

Divorcio Vincular Plazo Para Solicitarlo Inconstitucionalidad Audiencia De Conciliacion Inconstitucionalidad

JURISPRUDENCIA

Divorcio vincular. Plazo para solicitarlo. Inconstitucionalidad.

Audiencia de conciliación. Inconstitucionalidad Se confirma la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 215, y 236 Código Civil por considerarlos carentes de razonabilidad y violatorios de los derechos personalísimos de los peticionantes de un divorcio por mutuo acuerdo.

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los ..26.... días del mes de marzo del año dos mil quince, 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 TOMAS MARTIN ETCHEGARAY Y LUIS TOMÁS MARCHIO con la presencia del Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. n° 28942, en los autos: ?A. I. C/ M. C. V. S/DIVORCIO CONTRADICTORIO ?.- PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 69/76

en cuanto es materia de recurso y agravio? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley dió el siguiente resultado para la votación: doctores Luis Tomas Marchió y Tomas Martin Etchegaray..- 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 art. 215 del C.C. en cuanto al plazo de 3 años previstos por el mismo y asimismo 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 decreto el divorcio vincular de los cónyuges A. I. y M. C. V. 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 18 de noviembre de 2013 e impuso las costas por su orden. 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. 80) el que fue concedido en relación (cfr. fs. 81). El Ministerio Publico Fiscal sostiene el recurso con el memorial que luce a fs. 95/97 el que no fue replicado. Arribados los autos a esta Alzada, la Presidencia amplió la concesión del recurso, concediéndolo libremente y corrió vista al Sr. Fiscal de Cámaras (cfr. fs. 101) quien a fs. 102 emite dictamen adhiriendo y haciendo propio los fundamentos expuestos por el Dr. Altube. Una vez firme el llamamiento de autos para sentencia dictado a fs. 103 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 art. 215 y del trámite y finalidad del art. 236 del C.C. y como consecuencia de ello decretar el divorcio vincular son los que a continuación explicito: a) destaca que el art. 215 del C.C. conculca lo normado por el art. 19 de la C.N que establece la libertad de decidir sin condicionamientos externos y sin intromisión del Estado en la vida privada. b) pone de resalto que la tensión se encuentra entre la imperatividad de las normas de derecho de familia como consecuencia de ser las mismas de orden público y la libertad de la persona de poder decidir sobre su proyecto de vida poniendo fin a un matrimonio desquiciado sin tener que someterse a los plazos de espera que determina el art. 215 del C.C. c) sostiene que la limitación temporal contenida en el artículo citado, que es de rango infraconstitucional, no puede violentar los derechos y garantías de rango constitucional como lo son el derecho a la libertad, a la protección de la familia, el respecto a la vida privada, la autonomía de la voluntad y los derechos del hombre y su alcance. d) en este sentido afirma que el plazo previsto por la norma resulta irrazonable ya que la única finalidad que persigue sería la de mantener vivo un conflicto matrimonial. e) en suma, concluye que el art. 215 es irrazonable y contrario a los derechos constitucionales de igualdad (art. 16 CN), autonomía privada, intimidad (art. 19 CN), libertad (art. 3 declaración universal de los derechos humanos, art. 1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 7.1 Pacto de San José de Costa Rica), respecto a la vida privada (art. 12 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11.1 Pacto de San José de Costa Rica), libertad de asociación (art. 20 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 Pacto de San José de Costa Rica). f) continúa haciendo un racconto 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 reformo el trámite previsto originariamente concediendo primacía a la autonomía de la voluntad como único requisito para disolver el vínculo matrimonial. g) 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 exigirles que expongan las

causas por las cuales deciden divorciarse en forma conjunta y motivarlos a una reconciliación. h) 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. i) Afirma que también vulnera el derecho a la intimidad también garantizado por las convenciones y pactos recién señalados. j) Por otro lado, sostiene que la norma cuestionada afecta también 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. k) 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. 95/97/88) 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. Ya he tenido oportunidad de pronunciarme respecto a la inconstitucionalidad del art. 236 del C.C. (cfr. expdtes. n° 28804 del 12/12/2014, n° 28800 del 12/12/2014 entre otros). Considero que los fundamentos que expuse en dichos precedentes son perfectamente aplicables para concluir asimismo en la inconstitucionalidad del plazo fijado por el art. 215 del mismo cuerpo legal. En efecto 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, tal como acontece en autos.

