



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 4 días del mes de Febrero de 2014, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. ROBERTO ANGEL BAGATTIN Y EMILIO ARMANDO IBARLUCIA, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el **Expte. N° SI-114796**, en los autos: **“O. M. V. Y G. J. M. S/ DIVORCIO (ART. 215 C.C.)”**.-

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Roberto A. Bagattin.-

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION

PLANTEADA, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

I.- La resolución de fs. 11/13, que declara la inconstitucionalidad del art. 236 del C.C., es apelada por el representante del Ministerio Público Fiscal, quien presenta memorial a fs. 21/24, el que no es contestado por las partes.

II.- La sra. M. V. O. y el sr. J. M. G., con el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

patrocinio de sendos defensores oficiales, promueven demanda de divorcio vincular por presentación conjunta. Dicen que contrajeron matrimonio el 30/11/07, de cuya unión nacieron dos hijos, y que con el correr del tiempo surgieron desavenencias que hicieron imposible la vida en común, razón por la cual hace más de un año y medio que se encuentran separados de hecho. Solicitan que se fijen las audiencias previstas por el art.236 del C.C., y que oportunamente se decrete el divorcio vincular.

III.- La sra. Jueza de Familia en la primera providencia, sin previa vista al Ministerio Público, de oficio aborda la constitucionalidad del art. 236 del C.C., invocando al efecto el fallo de la C.S.J.N. en el caso “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes”.

Sostiene que la norma citada prevé que el juez debe convocar a las partes a dos audiencias, la primera de carácter conciliatorio y la segunda a fin de que los cónyuges manifiesten, personalmente o por apoderado, si han arribado a una conciliación, lo cual es cuestionable desde dos aspectos: el primero por tener las partes que exponer ante el juez los motivos que los conducen a petitionar el divorcio, cuestión reservada al ámbito de su vida privada, y el segundo, por el plazo de espera hasta la segunda audiencia obligándolos a reflexionar sobre una posible reconciliación, demorándose así una decisión que sólo compete a las partes.

Dice que el art. 19 de la C.N. contempla la libertad de intimidad que consiste en los aspectos personales y reservados a la existencia del hombre que, por estar marginados de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

relación social, no pueden ser objeto de intromisión por parte del Estado o de los particulares sin su consentimiento. Desde ese concepto, expresa que el sistema obligatorio de la doble audiencia y el plazo de espera violenta derechos de rango constitucional, como la libertad, la protección de la familia, el respeto a la vida privada, la autonomía de la voluntad y “los derechos del hombre y su alcance”.

Afirma que ha cambiado el escenario sociocultural desde la reforma del Código Civil de 1987 y que el rol del juez es interpretar en forma activa y sensible la ley y las necesidades sociales teniendo en cuenta la justicia en el caso concreto. Expresa que no hay un interés social u orden público que lleve a que el mismo decida por intermedio del juez si son valederos los motivos que llevan a las partes a divorciarse y a obligarlos a un plazo de reflexión. Cita en tal sentido jurisprudencia que sustentara una decisión en tal sentido en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012.

Concluye que el art. 236 del C.C. es irrazonable y contrario a los derechos constitucionales de igualdad, autonomía privada, intimidad, libertad, respeto a la vida privada y libertad de asociación, por lo que declara su inconstitucionalidad, “prescindiendo del sistema de audiencias reglamentado por esta norma”.

IV.- Corrida vista al Agente Fiscal, este apela, presentándose el memorial donde se pide la revocación de la resolución.

Sostiene el representante del Ministerio Público que la jueza ha invadido facultades del Poder Legislativo Nacional, a quien le corresponde sancionar el Código Civil (art. 75 inc. 12 C.N.), por lo que por medio de lo resuelto se ha alterado la forma



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

republicana de gobierno (art. 1 C.N.).

Expresa que las normas de derecho de familia son de orden público y que el art. 36 de la Constitución provincial establece que la familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad y que la provincia debe establecer políticas que procuren su fortalecimiento moral y material.

Dice que, si bien es cierto que la tendencia legislativa es a flexibilizar la norma motivo de análisis, hasta la actualidad no ha sido reformada y mantiene plena vigencia. No existe – afirma –, según la ley vigente, divorcio sin causa, y en el caso que nos ocupa debe haber “causas graves que hagan moralmente imposible la vida en común”, las que el juez debe evaluar aún cuando no sean objeto de prueba. El derecho a la intimidad debe ceder ante el interés público que tutela el derecho de familia. No es violatorio de garantía constitucional alguna – agrega – el intento de conciliación y el período de reflexión que no tiene otra finalidad que evitar rupturas matrimoniales intempestivas. Con cita de doctrina y jurisprudencia expresa que, si las partes optaron por el procedimiento previsto por los arts. 215 y 236 del C.C., no pueden eludir ese trámite.

