



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@speedy.com.ar

CIRCULAR N° 1302/07

UNREGISTERED

Dolores, 08 de enero de 2007.-

Created by Unregistered Version

REF: “ DIVORCIO VINCULAR. Causal objetiva. Separación de hecho sin intención de reanudar la cohabitación. Incumplimiento del plazo previsto en el art. 214 inc. 2° del Código Civil. Declaración de inconstitucionalidad. Procedencia de la demanda. Autonomía de la voluntad de los cónyuges ”.-

EXTE. N° 2612/06 - "M., D. G. c/ G., F. A. S/ DIVORCIO" - TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 5 DE ROSARIO (Santa Fé) - 14/11/2006

"Es excesivo y hasta disparatado el lapso de tres años para configurar la separación de hecho como causal objetiva de divorcio cuando la ruptura conyugal es irremediable e irreversible, pues ambos esposos abdicaron definitivamente de un proyecto común a la semana de estar casados. Es innegable que el Estado, a través de la Administración de Justicia no puede ubicar a estas partes como una suerte de cónyuges virtuales y rechazar su petición en apego a un período legal, que luce desatinado en cuanto a su extensión, pues la separación de hecho se produjo por la ruptura matrimonial y se ratificó por el transcurso del tiempo, sin tener los esposos ninguna intención de reanudar la vida en común hace más de dos años."

"Resulta cercano a la perversión y lesivo a la persona de los cónyuges, denegar esta demanda pues "solamente" estuvieron dos años separados de hecho y en consecuencia obligar a ambos a recurrir nuevamente -en un año- a la Justicia para obtener su divorcio vincular, cuando de común acuerdo agotaron su tolerancia de mantener la convivencia y se distanciaron de hecho prácticamente recién casados, sustrayéndose voluntariamente al cumplimiento de los deberes-derechos del matrimonio."

"Tampoco parece una decisión sensata diferir el dictado de la sentencia hasta tanto transcurra el plazo de tres años exigido por el ordenamiento civil, aunque éste no hubiere estado cumplido al tiempo de la presentación de la demanda; ni "ordenar" el proceso vía interpretación de los arts. 215 y 236 del Código Civil, cuando el propio legislador acepta como única prueba en la causal objetiva sin atribución de culpa, el reconocimiento de los hechos, pues el art. 232 del mismo Código "deja ver que en la prueba de la causal no interesa el orden público".(Cámara Nacional Civil, Sala F, ABRIL, 11-2004. Revista Derecho Privado y Comunitario 2004-2-526)."

"No hay en el caso bajo análisis otros intereses afectados, 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 tanto la intervención del juez, por ende la del Estado, no puede ser la de impedir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, sino que aquélla debe evitar la arbitrariedad y la desigualdad al no existir razón práctica, ni jurídica ni interés social en mantener la unión de un matrimonio dislocado desde el inicio."

"EL TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 5 DE ROSARIO RESUELVE: Admitir la demanda, y en consecuencia 1.- Declarar la inconstitucionalidad del plazo de tres años del art. 214 inc. 2° del Código Civil; 2.- Determinar el divorcio vincular de los cónyuges D. G. M. DNI N° 26.668.504 y F. A. G. DNI N° 22.889.671, por estar separados de hecho; 3.- Declarar disuelta la sociedad conyugal con efecto al día de notificación de la demanda."

Fallo en Extenso

EXTE. N° 2612/06 - 'M., D. G. c/ G., F. A. S/ DIVORCIO' - TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 5 DE ROSARIO (Santa Fé) - 14/11/2006

Created by Unregistered Version

ROSARIO, 14 de noviembre de 2006

Y VISTOS: Los presentes: M., D. G. c/ G., F. A. S/ DIVORCIO. EXTE. n° 2612/06;;

