará abstracta, se deberá confirmar el divorcio y las costas serán por su orden por el cambio normativo. Esto significa que el día que entre en vigencia el nuevo Código, se terminan ipso iure todos los juicios de divorcio contradictorio en trámite" (MEDINA, Graciela, "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código, LL 15/10/201, 1, LL 2012-E, 1302 - DfyP 2013 (Marzo), 3 - CITA ON LINE : AR/DOC/5150/2012). De este modo, la situación jurídica que involucra a las partes es el matrimonio, debiendo decidirse en esta sentencia sobre su extinción. Es decir que al decidirse sobre una consecuencia de aquella situación que, al entrar en vigencia el CCyC, no se operó todavía, no se configura la aplicación retroactiva de la ley y mucho menos se conculcan derechos adquiridos, toda vez que en el presente nos encontramos en plena tramitación del expediente que tiene como fin obtener el divorcio vincular de los cónyuges. En definitiva, la ley no sólo se aplica a las situaciones que nacen después de su entrada en vigencia sino también a aquellas que no están agotadas y por ende, a sus consecuencias. Es por ello que en relación a la retroactividad de la norma, es preciso destacar que aquella sucederá cuando la nueva ley se aplica a una situación o relación jurídica constituida o extinguida bajo la ley anterior o a las consecuencias ya producidas bajo la vigencia de ella (ver Tobías, ob. Cit.). En otras palabras, "La retroactividad mueve la ley a un período anterior a su promulgación; es una especie de ficción de preexistencia de la ley que se proyecta temporalmente a hechos, conductas o derechos, previos a su promulgación." "...los efectos o consecuencias aún no producidos caen bajo la nueva ley por aplicación inmediata, sin retroactividad." (Kemelmajer, [http://www.juslapampa.gob.ar/Consejo/images/Power\\_Dra.\\_Kemelmajer.pdf](http://www.juslapampa.gob.ar/Consejo/images/Power_Dra._Kemelmajer.pdf)) Es decir que el nuevo CCyC se aplica inmediatamente a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes; el matrimonio entre las partes de este proceso es una situación jurídica existente al momento de entrada en vigencia del CCyC, pero no así su extinción, que operará con el dictado de la presente sentencia bajo la vigencia del nuevo ordenamiento; de allí que la sentencia, dictada bajo la vigencia del nuevo CCyC, no deba contener atribución de culpas -ni análisis de hechos - causales - en los que se la funda- pues el ordenamiento vigente no lo permite, además de quitarle toda relevancia y virtualidad de efectos. Es por ello que al no encontrarnos en presencia de consecuencias producidas, atento los fundamentos ya desplegados, no hay aplicación retroactiva sino inmediata de la norma, lo que tira por la borda los argumentos del apelante en cuanto a la inconstitucionalidad de la norma en juego. Por los argumentos expuestos, propongo a mis distinguidos colegas se rechace la pretendida inconstitucionalidad del art. 7 del CCyC (Doct. art. 3 y cddtes. C.C, Doct. art. 7 y cddtes CCyC) III. 2 La aplicación del CCyC al proceso del divorcio. Que despejada la cuestión que gravita en torno a la inconstitucionalidad de la norma, si bien ya se han deslizado fundamentos que permiten una aproximación a la decisión que aquí se propone, no es sobreabundante destacar que la actora ha solicitado se decrete el divorcio vincular en los términos del art. 214 inc. 2 del CC y el demandado reconviniente ha imputado causales subjetivas solicitando el divorcio por culpa

exclusiva de su contraria, y con costas a su cargo. Pero sucede que, tal como ya he adelantado, conforme lo dispone el art. 7° del nuevo cuerpo normativo, a partir de su entrada en vigencia, éste se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Retomando mi voto en los autos "Paez" a los que ya me he referido precedentemente, huelga recordar que: "En primer lugar siendo la materia en estudio un proceso por divorcio, impone dirimir si resulta la nueva ley de aplicación inmediata, valorando lo que la norma establece respecto de las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y el principio de no retroactividad, con sus excepciones." "La