

Expediente nº 144.590

Número de orden: 108

Libro de sentencias número:

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 28 días del mes de Agosto de 2015, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Uno de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, Dres. María Cristina Castagno y Guillermo E. Ribichini para dictar sentencia en los autos caratulados: **“ASTIASARAN, Carlos Gustavo c/ ROMERO, Claudia Elizabeth s/ Divorcio” (expte nº 144.590)**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Castagno y Ribichini, resolviéndose plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 157/163?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA SEÑORA JUEZ DRA. CASTAGNO DIJO:

I.- Carlos Gustavo Astiasaran promovió demanda de divorcio contra Claudia Elizabeth Romero por la causal de injurias graves invocando haber contraído matrimonio con ella el 8 de junio de 2001 en Punta Alta y que de esa unión nacieron sus hijos Evelyn Elizabeth el 24/06/1993 y Facundo Ignacio el 29/12/1994. Dijo que la vida matrimonial transcurrió normalmente, acusó algún cambio de carácter a su mujer y luego cambiaron las cosas radicalmente cuando advirtió por sí mismo y por comentarios de terceros, que ella era frecuentemente visitada en el domicilio asiento del hogar conyugal por distintas personas de sexo masculino que no eran ni amigos ni del entorno familiar y en horas en que él trabajaba como empleado pesquero y no podía presentarse en la vivienda. Dijo que la situación se fue agravando pese a sus reclamos con resultado infructuoso, hasta que de común acuerdo se retiró del hogar en enero de 2009. Ofreció prueba de sus alegaciones.

II.- Contestando la demanda, la señora Romero negó los hechos relatados por el actor y reconvino por la causal de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal. Dijo también que al principio llevaban una vida normal hasta que su esposo comenzó a tener conductas extrañas por su adicción a las drogas y el alcohol ausentándose por varios días y cuando volvía desplegaba actos de violencia, amenazas e insultos y golpes que toleraba por las promesas que él le hacía de cambiar. Dijo que quien la había injuriado gravemente en forma privada y pública era su esposo no sólo al abandonar el hogar conyugal en forma voluntaria y maliciosa sino también por actos injuriosos de infidelidad.

Señaló la existencia de varias causas penales a su marido las que identificó en las que se le imputaba resistencia a la autoridad y tenencia de armas de guerra.

Expresó que en abril de 2011 Astiasaran abandonó la sede del hogar en forma voluntaria, maliciosa e intempestiva, sin su consentimiento, siendo que habían vacacionado junto a amigos en enero y febrero de 2011 visitando Carhue y Sierra de la Ventana. Agregó que a los pocos días de ausentarse se hacía ver en público con su nueva pareja, Roxana Elizabeth Bustos sin el menor decoro o recato, que sus amigos le comentaron y pudo constatar personalmente así como que vivía en el domicilio materno de ésta con quien tuvo una hija en febrero de 2012.

Relató que siempre se dedicó a criar a sus hijos, que el varón padece dificultades para caminar debido a haber sufrido hidrocefalia. Dijo que su marido se había desligado de su obligación alimentaria debiendo incoar proceso que tramitó ante el Juzgado de Paz de Coronel Rosales; que ante este Juzgado tramitó también una acción por infracción a la Ley 12.569 en razón de la violencia del actor, quien en represalia cortó los servicios de luz, y gas de la casa que habitan. Ofreció prueba de sus dichos.

III.- Corrido traslado de la reconvención, el actor la contestó negando los hechos relatados por su oponente y desconociendo la documentación acompañada. Reiteró las circunstancias que expusiera en demanda y ofreció prueba al respecto.

IV.- A fs. 65 consta el acta de la audiencia preliminar del artículo 842 del CPC a la que no concurrió la señora Romero por lo que se la tuvo por desistida de su reconvencción, imponiéndosele multa a favor de su contraparte que fue revocada por esta Cámara en resolución de fs. 98.

V.- Con la previa intervención del agente fiscal de fs. 155 se dictó la sentencia que luce a fs. 157/163, por la cual el señor juez a quo rechazó la demanda de divorcio promovida por Carlos Gustavo Astiasaran contra Claudia Elizabeth Romero por la causal de injurias graves e hizo lugar a la reconvencción deducida por ésta contra aquel por las causales de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar (arts. 202 inc. 4º y 5º, 1214 inc. 1º y 235 del Código Civil y 384, 385, 402 y 853 del CPC). Declaró disuelta la sociedad conyugal con efecto al día de la contestación de la reconvencción (21/mayo/2012 - art. 1306 del Código Civil) e impuso las costas al vencido Astiasaran (art. 68 del CPCC) regulando los honorarios de los profesionales intervinientes respecto de la demanda y contestación en \$ 12.300 para el Dr. Julio R. Amaya y \$ 17.500 para la Dra. Mirta L. Romero y los de la reconvencción y su contestación en \$ 17.500 para la Dra. Mirta L. Romero y \$ 12.300 para el Dr. Julio R. Amaya.

Para así decidir el señor juez de la Instancia anterior valoró las pruebas reunidas poniendo de manifiesto que el actor reconoció en su confesional que había abandonado el hogar conyugal, aunque dijo que fue de común acuerdo; admitió haber vacacionado junto a su esposa e hijos en enero de 2011 y que desde fines de marzo de ese año convive con Rosana Bustos mostrándose públicamente con ésta, así como también que durante el matrimonio consumía drogas y la restricción de acercamiento a su esposa e hijos que se le impusiera. Tuvo en cuenta también las testimoniales producidas de las que surgían las contestaciones que detalla, las que daban cuenta de la adicción del actor, las peleas y reclamos de su esposa, la dedicación de ésta al hogar y a su hijo discapacitado y la relación de éste con la señora Rosana Bustos que presumió, por los dichos de los testigos y el nacimiento de una hija en común que se remontaría a antes del retiro de su hogar conyugal, dejando expresado que los testigos que depusieron sobre la conducta de Romero no habían sido contestes ni

habían podido afirmar haberla visto en situación comprometida con las personas que refirieran a las que no pudieron identificar.