DE LOS QUE RESULTA: Que ADRIANA GIRARDI, abogada de D. G. M. inicia demanda de divorcio vincular de su mandante por estar separada de hecho sin voluntad de unirse de F. A. G.. Relata que el 24 de septiembre de 2004 contrajeron matrimonio, conforme certificado matrimonio que adjunta y que prácticamente no alcanzaron a convivir ya que a la semana se separaron sin intención de reanudar la cohabitación, situación que persiste hasta el presente y que asumen como irreversible. Aclara que su mandante no () ha dado causa la separación. Asimismo, plantea la inconstitucionalidad del plazo de tres años para acceder al divorcio vincular por estar separados de hecho. Manifiesta que la limitación temporal que impone el art. 214 inc. 2° del Código Civil en tanto derecho infraconstitucional no puede violentar los derechos de rango constitución como son el derecho a la libertad, la libertad de asociación, la protección de la familia, el respeto a la vida privada y los alcances de los derechos del hombre, esto es el límite del límite. (fs. 2 a 4)); brindado el trámite pertinente (fs. 5), MARICEL V. MADERA abogada de F. A. G. se allana a la pretensión de divorcio que formula el actor y atento ser en tiempo y forma peticiona que las costas se impongan por su orden (fs.8). Aceptado el allanamiento por la parte actora (fs 10) se encuentran los presentes en estado de resolver.//-

Y CONSIDERANDO: Que en autos se trata del pedido de divorcio vincular por separación de hecho con planteo de inconstitucionalidad del plazo de tres años para acceder al mismo, efectuado por el marido con allanamiento de la esposa.-

Que el estado civil se halla probado con la instrumental de la cual surge que han celebrado matrimonio el 24 de septiembre de 2004 en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de Rosario, 1ª. Sección e inscripto al Tomo II, Acta 293 (fs 2).-

Que la interrupción de la cohabitación entre los cónyuges sin voluntad de unirse ha durado como mínimo el plazo de dos años pues el marido afirma que la separación de hecho se produce a la semana de haber contraído matrimonio y la esposa al allanarse reconoce los hechos expuestos en la demanda.-

Acerca de la inconstitucionalidad del plazo exigido legalmente para invocar la separación de hecho como causal objetiva de divorcio vincular, oportunamente éste Tribunal, con otra integración, por criterio de mayoría, conforme el art. 204 del Código Civil, rechazó esa posibilidad y en cambio admitió la separación personal (Protocolo de autos, Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario, AGOSTO, 25-2003).-

En el caso, la cohabitación se extiende sólo una semana inmediata a la celebración del matrimonio y la declaración de inconstitucionalidad la formula expresamente la parte actora y lo ratifica la demandada, con lo cual no es idéntico al antecedente citado, en el cual en minoría de oficio se admitía la posibilidad de tal declaración acerca del plazo legal para fundar la separación de hecho

como causal objetiva de divorcio.-

¿Pueden los cónyuges en uso de la autonomía de la voluntad renunciar al plazo legal del art. 214 inc. 2º Código Civil o el mismo es de orden público y por tanto no es susceptible de esa renuncia?, a su vez ¿La extensión temporal de la separación de hecho es de orden público absoluto o relativo? Por último, ¿Existe colisión entre la norma civil y la Constitución Nacional que amerite recurrir a la "última ratio" de la declaración de inconstitucionalidad?

La ley 23.515 en su reforma al Código Civil ha introducido en el ordenamiento positivo argentino la separación de hecho como causal autónoma ya de separación personal como de divorcio vincular a través de la sanción de los arts. 204 y 214 inc. 2 del citado cuerpo normativo. La redacción final permite catalogar a esta causal como objetiva en tanto y en cuanto en su aplicación queda excluida la indagación acerca de las causas que llevaron al quebrantamiento del matrimonio.-

Se entiende que el Estado impone leyes a sus ciudadanos para favorecer la vida en sociedad y la circunstancia de que el contenido, efecto y forma del acto jurídico familiar sean establecidos por la ley no puede trastocar aquél designio pues sería un estigma de disvalor a la voluntad humana impulsora de un cambio que a veces integra el ordenamiento.-

Una de las mayores virtudes que deben tener las leyes y la Justicia es que respondan a la realidad y, ser transparentes en la aceptación y respeto de la voluntad de las partes favorece la ética social y siempre claro está, que no se lesione el orden público.-