V.- Lo primero que debe abordar esta Cámara es si es posible decretar *de oficio* la inconstitucionalidad de la norma en análisis por los fundamentos vertidos en la resolución apelada.

Invocó al efecto la jueza el fallo “Mill de Pereyra” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 27/09/01 (Fallos: 324:3219). Al respecto es de recordar que, si bien es cierto que el alto tribunal federal por medio de dicho fallo terminó por habilitar el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

control de oficio de constitucionalidad – tendencia que se había insinuado previamente por medio de votos en disidencia y por la mayor parte de la doctrina -, lo hizo dejando constancia que era un remedio *extremo* al cual sólo debía recurrirse cuando se dieran excepcionales circunstancias, que puntillosamente detalló de la siguiente manera: a) cuando la violación de la Constitución sea de *tal entidad* que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica; b) siendo un acto de suma gravedad, sólo debe recurrirse a ese remedio cuando una *estricta necesidad* lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad de la norma con la Constitución sea inconciliable; c) cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa; d) no debe implicar una declaración de inconstitucionalidad en abstracto; es decir, fuera de una causa concreta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2 de la ley 27; e) sólo será necesaria cuando se trate de remover un obstáculo – la norma inconstitucional – que se interponga entre la decisión de la causa y la aplicación directa a esta de la ley fundamental; o sea, debe ser el presupuesto para el progreso de otra pretensión ; f) la decisión sólo tendrá efecto sólo en el caso concreto; es decir no tiene efecto derogatorio genérico (Considerando 10°).

Es de advertir que el fallo no fue unánime en sus fundamentos, toda vez que dos de los jueces que hicieron posible que se conformara la mayoría dejaron expresa constancia que era insoslayable que se hubiera respetado el derecho de defensa de las partes. Es decir, sólo cuando ambas partes hubieran tenido la oportunidad de ser



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

oídas (en el caso, había sido posible al conferirse traslado del recurso extraordinario federal), podía procederse a declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma.

La factibilidad plena de este control recién fue reconocido por una mayoría clara de la Corte en el fallo “Banco Comercial de Finanzas S.A. s/ Quiebra “ del 19/08/04 (Fallos: 327:3117), pero el alto tribunal insistió en su carácter excepcional y no dejó de lado las exigencias expuestas en “Mill de Pereyra” arriba señaladas, como tampoco lo ha hecho en el más reciente fallo “Rodríguez Përeyra c. Ejército Argentino” del 27/11/2012 (Fallos: 335:2333), en el que expresamente incluyó en el mismo al control de convencionalidad.

Los distintos tribunales del país – en especial la S.C.B.A. (L. 80.156 del 31/03/04; L. 72.258 del 28/05/03; L. 79.387 del 17/05/06; L. 90.610 del 2/07/08; L. 99.991 del 31/08/11, L. 108.624 del 19/09/12, y otros) – siguieron estos lineamientos, pero quedó como interrogante la eventual discordancia entre el control de oficio de constitucionalidad y el principio de congruencia que es medular en el procedimiento civil (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6 y 272 C.P.C.).

La Corte Nacional puso al respecto las cosas en su quicio en el fallo “Gómez, Carlos A. c. Argencard S.A.” del 27/12/06 (Fallos: 329:5903), cuando revocó por arbitrariedad una sentencia de la Cámara Nacional en lo Comercial que había declarado la inconstitucionalidad de las normas de “pesificación” (art. 11 de la ley 25.561) sin que la parte interesada lo hubiera pedido. La Corte sostuvo que el vicio de incongruencia era notorio y que no se superaba ni siquiera



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

frente a la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes. Este criterio fue luego ratificado en el fallo “Strangio, Domingo c. Cattorini Hnos. S.A.” del 12/05/09 (Fallos: 332:1078).

Esta precisión es congruente con la postura doctrinaria que, aún antes de “Mill de Pereyra”, sostenía que el control de oficio de constitucionalidad no podía hacerse cuando se trataba de derechos disponibles, citando al efecto los arts. 19 y 872 del C.C. (Bielsa, Rafael, “Derecho Constitucional”, Bs. As., Depalma, 1959, p. 717; Padilla, Miguel, “El orden público y las declaraciones de inconstitucionalidad”, L.L. 1984-C, 320). Recogiendo esta tesis, en un artículo de doctrina sostuve que para hacer compatible el fundamento de ese tipo de control (principio “iura novit curia” que debe comenzar por el vértice de la pirámide jurídica que es la Constitución Nacional) con el principio dispositivo, la declaración de inconstitucionalidad debía ser congruente con la petición de la parte a quien la misma favorecía. Es decir, podía una parte no pedir formalmente la declaración de inconstitucionalidad pero si atacaba la norma por injusta o argumentaba las razones por las cuales no debía ser aplicada, aquella era posible. En otras palabras, la declaración de inconstitucionalidad debía estar de alguna manera implícitamente comprendida o habilitada por la petición (“Control de oficio de constitucionalidad. Algunas precisiones sobre su procedencia”, E.D. 197-243).