VI.- Contra dicho pronunciamiento se alzó en recurso de apelación el actor de autos Carlos Gustavo Astiasaran que fundó con la expresión de agravios luciente a fs.177/179, replicada por su contraria a fs. 181/184.

VII.- En prieta síntesis, se queja el actor del rechazo de su demanda de divorcio con fundamento en la causal de injurias graves (art. 214 inc. 1 que remite al 202, inc. 4º del Código Civil) y de la admisión de la reconvencción promovida por su demandada con sustento en injurias graves y abandono malicioso y voluntario del hogar.

Fundando tales agravios trae a colación los dichos de los testigos que cita sosteniendo su idoneidad y que corroboran el relato que sustentara su demanda y la causal que invocara entendiéndose probadas las injurias aducidas.

Por su parte, la demandada y reconviniente acusa deserción en el recurso de su contraria por falta de una crítica concreta y objetiva del resolutorio apelado; y defiende la sentencia de la instancia anterior y la apreciación de las pruebas que efectuara el juez a quo para hacer lugar a su reconvencción por las causales que expresara.

VIII.- Atento la normativa invocada por las partes y la que funda la sentencia, y la reciente entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación producida el 1º de agosto del año en curso, (Ley 26.994 modif. en su art. 7 por Ley 27.077) corresponde dejar desde ya asentado que el conflicto planteado en autos, y en consecuencia la apelación deducida, habrán de ser resueltos a la luz de las disposiciones que emergen del vigente Código Civil y Comercial -por aplicación de su art. 7º que reproduce el 3º del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield- dado que el divorcio decretado en la instancia anterior no se encuentra firme y consentido por virtud de su apelación y, siendo que la sentencia que decreta el mismo tiene carácter constitutivo de un nuevo estado civil, ha de estarse a la ley vigente al momento de emisión de la sentencia (KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y

Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, periódico La Ley del 02/06/2015).

No se me escapan las consecuencias que de tal criterio se siguen, ni las dificultades que entraña la aplicación de las nuevas leyes a los conflictos tramitados, de los que dan cuenta -y a los que remito para mayor ilustración- los comentarios de los Dres. Julio Cesar Rivera (“Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite- periódico La Ley del 17/06/2015) y la citada Aída Kemelmajer de Carlucci, discusión que tal como ésta pone de manifiesto en su publicación aludida, recuerda la que en su momento tuvieron los Dres. Guillermo Borda y Joaquín Llambías con motivo de la entrada en vigencia de la Ley 17.711 (ver LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Tratado de DERECHO CIVIL, Parte General, Tº I pág. 131y sig. “Efectos de la ley con relación al tiempo”, Edit. Perrot, Bs. As. 1993).

Tampoco las encontradas opiniones a que el nuevo régimen vigente en relación con la disolución del matrimonio, viene dando lugar, (Sambrizzi, Eduardo A. “Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial, periódico La Ley del 19/03/2015 y Moisa, Benjamín “Divorcio, responsabilidad civil. Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código” periódico La Ley del 02/03/2015, Rivera, Julio public. ya citada) mas, *dura lex, sed lex*, y dada la vigencia de este nuevo régimen a la fecha en que se dicta esta sentencia su aplicación se impone.

Tengo en cuenta para ello que existe además numerosa doctrina elaborada en torno a la interpretación del artículo 3 del Código Civil hoy derogado (texto según Ley 17.711), que como ya dijera ha sido reproducido por el artículo 7 del nuevo ordenamiento y que, en consecuencia ha de servir para la interpretación de su aplicación a los procesos en trámite.

Dispone el precepto aludido: *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las 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...”*

La interpretación de la norma transcripta descansa sobre dos principios fundamentales. El primero, la irretroactividad de la ley -contemplada por la misma norma- que sólo admite excepciones puntuales y que en ningún caso podrá afectar garantías constitucionales. El segundo, su aplicación inmediata a partir de su entrada en vigencia.

Ambos principios se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro y con posterioridad a su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos, consumidos, agotados o extinguidos.

Que este sentido, el Presidente de la Comisión reformadora del nuevo Código Civil Dr. Ricardo Luis LORENZETTI, en su "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo II, p. 734, (Ed. Rubinzal-Culzoni.) ha expresado que *"El principio que prevé el art. 7° 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. Esta misma interpretación cabe para aquéllos casos que al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código se encontraban a estudio en la Alzada. Al tratarse de una sentencia sujeta a revisión, ergo, no siendo firme, tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y, por ende, debe aplicarse la nueva normativa"*.

Cabe también señalar que una de las principales reformas en esta materia ha sido la eliminación de las causales subjetivas, es decir, aquéllas razones que la ley contemplaba para requerir el divorcio y que las partes debían necesariamente esgrimir -y luego probar- para acceder a su pretensión.

De allí que, a diferencia del régimen anterior, las sentencias que se dicten bajo la vigencia del nuevo Código no podrán contener declaraciones de inocencia ni culpabilidad.

La Comisión Redactora del Anteproyecto del nuevo Código expresó que *“...La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el anteproyecto 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 conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y siguiéndose la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio”*. Y además que *“...el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y a su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que no desea...”* (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012).

Comparto plenamente el criterio que informa la ley. Hace ya mucho tiempo, al emitir mi voto en cuestión que, a mi juicio, importaba una restricción irrazonable de la autonomía de la voluntad de las partes, expidiéndome por la inconstitucionalidad de la segunda audiencia que contemplaba el art. 236 del derogado Código Civil expresé: *“Tengo presente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la “última ratio” del orden jurídico y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y por ello, debe ser considerada como la “última ratio” del*

orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable y que ha de preferirse aquella interpretación que las armonice y deje a todas con igual validez (Fallos 311:394; 312:435, 1437, 1681; 314:407; 315:923; 322:842 y 919, entre muchos otros).

Por otra parte y, en relación, también expresó que al ejercicio de tan extrema solución sólo cabe acudir cuando no exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos: 312:2315; 316:778 y 2624).