jurisprudencia en materia de divorcio, se ha expedido al respecto "Las sentencias de divorcio que se dicten a partir de la entrada en vigencia del CCyCN, es evidente que no pueden contener tratamiento de cuestiones en las que se ventile la calidad de inocente o culpable de uno de los cónyuges, aun cuando el proceso hubiera transcurrido íntegra o parcialmente bajo la ley anterior, incluido el dictado de la sentencia de primera instancia, pues en la revisión por la Alzada se deberían verificar aquellas condiciones de conducta atribuidas a los cónyuges." "Éstas resultan ser consecuencias de la relación jurídica matrimonial, por lo que estamos en presencia de derechos denominados *in fieri*, en otras palabras se trata de hechos que gozan de aptitud para causar consecuencias jurídicas pero que con insuficiencia para constituirlos, por lo tanto no hay duda que se debe estar al principio general de aplicabilidad inmediata de la nueva norma". (G.J.M. C/ C.J.M. S/ Divorcio Vinc. Med. Caut.; 29, Octubre de 2015). (otras cámaras previamente se han expedido con similar criterio "A.A.L. c/ C.R. s/ Divorcio contradictorio"; Cám. Apelac. Sala I, Lomas de Zamora, 13 de Agosto de 2015, entre otras). ([www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com))? ("Paez, Walter Fabian c/ Semhan María Laura s/ Divorcio Contradictorio", Causa N°:3939/1 RSD N° 264/15 sentencia del 29/12/15) Se ha dicho que "El principio que prevé el art. 7 del CCyC es el de la aplicación de la ley nueva a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes. Por lo tanto, si en medio de un proceso judicial sin sentencia firme -por ende, sin haber derechos adquiridos- se debe aplicar la nueva ley, es entonces imposible que el juez decreta el divorcio por culpa de uno o ambos cónyuges, debiendo readaptar el proceso en el estadio en que se encuentre a las reglas que prevé el Código en materia de divorcio, que como recepta un único sistema lo será al de divorcio incausado. (LORENZETTI, R.L., "Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo III, p. 734, Ed. Rubinzal Culzoni). De los fundamentos del anteproyecto que ha gestado al Código Civil y Comercial de La Nación hoy vigente, se desprende como principio que guía el espíritu del nuevo cuerpo normativo la "Constitucionalización del derecho privado". Expresamente se ha dicho: "La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado" (<http://www.nuevocodigocivil.com>) También en el mismo sentido se ha pronunciado la Señora Fiscal General al emitir su dictamen, con pie en la más respetada doctrina sobre el tema, cuando expresa que "...en virtud de lo expuesto entiendo que el caso debe analizarse bajo la óptica del C.C. y C. (arts. 1, 2, 3, 7, 435, 439, 440, 441, 442 y ccdtes del C.C. y C)" (ver dictamen de fs. 117/119) El criterio de la ley vigente ha abandonado el sistema de divorcio culpable para receptar el llamado divorcio remedio, que supone acogerlo sin la consideración de causa alguna, ni sujeto a cumplimiento de términos temporales, bastando sólo la exteriorización de voluntad en ese sentido, ya sea de ambos, como es el presente caso, o de uno sólo, la admisibilidad de este extremo, la inocencia, contraría la norma contenida en el art. 437 del C.C. y C. Reitero, una de las modificaciones sustanciales que ha operado en el CCyC es la supresión de las causales subjetivas de divorcio toda vez que: se "...pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio?, sin atribución de culpas, (ver fundamentos Anteproyecto CCyC de La Nación <http://www.nuevocodigocivil.com>) A mayor abundamiento, también se ha establecido que al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas toda vez que se conserva el derecho y deber jurídico de asistencia, previéndose expresamente el deber alimentario y las pautas para su fijación, mientras se encuentren casados conviviendo, o separados de hecho; tras el divorcio, esa obligación puede existir por acuerdo de partes o ante dos supuestos expresamente previstos, fundados en el principio de solidaridad familiar: 1) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio transmitiéndose a los herederos del alimentante; y 2) a favor de quien carece de recursos suficientes y de la posibilidad razonable de procurárselo. (ver <http://www.nuevocodigocivil.com>), lo que garantiza aún más, el efectivo cumplimiento de los derechos constitucionales. Que sentadas tales directrices, en el caso que nos ocupa la nueva ley