La previsión de un tiempo mínimo desde la celebración del matrimonio para plantear la separación personal o divorcio vincular se explica porque sin la madurez o reflexión necesarias, cualquier matrimonio joven puede, sin más recurrir al tribunal solicitando la separación (Eduardo A. Zannoni, "DERECHO DE FAMILIA". T. II, Ed. Astrea, 1989, pag. 131), o para que no se apresuren ante las primeras desavenencias conyugales Francisco A. M. Ferrer, EL DIVORCIO POR PRESENTACION CONJUNTA. Santa Fe. 1976, pág. 30) No hay uniformidad en las legislaciones extranjeras sobre el tiempo de cese de la cohabitación exigible para solicitar el divorcio, el fundamento es que si los esposos han llevada cada uno su vida por separado durante un período de tiempo dado indica de un modo bastante convincente que su matrimonio se salda con un fracaso irremediable (Enrique Fosar Benlloch, ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA. Barcelona, Bosch, 1981-1982. T. II, VOL. I p. 202).-

El legislador argentino de 1987 sigue el criterio del Código español de 1981, norma de avanzada por aquél entonces, que permitió poner a España en el mismo plano que otros países del entorno, particularmente porque admitía un sistema de "divorcio-remedio" al que se accede acreditando -en nuestro país- un tiempo mínimo de tres años de separación de hecho.-

A pesar de la finalidad y objetivos propuestos, con el correr de los años, ante las situaciones desfasadas y problemáticas que volvían a reproducir los conflictos y divergencias del "divorcio-sanción" o culposo, que se había querido evitar, España modifica aquélla norma y sanciona la ley 15/2005 donde amplía el ámbito de libertad de los cónyuges relativo al ejercicio de la facultad para peticionar la disolución de la relación matrimonial sin necesidad de esperar un plazo tan fuertemente prolongado.-

Así puede leerse: "el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación" (exposición de motivos ley nº 15/2005, España, sancionada el 8-7-2005)

Por ello la reforma en la legislación española acepta que si uno solo de los esposos no desea la continuación del matrimonio puede demandar el divorcio, sin que el demandado logre oponerse a la petición por motivos materiales y sin que el juez pueda rechazar la petición. Sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. El límite de la autonomía de la voluntad para el legislador español es que obliga a los esposos a acompañar un convenio regulador de las consecuencias de la separación -por ejemplo si existen hijos menores, o bienes gananciales-

La autonomía privada está estrictamente vinculada a la libertad y a la intimidad y amparada por la Constitución Nacional en el art. 19. El derecho a la intimidad y a la autonomía de la voluntad presentan similitudes en tanto una y otra imponen un límite al Estado, los terceros y la ley "...a toda cabeza sensata le es fácil comprender lo que marido y mujer hacen o dejan de hacer en su alcoba escapa a toda interferencia de terceros, nada más ni menos que porque incumbe y pertenece a la intimidad de dos" (Germán J. Bidart Campos, "Intimidad y autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia., Nº 15, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 9)

Esta autonomía de la libertad familiar o si se quiere "orden público familiar" como norma interna, tienen su control de seguridad en que el Estado debe dar cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional, de indudable repercusión en el contenido de las relaciones familiares. (Maria Bacigalupo De Girard "La reforma al Código Civil español. Igualdad conyugal, divorcio incausado y custodia compartida". JA. Ejemplar del 13-9-2006)

Existe un interés social en preservar la familia, pero no es correcto identificar familia con matrimonio. Basta citar el decreto del PEN nº 415/2006 que reglamenta la ley 26.061 donde se asimila al concepto de familia, aquellas personas que representen vínculos significativos y afectivos en la historia personal de los niños, asistiéndole derechos y obligaciones.-