Agregó que de lo contrario se desequilibraría el sistema constitucional de equilibrio de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 314:424).

Pero en el presente caso, dadas las especiales circunstancias que se informan en autos, el acatamiento a lo dispuesto en la norma, que fuera declarada inconstitucional, (aclaro ahora, en la instancia anterior) deviene en un formalismo inútil, se presenta vacío de contenido y se constituye en un exceso ritual manifiesto que importa, además, una instancia procesal innecesaria y por lo tanto dispendiosa.

Ello así, desde que ambas partes, según se manifiesta expresamente (fs. 36) se encuentran separados desde hace un largo tiempo, han comenzado una nueva vida y una de ellas tiene ya un hijo de su nueva pareja con quien ha formado otra familia.

Es de ver que ambos concurrentes, han manifestado ya su voluntad de divorciarse y, al tiempo de la primera audiencia, han dejado sentado que renuncian a celebrar la segunda instituída en el citado artículo 236 por considerar imposible su reconciliación atento que de común acuerdo se encuentran

separados de hecho debido a que existían causas que hacían imposible la vida en común, solicitando se haga lugar a esa petición (ver fs. 268/269).

No sabemos cuáles han sido las circunstancias referenciadas al señor Juez en esa primera audiencia, si han sido expuestas, presumiblemente se hayan puesto de manifiesto las precedentemente señaladas, llevando a la convicción del aquo la innecesariedad de llevar a cabo esta segunda audiencia (fs. 28/29).

Lo cierto es que tal como se presenta el caso, no se advierte con pristina claridad, es más, resulta de dudosa eficacia, la imposición de un trámite, que no sería más que sólo eso, un mero trámite, para quienes ya tienen absolutamente claro que su matrimonio es inexistente como tal, pues ya no conforman la familia que otrora decidieran conformar.

Por lo demás, cuál es la conveniencia, razonabilidad o justicia de obligar a considerar, en el llamado tiempo de reflexión, la posibilidad de una reconciliación que daría por tierra con la nueva familia ya conformada.

Es lícito, en pos del cumplimiento de una norma que se advierte ineficaz para la obtención de la finalidad perseguida, imponer a los ex cónyuges confrontar la realidad de sus vidas obligándolos ya sea por sí o por sus representantes a manifestar nuevamente las mismas razones que ya volcaran en la oportunidad anterior, o simplemente que no se han reconciliado?.

La norma, en estos aspectos, aparece sin duda reñida con la esfera de libertad que es ínsita al ser humano, que es tal, precisamente por la facultad de razonar, gozar de su libre albedrío y disponer de esa libertad, (Preámbulo y art. 19 de la Constitución Nacional) máxime en institución tan importante como es la familia.

Por supuesto como ser humano y habitante de esta Nación habrá de respetar la libertad de los demás, y el ejercicio de la suya propia no podrá dañar a otros, ni su obrar resultar contrario al orden y la moral pública. Con éstos límites sus acciones están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Por supuesto también que el ejercicio de su libertad habrá de realizarse conforme a las leyes que lo reglamenten, pero éstas no podrán alterar sus

derechos (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional) de tal modo que se constituyen en una regulación irrazonable por desproporcionada o contraria al fin propuesto.

La norma en tratamiento, aparece irracional desde que, en el caso, se encuentra reñida con la realidad y en consecuencia su finalidad (el llamado tiempo de reflexión para meritar y razonar la correspondencia del divorcio) resulta de improbable y hasta imposible cumplimiento.

Ha dicho ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el leading case "SEJEAN": "Los constituyentes legaron a la Nación futura, patrones normativos aptos para acompañarla en su evolución, capaces de contemplar la dinámica de la realidad, recia a ser captada en fórmulas inmutables... Que lo expuesto lleva a la necesidad de plantearse que, no menos importante que la consideración de los alcances y efectos del divorcio de las partes en estos autos, resulta el análisis de otro divorcio de gran incidencia en el sistema de convivencia de los argentinos cuya racionalidad se trata de consolidar. Ello es el divorcio entre la realidad social y su organización normativa. Es evidente que, en lo que hace al orden de las relaciones familiares, no parece razonable que la realidad jurídica y la realidad social tengan la distancia que hoy es constatable en nuestro medio" (Zejean, Juan B c/Zaks de Sejean, Ana M., sentencia del 27-11-86 JA 1986-IV-587 y LL, 1986-E-648).

Huelga señalar que lo dicho no implica que los matrimonios separados de hecho o de derecho y aún los divorciados, no puedan reconciliarse y/o reiniciar la vida en común supone la familia -que como bien dice el "a quo" no es sinónimo de matrimonio- pero esta circunstancia posible, plausible pero fortuita, no requiere la imposición de un plazo de reflexión -corto o largo- pues reitero, ello depende pura y exclusivamente de la voluntad y elección de las partes.

Me pregunto, en casos como el presente, qué justifica la existencia de esta segunda audiencia, que según doctrinariamente se sostiene comporta un período de reflexión y su celebración tiene por finalidad transmitir una decisión o poner en conocimiento del tribunal si han arribado o no a una reconciliación?

Tan innecesaria e írrita a la autonomía de la voluntad de las partes y a su libre elección aparece que en la práctica tribunalicia es moneda común su renuncia por parte de los presentantes ya en la primera audiencia y/o la aceptación de escritos en los que se efectúa la renuncia y/o se comunica que no se ha arribado a la reconciliación, supliendo así su realización (ver MIZRAHI, Mauricio Luis: "FAMILIA, MATRIMONIO Y DIVORCIO", (2da. Edic. actualizada y ampliada- p g. 370 y sig. y 380 y sig., par g. 167 y 173- Edit. Astrea, Bs. As. 2006- FAMA, María Victoria en "DERECHO DE FAMILIA revista dirigida por CECILIA P.GROSMAN, nº 44, Nov./Dic.2009, p g. 24, Edit. Abeledo Perrot)) Porque, vuelvo a insistir, cual es la justificación (conveniencia, razonabilidad, justicia, equidad) que impone una segunda audiencia para "salvar" un matrimonio que ya no es familia, porque de hecho, hay ya otra familia. Dicho de otro modo, hay que preservar esta primer familia, en detrimento de la otra familia? No advierto razonamiento alguno que sostenga o aponte que esta elección, como no sea el libre albedrío -elección- de cada uno de sus integrantes, decisión en la cual, obviamente ninguna otra persona, ni siquiera el Estado pueden interferir.