ha eliminado las causales objetivas y subjetivas para dictaminar el divorcio por lo que los jueces, en caso de no aplicar la ley actual estarían desoyendo la manda legislativa. Destacada doctrina ha dicho que: 'Las sentencias que se dicten a partir de agosto de 2015 no pueden contener declaraciones de inocencia ni culpabilidad, aunque el juicio haya comenzado antes de esa fecha, desde que la culpa o la inocencia no constituyen la relación; son efectos o consecuencias y, por eso, la nueva ley es de aplicación inmediata. En definitiva, todos los divorcios contenciosos sin sentencia, iniciados antes o después de la entrada en vigencia, se resolverán como divorcios sin expresión de causa, aun cuando exista decisión de primera instancia apelada. Dicho de otro modo, el CCyC tiene aplicación a todo juicio sin sentencia firme?' (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 136). Imponiendo el derecho de la autonomía de la voluntad a las relaciones del derecho de familia conformado por la igualdad de los copartícipes del matrimonio con el devenir de los cambios culturales a través de los derechos humanos y los límites a la injerencia del estado en la relación familiar, se intenta pacificar las relaciones de los cónyuges que van a transitar una etapa de naturaleza ya conflictiva como es su divorcio. En la especie la 'extinción' del vínculo matrimonial existente entre las partes, y por ende el 'nacimiento' e inscripción de su nuevo estado civil, recién será actuable con la existencia de una sentencia judicial firme que así lo establezca; circunstancia que inexorablemente acontecerá bajo la vigencia del nuevo ordenamiento legal. (art. 213 del Código Civil, arts. 7 y 435 del Código Civil y Comercial). Al respecto, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: 'La ausencia de una decisión firme sobre el fondo del asunto obsta a que se tenga por configurada una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones.' (CIV 14224/2012/2/RHI Terren, Marcela María Delía y otros el Campíli, Eduardo Antonio si divorcio sentencia del 29/03/16) Que centrados los agravios del apelante en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 7 del CCCN y el mantenimiento del régimen del hoy derogado Código Civil, no puedo más que concluir que los mismos serán desechados, confirmándose el auto en crisis por los argumentos precedentemente expuestos. (arts. 18 CN; 168 y 171 Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arg. arts. 7, 437, 438, 439 y ccdtes del CCyC.). En cuanto a las costas propongo que sean impuestas al apelante vencido. (art. 68 del CPCC) y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios correspondientes a las tareas cumplidas en esta instancia (art. 31 dto. ley 8904/77). Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, VOTO POR LA AFIRMATIVA Por análogos fundamentos los Doctores Iglesias Berrondo y Vitale también VOTAN POR LA AFIRMATIVA Con lo que se dio por finalizado el presente Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme la votación que instruye el Acuerdo que antecede, éste Tribunal RESUELVE: 1º RECHAZAR la inconstitucionalidad articulada respecto al art. 7 del CCyC. (Doct. art. 3 y cddtes. C.C, Doct. art. 7 y cddtes CCyC) 2º CONFIRMAR el auto apelado en todo cuanto ha sido materia de agravios (arts. 18 CN; 168 y 171 Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arg. arts. 7, 437, 438, 439 y cddtes del CCyC.) 3º IMPONER las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del CPCC), 4º DIFERIR para su oportunidad la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes (art. 31 Y 51 dto. ley 8904/77). REGISTRESE. DEVUELVASE. Correlaciones: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - TÍTULO PRELIMINAR - CAPÍTULO 2 -Ley (arts. 4 a 8) M. de C., M. c/C., T. L. s/divorcio - Cám. Civ. y Com. Salta Sala IV - 07/09/2015 007972E