La extensión de los valores modernos de autonomía personal, de libre elección de la pareja sobre la base del amor romántico, la creciente expectativa social de dar cauce a sentimientos y afectos implican también la contracara: la libertad de cortar vínculos cuando el amor se acaba, cuando el costo personal de la convivencia conflictiva supera cierto umbral (Elizabeth Jelin, PAN Y AFECTOS. LA TRANSFORMACION DE LAS FAMILIAS, 1ª edición. Fondo de cultura económica, 1998, pág. 87).-

Dentro de los derechos con rango constitucional que favorecen y defienden la autonomía de los cónyuges, pueden mencionarse: 1.- Derecho a la libertad: ART. 3 Decl. Univers. de DD HH; art. 1 Decl. Amer. de DD.HH.; art. 7.1 Pacto de San José de Costa Rica; art. 9.1 Pacto de Derechos Civiles; 2.- Libertad de Asociación: ART. 20 Decl. Univers. de DD HH; art. XXII Decl. Amer. de DD.HH.; art. 16 Pacto de San José de Costa Rica; art. 22.1 Pacto de Derechos Civiles; 3.- Respeto a la vida privada: ART. 12 Decl. Univers. de DD HH; art. V Decl. Amer. de DD.HH.; art. 11.1 Pacto de San José de Costa Rica; art. 17.1/2 Pacto de Derechos Civiles; 4.- los derechos del hombre y su alcance, esto es el límite del límite para el hombre; ART. 12 Decl. Univers. de DD HH; art. XXVIII Decl. Amer. de DD.HH.; art. 32.2 Pacto de San José de Costa Rica; art. 12.3 Pacto de Derechos Civiles; Art. 4 Pacto de Derechos Económicos; 5.- Por último hay un aspecto que si bien no está expresamente contenido en estos Tratados, la doctrina lo refiere como derecho al proyecto de vida personal y esto de alguna manera nos trae a la memoria la afirmación de que el principio supremo de justicia apunta al desarrollo de la persona humana, según las enseñanzas de Werner Goldsmichdt. (ver Carlos Fernández Sessarego "El daño al "proyecto de vida" en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Revista de Responsabilidad Civil y seguros. Director Atilio A. Alterini, LL. año 1, nº 4, Julio-agosto de 1999)

La formulación internacional y conceptual reseñada rechaza la idea de limitación a la extensión y ejercicio de un derecho humano sin una estricta necesidad de ello, y esta necesidad recién aparece cuando la configuración de ese derecho compromete o pone en vilo el modelo de sociedad democrática. La mera afectación de algún interés particular que no implique la perturbación o conculcación de un derecho humano de un tercero no da lugar a ejercer la limitación al ejercicio de otro derecho humano. (Ricardo J. Dutto y Gustavo E. Feldman en Ponencia sobre "La inconstitucionalidad del plazo legal de espera del divorcio por separación de hecho con fundamento en la supremacía legal de las Declaraciones, Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, incorporados a la Constitución Nacional en 1994" presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003)

Según la definición de un ex-juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos esos valores y principios no pueden desvincularse de los sentimientos dominantes en una sociedad dada, de manera que si la noción de orden público no se interpreta vinculándola estrechamente con los estándares de una sociedad democrática, puede representar una vía para privar del contenido real a los derechos humanos internacionalmente protegidos. En nombre de un orden público dominado por principios antidemocráticos, cualquier restricción a los derechos humanos podría ser legítima (Pedro Nikken, EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS, P. 33 y 34) Conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como "ultima ratio" del orden jurídico (Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros FALLOS, 307;531 JA, 1990-II-309) y también resolvió que el control de constitucionalidad "no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 308;1631). En ese sentido el legislador de 1987 estimó que el plazo de tres años propuesto para que se configure la causal objetivas de divorcio vincular era adecuado para hacer reflexionar a los cónyuges sobre la extinción del vínculo matrimonial y asimismo descartar la posible transitoriedad de los matrimonios;