Y, convencida de ello, estimo que la regulación en tratamiento es inconstitucional porque cercena la libertad y autonomía de la voluntad de las partes en cuestión tan trascendental como la propia vida de pareja y familia. Si las partes, en el trance que denotan estos autos, han renunciado a su derecho a celebrarla en cabal uso de su autonomía y libertad de decisión, la imposición de su realización como paso previo y necesario para acceder al divorcio deviene írrita hacia tales derechos y, como ya lo dijera, reñida con la realidad.

Y, en tal entendimiento, si bien considero que la familia, como pilar fundamental de la sociedad (aún cuando esta premisa se halle hoy en día en tela de juicio) y el estado de las personas hacen al llamado orden público que conforma el sustrato de un Estado jurídicamente organizado como Estado de Derecho, no estoy de acuerdo en proclamar que a ese supuesto orden público, le corresponda y pueda alterar el libre ejercicio del derecho a conformar una nueva familia ante el fracaso - y como tal doloroso trance- que supone el divorcio o disolución de la comunidad familiar. Aceptar que el orden público pueda

determinar un período (por escaso tiempo que comporte) de reflexión para pensar la posibilidad de rehacer un matrimonio (que llega a la instancia judicial destruido) y destruir otra familia ya conformada, escapa, a mi juicio, a toda lógica, y constituye, en la dinámica social de hoy en día, una regulación irrazonable a la libertad de elección y autonomía de la voluntad de las personas (artículos 19 y 28 de la Constitución Nacional, su comentario en GELLI, María Angélica "CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Comentada y Concordada, 2da. Edic. Ampliada y Actualizada, p g. 183 y sig. y 247 y sig. Edit. La Ley 2003)... Otras voces se erigen, para denunciar estos cambios que se van produciendo en la actualidad y así NORA LLOVERAS y MARCELO SALOMON en "EL DERECHO DE FAMILIA DESDE LA CONSTITUCION NACIONAL" expresan: "Finalmente creemos que el sistema divorcista establecido por la ley 23.515 merece otras respuestas legislativas, después de veinte años de vigencia de ese sistema, a fin de adecuarse a la nueva realidad que plantea la sociedad argentina del siglo XXI. Si el parlamento insiste en sostener el sistema de "plazos" en el abordaje de la crisis matrimonial, en el entendimiento de que la conciencia social media así lo exige, tales plazos deben ser reducidos y acotados en su razonabilidad, otorgando la posibilidad del divorcio a los matrimonios desquiciados que lo pretendan, cualquiera sea la causal que se invoque, dando prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes, a fin de respetar su derecho a la intimidad" (p g. 301 ob. cit. Edit. Universidad, Bs. As. 2009).

Por su parte, nuestro mas Alto Tribunal Federal ha enaltecido este derecho a la intimidad cuando sentenciara: "...la protección material del ámbito de la privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas jurídicas autoritarias o totalitarias" (conf. CSJN 11/12/84, "Ponzetti de Balbín Indalia y otro c/Editorial Atlántica SA" JA, 1985-I-513 y EDF 112-242).

De igual modo entendió procedente brindar un marco de protección a las opciones éticas personales, considerando inadecuado que el accionar de los jueces se guíe por "patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio"; de modo de "asegurar la realización material

del ámbito privado... para el alto propósito material de garantizar la independencia en la formulación de los planes de vida" CSJN 5/8/86, "Santa Coloma, Luis F. y otros c/Empresa de Ferrocarriles Argentinos" LL, 1987-A-442- citas de MIZRAHI, Mauricio, ob. citada, p g. 85.

Por ello, atendiendo a todas las circunstancias, doctrina y jurisprudencia reseñadas, estimo procedente y necesario que el juez, que es quien está en mejor posición para advertir las particularidades de los hechos que se le exponen, pueda adoptar las medidas procesales que mejor se adapten a la solución de los conflictos que en materia de familia se le presentan, porque no es valorable que se limiten a decidir tales asuntos sujetos a moldes rígidos, desentendiéndose de las circunstancias concretas del caso.

Es que "los jueces no pueden limitarse a decidir los problemas humanos que encierran los asuntos de familia, mediante una suerte de fórmulas o modelo prefijado, desentendiéndose de las circunstancias del caso. Lo contrario importaría la aplicación mecánica de normas fuera del ámbito que le es propio, haciendo gala de un ciego ritualismo incompatible con el debido proceso adjetivo" (Doctrina de Fallos 323:91, entre muchos otros, citado por FAMA, María V. ob. cit. P g. 8).

En palabras de CIURO CALDANI: "El juez suele estar en mejores condiciones que el legislador para apreciar la "justicia de llegada", superando las limitaciones de la mera consideración de la "justicia de partida", con la que tiende a ser vinculado, y sobre todo a él le corresponde atender a las particulares exigencias de justicia que dan lugar a la equidad"; "...El sistema exige una intervención útil de los jueces, que supere las limitadas posibilidades de los legisladores para hacerse cargo de las circunstancias" (CIURO CALDANI, Miguel A., "El Juez en el cambio histórico" LL 2001-D-1150 y LLP 2002-1058.

Ello no importa subvertir el orden constitucional de atribución de competencias que modula nuestra Carta Magna, ni cuestionar la facultad del Estado para regular los aspectos básicos que hacen a la constitución y vigencia de la familia, pues el principio de autonomía personal ha de estar limitado por la aceptación generalizada de un conjunto de valores objetivos que se suponen prioritarios, tales como -sin agotar su mención- la atención de los hijos, el superior

interés de los niños, la dignidad humana, la libertad de las personas, la protección de los derechos e intereses de terceros, en fin, el mantenimiento de un orden cultural básico que surge de la propia comunidad y sociedad en la que se inserta.