Está claro, a mi juicio, que ello debe ser así cuando se trata de derechos patrimoniales porque no hay razón superior alguna que pueda llevar a un juez a obligar a alguien a cuestionar la validez de una norma que afecta ese tipo de derechos si lo consiente,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

máxime cuando el ordenamiento jurídico prescribe que son esencialmente disponibles.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando se sostiene que los afectados son otro tipo de derechos, como en el caso de autos?

Veamos cuáles son los que la jueza cita. En primer lugar el derecho a la igualdad (art. 16 C.N.). No brinda ningún fundamento para esta aseveración y en tal sentido no cumple la decisión con las exigencias señaladas para la declaración de inconstitucionalidad de oficio. En realidad no cumple con las exigencias que merece cualquier declaración de inconstitucionalidad – de oficio o no -. Es que se trata de la “última ratio” del orden jurídico, y por lo tanto los jueces deben exponer con claridad los argumentos que los conducen a la conclusión de que una norma emanada por los representantes del pueblo (Poder Legislativo) es contraria a la Constitución. Haciendo un esfuerzo de imaginación no advierto por qué motivo una norma que establece que deben fijarse dos audiencias con una separación de dos meses para oír a las partes antes de decretar el divorcio podría ser violatoria del art. 16 de la C.N.. La norma rige para todos los habitantes del país por igual, no está dirigida a personas determinadas, no obliga a unos lo que se le dispensa a otros, no confiere privilegios a unos que no conceda a otros, no brinda un trato desigual a unos en detrimento de otros, no tiene ánimo persecutorio de nadie. En fin, no se da ninguna de las razones que la Corte Suprema ha tenido en cuenta a lo largo de su historia para estimar violado el principio de igualdad (Fallos: 319:925; 320:52; 323:1566; 329:2986; 331:2169; 333:108; 335:1189, entre otros), ni tampoco se advierte vulneración alguna al principio de igualdad de trato y de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

oportunidades (art. 75 inc. 23), ni al principio de no discriminación (arts. 43, 75 inc 19 y normas cctes. de tratados internacionales).

Lo mismo ocurre con la libertad de asociación invocada por la sentenciante con cita del art. 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del art. 16 de la C.A.D.H.. Ningún argumento brinda la resolución apelada al respecto y francamente no advierto vinculación alguna con el art. 236 del C.C.. La libertad de asociación implica el derecho de asociarse con fines útiles (art. 14 C.N.), y naturalmente se refiere a la posibilidad de integrar asociaciones civiles y comerciales con fines lícitos. Comprende el derecho a no asociarse o a desvincularse de una asociación pero sólo una interpretación desorbitante podría entender comprendido en este derecho al vínculo matrimonial, que por supuesto se rige por una normativa específica, muy distinta de la que regula aquellas relaciones.

Cita también la jueza – aunque no en la parte final de su resolución - la protección de la familia contemplada por el art. 14 bis de la C.N.. Nuevamente se trata de una afirmación al pasar, sin que se brinde explicación alguna, incumpliendo las exigencias de la declaración de inconstitucionalidad. Precisamente la “ratio legis” del art. 236 del C.C. es la protección de la familia. La norma tiene su origen en la introducción por la ley 17.711 del divorcio por mutuo consentimiento (art. 67 bis de la ley 2393). Se consideró en ese momento que su incorporación legal debía ir acompañada de previsiones para que no se convirtiera en un “mero trámite” sino que el juez debía oír en forma privada los motivos que llevaban a los cónyuges a divorciarse e instarlos a la reflexión por un lapso de dos meses. Obviamente se partió de la base



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de que la supervivencia del matrimonio era preferible antes que su ruptura, en aras del bien familiar (Borda, Guillermo, “La reforma de 1968 al Código Civil”, Ed. Perrot, Bs As, 1971, p. 426 y ss.). Más allá de lo acertado de esta suposición, lo cierto es que fue el fundamento de la norma de 1968 que el legislador de 1987 (ley 23.515), pese a las profundas innovaciones introducidas, decidió mantener a través de los arts. 215 y 236 del C.C. Por consiguiente, si se invoca el mismo derecho para argumentar en sentido contrario – o sea, a favor de la invalidez constitucional de la norma -, deben brindarse fuertes razones. Es decir, explicar concretamente por qué la fijación de dos audiencias para oír a las partes y el lapso intermedio de dos meses entre ambas sería contrario a la directiva constitucional de protección de la familia. Huelga decir que a simple vista no se advierte.