No obstante lo expuesto y según el art. 31 de la Constitución Nacional en cuanto al control de constitucionalidad asentado sobre los principios de legalidad y de razonabilidad, la supremacía constitucional de los Tratados y Declaraciones incorporadas a la Constitución Nacional de 1994, reseñados ut supra, respecto del derecho infraconstitucional del Código Civil, obligan a explorar una salida jurisprudencial de declaración de inconstitucionalidad, en tanto afectar la autonomía de la voluntad de los cónyuges, no vislumbrarse

cercenado directamente el orden público absoluto y surgir como desatinado el tiempo de reflexión o espera impuesto a los cónyuges como separación de hecho para peticionar el divorcio.-

Dentro del campo civil, la mayoría de las normas son de orden público relativo ya que los derechos que asignan pueden ser renunciados una vez adquiridos, por el contrario en el Derecho Público casi todas las normas son imperativas, conforme el viejo principio de Ulpiano "nemo ius publicum remittere potest". Por tanto las potestades y derechos asignados por la norma imperativa es una cuestión de hecho que el Juez deberá resolver según las circunstancias del caso concreto y conforme el art. 872 del Código Civil. (Horacio H. De La Fuente. "Orden público", Astrea, Buenos Aires, 2003, pag. 91)

Zannoni advierte que el término orden público es equívoco. El "orden" no se refiere estrictamente al orden como puro valor en términos axiológicos, ni lo de "público" se conforme a lo privado al menos en la formulación tradicional. La ley de orden público que pone límites al juego irrestricto de interés individuales que encausan la autonomía privada por cierto si el legislado ensancha ese ámbito cae en autoritarismo (Eduardo A. Zannoni, Prólogo a Horacio H. De la Fuente. "Orden público", cit., p.VII).-

En el caso la limitación de la voluntad de las partes es irrelevante, lo que existe es un orden público absoluto donde puede surgir un interés privado que resulta incompatible con situaciones que están afectando el interés general, de lo contrario parece incoherente que el propio legislador, dentro de las cuestiones atinentes al Derecho de familia, acepte que los padres biológicos puedan manifestar judicialmente su expresa voluntad de "entregar al menor en adopción" -art. 325 inc. e) Código Civil- y como tal un derecho "renunciable" sin que se viole el orden público y por el contrario se conjeture que está en juego el orden público -art. 872 Código Civil- como fundamento para denegar esta demanda planteada más de dos años después de casados, en la que ambos cónyuges coinciden en que a la semana de estar unidos en matrimonio dejan de convivir y no tienen voluntad de volver a unirse.-

El derecho a la privacidad y libertad de conciencia es el que asegura que todo habitante de la Nación goza del derecho a no ser invadido por el Estado para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma decisiones para la formulación de un plan de vida, plan que le compete en forma personal excluyendo la intromisión externa y más aún si es coactiva. El orden jurídico debe asegurar la realización material del ámbito privado, concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito de garantizar la independencia en la formulación de los planes de vida no se vea frustrado. (Marta E. Epes "Depuración del régimen de divorcio. Separación de hecho sin voluntad de unirse., duración mínima de separación como requisito para peticionar el divorcio vincular". Zeus, ejemplar del 25-11-2004).-

Es excesivo y hasta disparatado el lapso de tres años para configurar la separación de hecho como causal objetiva de divorcio cuando la ruptura conyugal es irremediable e irreversible, pues ambos esposos abdicaron definitivamente de un proyecto común a la semana de estar casados.-

Al Estado le interesa la incolumidad del matrimonio cuando el mismo alcanza el efecto de fuerza compartida, la convivencia armónica, un objetivo en común, pero siempre debe ser el resultado de una voluntad libre y querida por los cónyuges para asumir y responsabilizarse por las consecuencias de todo tipo que de esta institución jurídica se derivan, no cuando es sólo una constancia documental carente de contenido afectivo, fuente no jurídica pero elemental para afianzar esa relación.-

Es innegable que el Estado a través de la Administración de Justicia no puede ubicar a estas partes como una suerte de cónyuges virtuales y rechazar su petición en apego a un período legal, que luce desatinado en cuanto a su extensión, pues la separación de hecho se produjo por la ruptura matrimonial y se ratificó por el transcurso del tiempo, sin tener los esposos ninguna intención de reanudar la vida en común hace más de dos años.-