Es por todo lo expuesto y en los términos precedentes que a la primera cuestión doy mi voto por la AFIRMATIVA". (mi voto en causa N° 137.132 "M R.J. c/M. R.B. s/Divorcio" sentencia del 11/05/2011).

Volviendo al tratamiento del conflicto emergente de autos señalo que la Dra. Kemelmajer de Carlucci, también integrante de la Comisión de elaboración del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial ha sostenido 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". (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 136).*

IX.- Por lo tanto y toda vez que la normativa de aplicación ha eliminado las causales de divorcio que antes contemplaba el Código Civil derogado (art. 4º Ley 26.994) y que dieron sustento a la sentencia en crisis, deviene abstracta la consideración de los agravios traídos por el apelante toda vez que el divorcio, que ambas partes pidieran en demanda y reconvencción, aunque con sustento en aquellas causales, hoy día debe decretarse atendiendo a la voluntad de ambos cónyuges de poner fin al matrimonio (arts. 437 y 438 párrafos 4º y 5º del Código Civil y Comercial).

Ello no obstante, toda vez que al tiempo de las demandas respectivas (demanda y reconvencción) las normas que ahora resultan de aplicación no existían, no se ha cumplido, por lógica consecuencia, con el requisito que establece el proemio del artículo 438 citado. En razón de ello, deberán las partes proponer, ante el juez de la causa, las cuestiones de su interés conforme dicho

artículo 438 o el convenio regulador que pudieren consensuar, de acuerdo al artículo 439 del mismo Código.

Y ello también, sin perjuicio de que el cónyuge que se sintiere perjudicado por el divorcio ocurra ante el mismo juez en los términos de los artículos 441 y 442 del Código aludido, a cuyo efecto habrá de tenerse presente el plazo previsto en la última parte del citado 442, pudiendo también hacer uso de la atribución contemplada en el artículo 443 y sig. y/o toda otra norma a que se creyere con derecho.

Y digo toda otra norma pues, a mi entender, dada la expresa consagración constitucional del *alterum non laedere* que contiene nuestra Constitución Nacional en su artículo 19, si el obrar de un cónyuge produjere daño al otro tendrá éste la posibilidad de reclamar su indemnización por vía del régimen general de responsabilidad que el propio Código prevé excepto los derivados de la condición de “culpable” al no existir ya dicha categorización (ver SOLARI, Néstor E. Los Daños en las Relaciones de Familia en REVISTA de DERECHO DE DAÑOS 2012-3, PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL, pág. 539, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2013).

Mas postulo y es de desear, que por vía de las prescripciones emanadas de los artículos 438, 439/440 y 441/445 queden zanjadas todas las cuestiones y consecuencias a que pudiere dar lugar la ruptura del vínculo matrimonial por efecto del divorcio.

Como consecuencia de todo lo expuesto, dejo aclarado que mi voto en esta cuestión, que daré por la negativa, no resulta de error en la sentencia de la instancia anterior que fue emitida bajo la legislación vigente al tiempo de su dictado, sino que obedece a la circunstancia de haberse operado la derogación de dicha normativa y la entrada en vigencia de un nuevo cuerpo legal de aplicación al caso,

VOTO POR LA NEGATIVA.-

A LA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RIBICHINI, DIJO:

Coincido, enteramente, con el muy fundado voto de mi apreciada colega que me precede en el orden de votación. Excepción hecha de su opinión acerca

de la descalificación constitucional que cabía hacer del derogado art. 236 del código de Vélez, cuestión que carece ya de toda relevancia. Y coincido también en que la “compensación económica” y “atribución de la vivienda” a que se refieren los arts. 441/445 del nuevo CCivCom, no cierran la posibilidad de que los cónyuges ejerciten una eventual acción de daños, no ya con fundamento en el divorcio o la imputación de su causación, sino sobre la base del régimen general que proscribe todo daño a la persona que no esté justificado (arts. 1068 y sgtes; 1109 y cctes CCiv; arts. 1716, 1717 y 1737 CCivCom).

Voto entonces también por la NEGATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DOCTORA CASTAGNO

DIJO: Dado el resultado al que se arriba al votar la cuestión anterior corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada y decretar el divorcio tramitado en los términos de los artículos 435 inc. “c” y 437 del Código Civil y Comercial debiendo las partes ocurrir ante el juez de la causa en procura de cumplir los requisitos del artículo 438 y 439 del Código aludido. Dada la forma en que se resuelve la apelación, las costas de ambas instancias habrán de imponerse por su orden dejándose sin efecto las regulaciones de la instancia anterior y procediéndose a su determinación en ésta (arts 71 y 274 del C.P.C.C.)

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR RIBICHINI DIJO:

Adhiero al voto de la Dra. Castagno.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia de fs. 157/163 no se ajusta a derecho.

Por ello, el tribunal **RESUELVE:** dejar sin efecto la sentencia apelada y decretar el divorcio tramitado por CARLOS GUSTAVO ASTIASARAN y CLAUDIA ELIZABETH ROMERO en los términos de los artículos 435 inc. “c” y 437 del Código Civil y Comercial debiendo las partes ocurrir ante el juez de la causa en procura de cumplir los requisitos de los artículos 438 y 439 del Código aludido. Dada la forma como se resuelve la apelación, las costas de ambas instancias se

imponen por su orden y se dejan sin efecto las regulaciones efectuadas en la anterior procediéndose a su determinación en ésta (arts. 71 y 274 del C.P.C.C.). Por las tareas llevadas a cabo en ambas instancias se determinan los honorarios de la Dra. MIRTA L. ROMERO y del Dr. JULIO R. AMAYA en la suma de pesos TREINTA MIL (\$ 30.000) para cada uno de ellos (arts 9 inc. 1º, 16 y 45 del Decreto-Ley 8904/77). Hágase saber y devuélvase.