V.- En este sentido destaco que no evidencio cual 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 libertad e intimidad de los cónyuges que de forma libre, madura, consiente, asesorada y sin la conflictiva propia de un divorcio por causal subjetiva, intentan, de común acuerdo poner fin al vínculo matrimonial pero que no lo pueden hacer porque deben esperar a que se cumpla determinado plazo desde que se unieron en matrimonio (art. 215 C.C.) lo que claramente atenta contra la libertad personalísima de los cónyuges y además, porque aun cumplido dicho plazo 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.

VI.- Tampoco advierto riesgo ni posibilidad alguna de que se afecten intereses de terceros si se permite a los cónyuges divorciarse pese a no haber transcurrido tres años desde la celebración del matrimonio y si no se les exige 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 afecten 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.

VII.- 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. 215 y 236 del C.C., pese a que vulnera la libertad; autonomía de la voluntad e 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. VIII.- No voy a reseñar los antecedentes legislativos de los arts. 215 y 236 del C.C., pero me parece oportuno detenerme en los antecedentes sociales que, en derredor, giraron a dichas normas. 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 eclesíastica 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. 215 del Código Civil que fijó el plazo de tres años desde la celebración del matrimonio para que los cónyuges puedan petitionar el divorcio conjuntamente, como el art. 236 del mismo plexo legal que estatuyó el trámite procesal indisponible para canalizar el divorcio vincular por presentación conjunta, hayan sido considerados ¿razonables? puesto que era loable --siempre desde la posición matrimonio=familia-- la finalidad que perseguían de reconciliación de los cónyuges y de evitar rupturas abruptas e intempestivas sin una causa que lo ameritase (tal es la tesis de dichas normas), 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 tales normas ya que proteger al matrimonio y bregar por su continuidad importaba proteger a la familia. De ahí el orden público que impregnó a las mismas. IX.- 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 1 de agosto del presente año y que elimina todo tipo 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 de los arts. 215 y 236, de la exigencia de tener que esperar tres años desde la celebración del matrimonio para poder petitionar su divorcio pese a que el proyecto de vida en común que los unía había acabado mucho tiempo antes; del deber 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 del dictado de estos y ello, estimo, por las razones que expuse en los párrafos precedentes (matrimonio=familia). X.- 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 sus arts. 215 y 236, límite o restrinja el derecho a la libertad e 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, a tan solo 5 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 libertad y a la intimidad ya aludido que preveen los arts. 215 y 236 tantas veces citados a lo largo de este voto no supera el test de razonabilidad, y en consecuencia, tampoco el de constitucionalidad. XI.- A esta altura, y luego de todo lo expuesto, me pregunto ¿Cuál es el fundamento para exigirles a los cónyuges que esperen tres años desde que celebraron el matrimonio para poder divorciarse, si con anterioridad a dicha fecha no mantenían el proyecto de vida en común que los llevo a contraer matrimonio? ¿Cuál es el fundamento para exigirles 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 fueren suficientes?. Me permito afirmar que ninguno. O en caso de existir, que tal fundamento no sería razonable. Y entonces, ¿Se puede hablar hoy en día de imperatividad de las normas a las cuales vengo aludiendo que rigen 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 sería correcto. No voy a agregar mucho más para dejar propuesta la confirmación de la sentencia en recurso. Solo quiero destacar 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 los cónyuges que -lo reitero- de forma libre, madura, consiente, asesorada, sin la conflictiva propia de un divorcio por causal subjetiva y sin causar ningún perjuicio a terceros ni al conjunto de la sociedad intentan de común acuerdo poner fin al vínculo matrimonial pero que no lo pueden hacer porque ven violentado su derecho a la libertad y autodeterminación del propio proyecto de vida y su derecho a la intimidad reconocido por nuestra constitución nacional al tener que cumplir con los requisitos que le imponen los arts. 215 y 236 del Código Civil. 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 bien puede reputarse como una cuestión novedosa. (art. 68 CPCC).- A esta primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.- A la misma PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez Dr. Etchegaray 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. 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, el Sr. Juez Dr. Etchegaray, 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 marzo de 2015.- Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que conforme los términos del acuerdo que precede, se RESUELVE: 1.- Confirmar la sentencia de fs. 69/76 en cuanto es materia de recurso y agravio. 2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado. 3.- REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.- 006019E