Resulta cercano a la perversión y lesivo a la persona de los cónyuges, denegar esta demanda pues "solamente" estuvieron dos años separados de hecho y en consecuencia obligar a ambos a recurrir nuevamente -en un año- a la Justicia para obtener su divorcio vincular, cuando de común acuerdo agotaron su tolerancia de mantener la convivencia y se distanciaron de hecho prácticamente recién casados, sustrayéndose voluntariamente al cumplimiento de los deberes-derechos del matrimonio.-

Tampoco parece una decisión sensata diferir el dictado de la sentencia hasta tanto transcurra el plazo de tres años exigido por el ordenamiento civil, aunque éste no hubiere estado cumplido al tiempo de la presentación de la demanda; ni "ordenar" el proceso vía interpretación de los arts. 215 y 236 del Código Civil, cuando el propio legislador acepta como única prueba en la causal objetiva sin atribución de culpa, el reconocimiento de los hechos, pues el art. 232 del mismo Código "deja ver que en la prueba de la causal no interesa el orden público".(Cámara Nacional Civil, Sala F, ABRIL, 11-2004. Revista Derecho Privado y Comunitario 2004-2-526).-

El límite de razonabilidad necesario para el resguardo del principio que hace a la seguridad del interés común o de la comunidad -el mentado orden público- no puede tener tal alcance que termine por vulnerar el sentido común imponiendo jurídicamente soluciones artificiales con implicancias severas como mantener un estado civil sólo registralmente, cuando el afecto conyugal desapareció y la cohabitación cesó irremediablemente sin posibilidad de reconciliarse según manifestación expresa de los esposos.-

Llegado el caso extremo, debe el juez apartarse de la mera legalidad formal. Al fin y al cabo lo que nuestra Constitución asegura es que los jueces debamos afianzar la justicia y la justicia, es más que la legalidad formal. (Jorge W. Peyrano, "La voz del Foro". Publicación mensual del Foro de Abogados de San Juan, octubre 2006, p, 20)

El orden público se hace brumoso cuando el propio legislador prioriza la sanción culposa y admite el divorcio vincular sin anteponer tiempo de espera cuando se imputa culpa. Si la razón de ser del plazo legal es brindar un espacio de reflexión a fin de prevenir presentaciones intempestivas o carentes de madurez, debería exigirse igual dilación o "cláusula de dureza" para invocar una causal subjetiva de imputación culposa y no únicamente para plantear la causal objetiva de separación de hecho.-

Justamente, la situación irregular que se evidencia entre la finalización de la convivencia y la sentencia de divorcio provoca dificultades para los cónyuges a nivel legal y personal que no hacen más que intensificar las secuelas negativas que suele provocar la ruptura de la relación. Tan es así que en los últimos años aumentó notablemente la jurisprudencia relativa a cuestiones conexas con la separación de hecho (ver la sistematización de la Dra. Aída Kenech de Cerezo en su fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, SALA I, JULIO, 3-2003, citado por Maria Victoria Fama, Marisa Herrera y Moira Revsin "Un fallo que actualiza el debate sobre las causales de separación personal y divorcio vincular". RDF. 2004 II 1059).

No hay en el caso bajo análisis otros intereses afectados, 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 tanto la intervención del juez , por ende la del Estado, no puede ser la de impedir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, sino que aquélla debe evitar la arbitrariedad y la desigualdad al no existir razón práctica, ni jurídica ni interés social en mantener la unión de un matrimonio dislocado desde el inicio.-

Que siendo tempestivo el allanamiento y sin formulación de culpabilidad entre las partes las costas se distribuirán en el orden causado (art. 250 Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe).-

DISIDENCIA DE LA DRA. DIANA PAROLA: Sostengo la posición mantenida por el Tribunal que integro, con diferentes miembros, a lo largo de todos estos años; ello es en apego al régimen legal vigente desde la sanción de la ley 23.515 que modificara sustancialmente el régimen legal aplicable al matrimonio.-