Expediente nº 144.590

Número de orden: 108

Libro de sentencias número:

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 28 días del mes de Agosto de 2015, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Uno de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, Dres. María Cristina Castagno y Guillermo E. Ribichini para dictar sentencia en los autos caratulados: **“ASTIASARAN, Carlos Gustavo c/ ROMERO, Claudia Elizabeth s/ Divorcio” (expte nº 144.590)**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Castagno y Ribichini, resolviéndose plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 157/163?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA SEÑORA JUEZ DRA. CASTAGNO DIJO:

I.- Carlos Gustavo Astiasaran promovió demanda de divorcio contra Claudia Elizabeth Romero por la causal de injurias graves invocando haber contraído matrimonio con ella el 8 de junio de 2001 en Punta Alta y que de esa unión nacieron sus hijos Evelyn Elizabeth el 24/06/1993 y Facundo Ignacio el 29/12/1994. Dijo que la vida matrimonial transcurrió normalmente, acusó algún cambio de carácter a su mujer y luego cambiaron las cosas radicalmente cuando advirtió por sí mismo y por comentarios de terceros, que ella era frecuentemente visitada en el domicilio asiento del hogar conyugal por distintas personas de sexo masculino que no eran ni amigos ni del entorno familiar y en horas en que él trabajaba como empleado pesquero y no podía presentarse en la vivienda. Dijo que la situación se fue agravando pese a sus reclamos con resultado infructuoso, hasta que de común acuerdo se retiró del hogar en enero de 2009. Ofreció prueba de sus alegaciones.

II.- Contestando la demanda, la señora Romero negó los hechos relatados por el actor y reconvino por la causal de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal. Dijo también que al principio llevaban una vida normal hasta que su esposo comenzó a tener conductas extrañas por su adicción a las drogas y el alcohol ausentándose por varios días y cuando volvía desplegaba actos de violencia, amenazas e insultos y golpes que toleraba por las promesas que él le hacía de cambiar. Dijo que quien la había injuriado gravemente en forma privada y pública era su esposo no sólo al abandonar el hogar conyugal en forma voluntaria y maliciosa sino también por actos injuriosos de infidelidad.

Señaló la existencia de varias causas penales a su marido las que identificó en las que se le imputaba resistencia a la autoridad y tenencia de armas de guerra.

Expresó que en abril de 2011 Astiasaran abandonó la sede del hogar en forma voluntaria, maliciosa e intempestiva, sin su consentimiento, siendo que habían vacacionado junto a amigos en enero y febrero de 2011 visitando Carhue y Sierra de la Ventana. Agregó que a los pocos días de ausentarse se hacía ver en público con su nueva pareja, Roxana Elizabeth Bustos sin el menor decoro o recato, que sus amigos le comentaron y pudo constatar personalmente así como que vivía en el domicilio materno de ésta con quien tuvo una hija en febrero de 2012.

Relató que siempre se dedicó a criar a sus hijos, que el varón padece dificultades para caminar debido a haber sufrido hidrocefalia. Dijo que su marido se había desligado de su obligación alimentaria debiendo incoar proceso que tramitó ante el Juzgado de Paz de Coronel Rosales; que ante este Juzgado tramitó también una acción por infracción a la Ley 12.569 en razón de la violencia del actor, quien en represalia cortó los servicios de luz, y gas de la casa que habitan. Ofreció prueba de sus dichos.

III.- Corrido traslado de la reconvención, el actor la contestó negando los hechos relatados por su oponente y desconociendo la documentación acompañada. Reiteró las circunstancias que expusiera en demanda y ofreció prueba al respecto.

IV.- A fs. 65 consta el acta de la audiencia preliminar del artículo 842 del CPC a la que no concurrió la señora Romero por lo que se la tuvo por desistida de su reconvencción, imponiéndosele multa a favor de su contraparte que fue revocada por esta Cámara en resolución de fs. 98.

V.- Con la previa intervención del agente fiscal de fs. 155 se dictó la sentencia que luce a fs. 157/163, por la cual el señor juez a quo rechazó la demanda de divorcio promovida por Carlos Gustavo Astiasaran contra Claudia Elizabeth Romero por la causal de injurias graves e hizo lugar a la reconvencción deducida por ésta contra aquel por las causales de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar (arts. 202 inc. 4º y 5º, 1214 inc. 1º y 235 del Código Civil y 384, 385, 402 y 853 del CPC). Declaró disuelta la sociedad conyugal con efecto al día de la contestación de la reconvencción (21/mayo/2012 - art. 1306 del Código Civil) e impuso las costas al vencido Astiasaran (art. 68 del CPCC) regulando los honorarios de los profesionales intervinientes respecto de la demanda y contestación en \$ 12.300 para el Dr. Julio R. Amaya y \$ 17.500 para la Dra. Mirta L. Romero y los de la reconvencción y su contestación en \$ 17.500 para la Dra. Mirta L. Romero y \$ 12.300 para el Dr. Julio R. Amaya.

Para así decidir el señor juez de la Instancia anterior valoró las pruebas reunidas poniendo de manifiesto que el actor reconoció en su confesional que había abandonado el hogar conyugal, aunque dijo que fue de común acuerdo; admitió haber vacacionado junto a su esposa e hijos en enero de 2011 y que desde fines de marzo de ese año convive con Rosana Bustos mostrándose públicamente con ésta, así como también que durante el matrimonio consumía drogas y la restricción de acercamiento a su esposa e hijos que se le impusiera. Tuvo en cuenta también las testimoniales producidas de las que surgían las contestaciones que detalla, las que daban cuenta de la adicción del actor, las peleas y reclamos de su esposa, la dedicación de ésta al hogar y a su hijo discapacitado y la relación de éste con la señora Rosana Bustos que presumió, por los dichos de los testigos y el nacimiento de una hija en común que se remontaría a antes del retiro de su hogar conyugal, dejando expresado que los testigos que depusieran sobre la conducta de Romero no habían sido contestes ni

habían podido afirmar haberla visto en situación comprometida con las personas que refirieran a las que no pudieron identificar.