Queda, entonces, como único fundamento de la declaración de inconstitucionalidad apelada el principio de autonomía personal que emana del art. 19 1ra. parte de la C.N. y que engloba al derecho a la intimidad y al de respeto a la vida privada, que la resolución invoca.

Tal principio, como lo definió Thomas Cooley en el siglo XIX, implica el *derecho a ser dejado a solas por el Estado*; o sea, el derecho del individuo a ser dejado a solas, no por la religión, la moral o la filosofía, sino por el Estado para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formulación de su *plan de vida* en todas las dimensiones fundamentales de ella, “*plan que le compete personalmente y excluye la intromisión externa y más aún si es*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

coactiva” (conforme voto del Dr. Petracchi en el fallo “Baztarrica” de 1086, Fallos: 308:1412; ver también: Nino, Carlos S., “Ética y derechos humanos”, Paidós, Bs. As., 1984, p. 135).

El principio de autonomía personal tiene todo tipo de aplicaciones. Desde el cuestionamiento a la imposición de sanciones (penales o administrativas) cuando se trata de conductas que no han ofendido al orden público, la moral pública o no han causado perjuicio a terceros, hasta la prohibición de brindar determinados tratamientos médicos sin consentimiento del paciente, pasando por el derecho a la muerte digna, la elección de la orientación sexual o de la identidad de género, etc., pero lo que por definición lo caracteriza es que es un *derecho personalísimo*, que sólo puede ser invocado por su titular. Es decir, es el individuo que siente afectada su autonomía personal por alguna razón quien debe decirlo y efectuar las peticiones pertinentes.

Si bien está comprendido en el principio de autonomía, el derecho a la intimidad tiene un alcance más específico: se refiere a la esfera de la persona que esta tiene derecho a que permanezca exenta del conocimiento de terceros (Nino, Carlos S., “Fundamentos de derecho constitucional”, Astrea, Bs. As., 1992, p. 327). Resguarda a la persona de la intromisión de los demás y de ahí que el ordenamiento jurídico reconoce acciones a su titular para hacer cesar tal tipo de conductas (v.g. art. 1071 bis C.C.).

En el caso de autos, ambos peticionantes del divorcio no sólo no atacaron de inconstitucional el art. 236 del C.C. por vulnerar su autodeterminación personal ni por atentar contra su derecho a resguardar su intimidad, sino que expresamente pidieron que se fijaran



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

las audiencias previstas por dicha norma y oportunamente se decretara el divorcio vincular (fs. 6vta./7). Posteriormente, al conferírseles traslado del memorial del representante del Ministerio Público, no lo contestaron. O sea, no defendieron la tesitura adoptada de oficio por la jueza.

Los peticionantes de autos no han manifestado, entonces, que sienten afectada su autonomía personal o su derecho a la intimidad por tener que explicar en audiencia privada a la jueza los motivos que los llevan a divorciarse. Tampoco se sienten afectados por el hecho de que la ley los obligue a esperar dos meses antes de que se celebre la segunda audiencia a fin de ratificar o no su decisión.

En estas condiciones que la juzgadora sustituya su voluntad declarando la inconstitucionalidad de la norma que regula el procedimiento – y además sin vista previa al Ministerio Público (pese a la ley 14.442) - implica una intromisión en sus ámbitos autónomos de decisión. Es paradójico, pero es precisamente lo que ocurre. El órgano judicial toma una decisión que les compete personal y exclusivamente a las partes como únicos interesados, y en situación tal se vulnera o distorsiona el art. 19 de la C.N..

Lo expuesto no implica – demás está decirlo – pronunciamiento acerca de la eventual inconstitucionalidad de la norma en cuestión si fuera expresamente planteado por parte interesada. Resta señalar que lo propuesto en el Proyecto de Código Civil y Comercial en tratamiento en el Congreso no cambia en nada lo aquí resuelto, dado que, obviamente, si el trámite allí previsto para el divorcio por mutuo consentimiento se convirtiera en ley, no estaríamos hablando de declaración o no de oficio de la constitucionalidad de norma alguna.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Por lo expuesto, **VOTO POR LA NEGATIVA.**

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior el pronunciamiento que corresponde dictar es revocatorio de la resolución apelada en cuanto declara la inconstitucionalidad del art. 236 del C.C.

ASI LO VOTO.-

El señor juez D.Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

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

S E N T E N C I A

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser revocada.-

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE:**

REVOCAR la resolución apelada en cuanto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

declara la inconstitucionalidad del art. 236 del C.C.. **REG. NOT. Y**
Pasen en vista los autos al Ministerio Publico.-