Para citar uno de los fallos, en razón de ser éste el traído por la mayoría en la resolución adoptada en la presente causa; en similar planteo al que hoy me convoca he sostenido "...el apego al régimen legal vigente consagrado por la reforma introducida por la ley 23515 que estableció alternativas a opción de los cónyuges, luego de transcurridos determinados periodos de tiempo. Así, en su todo orgánico los arts. 202, 203, 204 y 205 para la Separación Personal y arts. 214 y 216 en su juego orgánico constituyen los ejes sobre los que giran las concretas posibilidades de los cónyuges establecidas por la ley (Fallo n° 563 de fecha 25/8/2003).-

Habíamos dicho y resulta estrictamente aplicable al presente caso, que la interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse ha durado, según lo expuesto por la actora y reconocido por la demandada, el plazo de dos años, por lo que se ha acreditado la procedencia de la causal reglada por el art. 204 del C.C. Bajo el título "Dies a quem" los Dres. Alberto J. Bueres y Elena I. Highton dicen "No hallándose cumplido íntegramente el plazo el juez podrá deferir el pronunciamiento de la sentencia hasta que se satisfaga el término, o deberá rechazar la demanda por falta de causa"? . Todo dependerá del criterio que se adopte en cuanto al dies a quem. En honor a la brevedad me remito a lo expuesto por los autores citados en C. Civil y normas complementarias-T 1 pag. 943.-

Los miembros de éste Tribunal, que en la presente causa integran la mayoría, afirman que el Estado impone leyes para favorecer la vida en sociedad y ellas no pueden trastocar ese designio " pues sería un estigma de disvalor a la voluntad humana impulsora de un cambio que ambos integrantes de la unión desean..", refiriendo concretamente a la libertad de los cónyuges para peticionar la disolución del vínculo "sin necesidad de esperar un plazo tal irrazonablemente prolongado".-

Disiento totalmente con la interpretación de mis distinguidos colegas, por cuanto la legislación va avanzando -o no- conforme los sentimientos y necesidades de la sociedad y es en la ley donde se receptan esos cambios; dado que son los legisladores quienes

representan la voluntad del cuerpo social organizado.-

Si bien la consolidación del respeto a la autonomía de la voluntad de los esposos y el compromiso con la familia en crisis, se avala en sendos pronunciamientos; entiendo que las atribuciones concedidas a los magistrados deben siempre ejercerse dentro de la discrecionalidad limitada que las leyes les otorgan para decidir (C.S. J.N, E.D 66-409). Por ello resulta improponible plantear una cuestión cuya pretensión no está contemplada en la normativa vigente.-

Reitero, por vía de declarar inconstitucional el plazo contemplado por el art. 214 inc.2) del C.C; se acepta la pretensión divorcista. Estimo que no es ella la solución aplicable, por cuanto va en desmedro de todo un régimen matrimonial que ha de ser interpretado en su conjunto.-

Así "El control de constitucionalidad debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la ley Fundamental, consideradas éstas como un todo armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto" (C S J N 9-2-89 en Zeus T. 51 R,74 n° 11985).-

La interpretación sostenida por la mayoría en los presentes y que tuviera su origen doctrinario en la ponencia prestada por los Dres. Dutto Ricardo J. Y Feldman, Gustavo E. en las X^{ta} Jornadas Nacionales de Derecho Civil, efectuadas en Rosario del 25 al 27/9/2003; quienes bajo el título "Autonomía de la voluntad de los cónyuges frente al conflicto matrimonial", proponían "Declaración oficiosa de inconstitucionalidad de las cláusulas limitativas temporales para peticionar el divorcio"; en dichas jornadas integraron la comisión como miembros titulares 43 juristas el despacho E que propuso "los artículos 204, 205, 214 inc.2 y 215 del C.Civil son inconstitucionales, en cuanto impiden a los cónyuges demandar la separación personal o el divorcio vincular antes del cumplimiento de los plazos establecidos", obtuvo 2 votos.-