VI.- Contra dicho pronunciamiento se alzó en recurso de apelación el actor de autos Carlos Gustavo Astiasaran que fundó con la expresión de agravios luciente a fs.177/179, replicada por su contraria a fs. 181/184.

VII.- En prieta síntesis, se queja el actor del rechazo de su demanda de divorcio con fundamento en la causal de injurias graves (art. 214 inc. 1 que remite al 202, inc. 4º del Código Civil) y de la admisión de la reconvencción promovida por su demandada con sustento en injurias graves y abandono malicioso y voluntario del hogar.

Fundando tales agravios trae a colación los dichos de los testigos que cita sosteniendo su idoneidad y que corroboran el relato que sustentara su demanda y la causal que invocara entendiéndose probadas las injurias aducidas.

Por su parte, la demandada y reconviniente acusa deserción en el recurso de su contraria por falta de una crítica concreta y objetiva del resolutorio apelado; y defiende la sentencia de la instancia anterior y la apreciación de las pruebas que efectuara el juez a quo para hacer lugar a su reconvencción por las causales que expresara.

VIII.- Atento la normativa invocada por las partes y la que funda la sentencia, y la reciente entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación producida el 1º de agosto del año en curso, (Ley 26.994 modif. en su art. 7 por Ley 27.077) corresponde dejar desde ya asentado que el conflicto planteado en autos, y en consecuencia la apelación deducida, habrán de ser resueltos a la luz de las disposiciones que emergen del vigente Código Civil y Comercial -por aplicación de su art. 7º que reproduce el 3º del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield- dado que el divorcio decretado en la instancia anterior no se encuentra firme y consentido por virtud de su apelación y, siendo que la sentencia que decreta el mismo tiene carácter constitutivo de un nuevo estado civil, ha de estarse a la ley vigente al momento de emisión de la sentencia (KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y

Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, periódico La Ley del 02/06/2015).

No se me escapan las consecuencias que de tal criterio se siguen, ni las dificultades que entraña la aplicación de las nuevas leyes a los conflictos tramitados, de los que dan cuenta -y a los que remito para mayor ilustración- los comentarios de los Dres. Julio Cesar Rivera (“Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite- periódico La Ley del 17/06/2015) y la citada Aída Kemelmajer de Carlucci, discusión que tal como ésta pone de manifiesto en su publicación aludida, recuerda la que en su momento tuvieron los Dres. Guillermo Borda y Joaquín Llambías con motivo de la entrada en vigencia de la Ley 17.711 (ver LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Tratado de DERECHO CIVIL, Parte General, Tº I pág. 131y sig. “Efectos de la ley con relación al tiempo”, Edit. Perrot, Bs. As. 1993).

Tampoco las encontradas opiniones a que el nuevo régimen vigente en relación con la disolución del matrimonio, viene dando lugar, (Sambrizzi, Eduardo A. “Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial, periódico La Ley del 19/03/2015 y Moisa, Benjamín “Divorcio, responsabilidad civil. Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código” periódico La Ley del 02/03/2015, Rivera, Julio public. ya citada) mas, *dura lex, sed lex*, y dada la vigencia de este nuevo régimen a la fecha en que se dicta esta sentencia su aplicación se impone.

Tengo en cuenta para ello que existe además numerosa doctrina elaborada en torno a la interpretación del artículo 3 del Código Civil hoy derogado (texto según Ley 17.711), que como ya dijera ha sido reproducido por el artículo 7 del nuevo ordenamiento y que, en consecuencia ha de servir para la interpretación de su aplicación a los procesos en trámite.

Dispone el precepto aludido: *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las 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...”*

La interpretación de la norma transcripta descansa sobre dos principios fundamentales. El primero, la irretroactividad de la ley -contemplada por la misma norma- que sólo admite excepciones puntuales y que en ningún caso podrá afectar garantías constitucionales. El segundo, su aplicación inmediata a partir de su entrada en vigencia.

Ambos principios se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro y con posterioridad a su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos, consumidos, agotados o extinguidos.

Que este sentido, el Presidente de la Comisión reformadora del nuevo Código Civil Dr. Ricardo Luis LORENZETTI, en su "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo II, p. 734, (Ed. Rubinzal-Culzoni.) ha expresado que *"El principio que prevé el art. 7° 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. Esta misma interpretación cabe para aquéllos casos que al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código se encontraban a estudio en la Alzada. Al tratarse de una sentencia sujeta a revisión, ergo, no siendo firme, tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y, por ende, debe aplicarse la nueva normativa"*.

Cabe también señalar que una de las principales reformas en esta materia ha sido la eliminación de las causales subjetivas, es decir, aquéllas razones que la ley contemplaba para requerir el divorcio y que las partes debían necesariamente esgrimir -y luego probar- para acceder a su pretensión.

De allí que, a diferencia del régimen anterior, las sentencias que se dicten bajo la vigencia del nuevo Código no podrán contener declaraciones de inocencia ni culpabilidad.

La Comisión Redactora del Anteproyecto del nuevo Código expresó que *“...La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el anteproyecto 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 conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y siguiéndose la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio”*. Y además que *“...el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y a su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que no desea...”* (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012).

Comparto plenamente el criterio que informa la ley. Hace ya mucho tiempo, al emitir mi voto en cuestión que, a mi juicio, importaba una restricción irrazonable de la autonomía de la voluntad de las partes, expidiéndome por la inconstitucionalidad de la segunda audiencia que contemplaba el art. 236 del derogado Código Civil expresé: *“Tengo presente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la “última ratio” del orden jurídico y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y por ello, debe ser considerada como la “última ratio” del*

orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable y que ha de preferirse aquella interpretación que las armonice y deje a todas con igual validez (Fallos 311:394; 312:435, 1437, 1681; 314:407; 315:923; 322:842 y 919, entre muchos otros).

Por otra parte y, en relación, también expresó que al ejercicio de tan extrema solución sólo cabe acudir cuando no exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos: 312:2315; 316:778 y 2624).