Además del rechazo a dicha hipótesis en las jornadas mencionadas, la S C J N ha sostenido reiteradamente que los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (fallos 312: 318; 314:225; 320:196). En este sentido debe entenderse que el marco de protección que confieren las normas constitucionales y los tratados mencionados en el art. 75, inc.22 de la C.N, no implica que se prohíba toda intrusión estatal con relación a los derechos de las personas. Importa mas bien que la Carta Magna ha estructurado un escudo de protección de los habitantes de nuestro país para que sus derechos no sean injustamente vulnerados (C S J N,30.9.03, F n° 0119).-

En rigor ha de interpretarse la causal objetiva de divorcio como la existencia de separación de hecho, sin voluntad de unirse de los cónyuges; en ese caso el plazo es un recaudo para hacer valer la causal; es decir, sólo podrá tener efectos para plantear la pretensión en sede judicial y tener éxito en la decisión, si transcurrió el término legal.-

No puede entenderse ello como limitación alguna a sus derechos fundamentales consagrados en la C.N. O acaso fijar un plazo para la locación de inmuebles vulnera tales derechos?; fijar un plazo para consolidar un derecho-escriturar- vulnera la C.N; fijar un término para adquirir derechos electorales agravia al ciudadano?; podría seguir enumerando casos de regulación de las leyes fundamentales que, interpretación mediante, podrían ser dejadas de lado vía declaración de incostitucionalidad . Pero con gran criterio se encuentran abocados los legisladores a producir las modificaciones que son precisas, por ejemplo la edad de imputabilidad.-

Reitero, más allá de lo que al intérprete pueda parecerle justificado, lo cierto es que la diferencia entre los dos años exigidos como mínimo para la separación personal y los tres requeridos para el divorcio, ha sido decidida por el legislador y es solución - a mi entender- que el órgano jurisdiccional no puede sino aplicar.-

Son innumerables los fallos de las Cámaras de Apelación en el sentido por mi sostenido -C.C.,Civ, sala A oct 31-991 L.L 1992-E 69; C.NCivil Sala G 2000/7/3 L.L 2000, F, 81, C Apel. C. del U, sala Civ y com. 8/4/96 J A a997; entre otros y en doctrina Bossert Gustavo-Zannoni Eduardo, "Manual de Derecho de Familia" Astrea 1991, p 362: Colerio Juan P. en L.L 1992 -E-71 entre otros).-

En meduloso fallo de la C.N de Apelación en lo Civil Sala F, de fecha 27/3/03, publicado en la Revista de Derecho de Flia 2003, p. 21 a 28, con voto de los Dres. Fernando Posse Saguier, Elena Highton de Nolasco y Eduardo Zannoni y con nota de Mariana Fortuna, que, en homenaje a la brevedad doy por reproducida en su totalidad por ser de claridad meridiana; en el sumario N° 4 dice "Si no se ha acreditado que con anterioridad a la promoción del divorcio fundado en la causal del art. 214 inc.2) del C.C., los cónyuges hubiesen interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un lapso continuo mayor de tres años, corresponde rechazar la demanda".-

Conforme lo expuesto, doctrina y jurisprudencia citada y régimen legal vigente y pretensión subsidiaria ejercida a fs. 4, ha de admitirse la demanda y en consecuencia declarar la separación personal de los cónyuges Damián M. y F. G. por la causal de separación de hecho por más de dos años sin voluntad de unirse (art. 204 C.C.)

Conforme lo expuesto, arts. 541 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe y art. 68 Ley Orgánica del Poder Judicial;

EL TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 5 DE ROSARIO RESUELVE: Admitir la demanda, y en consecuencia 1.- Declarar la inconstitucionalidad del plazo de tres años del art. 214 inc. 2° del Código Civil; 2.- Determinar el divorcio vincular de los cónyuges D. G. M. DNI N° 26.668.504 y F. A. G. DNI N° 22.889.671, por estar separados de hecho; 3.- Declarar disuelta la sociedad conyugal con efecto al día de notificación de la demanda;; 4.- Imponer las costas por su orden.-

FDO. : RICARDO DUTTO - GUILLERMO CORBELLA - DIANA PAROLA -en disidencia- Sec. Susana Romano.//-

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-