Agregó que de lo contrario se desequilibraría el sistema constitucional de equilibrio de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 314:424).

Pero en el presente caso, dadas las especiales circunstancias que se informan en autos, el acatamiento a lo dispuesto en la norma, que fuera declarada inconstitucional, (aclaro ahora, en la instancia anterior) deviene en un formalismo inútil, se presenta vacío de contenido y se constituye en un exceso ritual manifiesto que importa, además, una instancia procesal innecesaria y por lo tanto dispendiosa.

Ello así, desde que ambas partes, según se manifiesta expresamente (fs. 36) se encuentran separados desde hace un largo tiempo, han comenzado una nueva vida y una de ellas tiene ya un hijo de su nueva pareja con quien ha formado otra familia.

Es de ver que ambos concurrentes, han manifestado ya su voluntad de divorciarse y, al tiempo de la primera audiencia, han dejado sentado que renuncian a celebrar la segunda instituída en el citado artículo 236 por considerar imposible su reconciliación atento que de común acuerdo se encuentran

separados de hecho debido a que existían causas que hacían imposible la vida en común, solicitando se haga lugar a esa petición (ver fs. 268/269).

No sabemos cuáles han sido las circunstancias referenciadas al señor Juez en esa primera audiencia, si han sido expuestas, presumiblemente se hayan puesto de manifiesto las precedentemente señaladas, llevando a la convicción del aquo la innecesariedad de llevar a cabo esta segunda audiencia (fs. 28/29).

Lo cierto es que tal como se presenta el caso, no se advierte con pristina claridad, es más, resulta de dudosa eficacia, la imposición de un trámite, que no sería más que sólo eso, un mero trámite, para quienes ya tienen absolutamente claro que su matrimonio es inexistente como tal, pues ya no conforman la familia que otrora decidieran conformar.

Por lo demás, cuál es la conveniencia, razonabilidad o justicia de obligar a considerar, en el llamado tiempo de reflexión, la posibilidad de una reconciliación que daría por tierra con la nueva familia ya conformada.

Es lícito, en pos del cumplimiento de una norma que se advierte ineficaz para la obtención de la finalidad perseguida, imponer a los ex cónyuges confrontar la realidad de sus vidas obligándolos ya sea por sí o por sus representantes a manifestar nuevamente las mismas razones que ya volcaran en la oportunidad anterior, o simplemente que no se han reconciliado?.

La norma, en estos aspectos, aparece sin duda reñida con la esfera de libertad que es ínsita al ser humano, que es tal, precisamente por la facultad de razonar, gozar de su libre albedrío y disponer de esa libertad, (Preámbulo y art. 19 de la Constitución Nacional) máxime en institución tan importante como es la familia.

Por supuesto como ser humano y habitante de esta Nación habrá de respetar la libertad de los demás, y el ejercicio de la suya propia no podrá dañar a otros, ni su obrar resultar contrario al orden y la moral pública. Con éstos límites sus acciones están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Por supuesto también que el ejercicio de su libertad habrá de realizarse conforme a las leyes que lo reglamenten, pero éstas no podrán alterar sus

derechos (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional) de tal modo que se constituyen en una regulación irrazonable por desproporcionada o contraria al fin propuesto.

La norma en tratamiento, aparece irracional desde que, en el caso, se encuentra reñida con la realidad y en consecuencia su finalidad (el llamado tiempo de reflexión para meritar y razonar la correspondencia del divorcio) resulta de improbable y hasta imposible cumplimiento.

Ha dicho ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el leading case "SEJEAN": "Los constituyentes legaron a la Nación futura, patrones normativos aptos para acompañarla en su evolución, capaces de contemplar la dinámica de la realidad, recia a ser captada en fórmulas inmutables... Que lo expuesto lleva a la necesidad de plantearse que, no menos importante que la consideración de los alcances y efectos del divorcio de las partes en estos autos, resulta el análisis de otro divorcio de gran incidencia en el sistema de convivencia de los argentinos cuya racionalidad se trata de consolidar. Ello es el divorcio entre la realidad social y su organización normativa. Es evidente que, en lo que hace al orden de las relaciones familiares, no parece razonable que la realidad jurídica y la realidad social tengan la distancia que hoy es constatable en nuestro medio" (Zejean, Juan B c/Zaks de Sejean, Ana M., sentencia del 27-11-86 JA 1986-IV-587 y LL, 1986-E-648).

Huelga señalar que lo dicho no implica que los matrimonios separados de hecho o de derecho y aún los divorciados, no puedan reconciliarse y/o reiniciar la vida en común supone la familia -que como bien dice el "a quo" no es sinónimo de matrimonio- pero esta circunstancia posible, plausible pero fortuita, no requiere la imposición de un plazo de reflexión -corto o largo- pues reitero, ello depende pura y exclusivamente de la voluntad y elección de las partes.

Me pregunto, en casos como el presente, qué justifica la existencia de esta segunda audiencia, que según doctrinariamente se sostiene comporta un período de reflexión y su celebración tiene por finalidad transmitir una decisión o poner en conocimiento del tribunal si han arribado o no a una reconciliación?

Tan innecesaria e írrita a la autonomía de la voluntad de las partes y a su libre elección aparece que en la práctica tribunalicia es moneda común su renuncia por parte de los presentantes ya en la primera audiencia y/o la aceptación de escritos en los que se efectúa la renuncia y/o se comunica que no se ha arribado a la reconciliación, supliendo así su realización (ver MIZRAHI, Mauricio Luis: "FAMILIA, MATRIMONIO Y DIVORCIO", (2da. Edic. actualizada y ampliada- p g. 370 y sig. y 380 y sig., par g. 167 y 173- Edit. Astrea, Bs. As. 2006- FAMA, María Victoria en "DERECHO DE FAMILIA revista dirigida por CECILIA P.GROSMAN, nº 44, Nov./Dic.2009, p g. 24, Edit. Abeledo Perrot)) Porque, vuelvo a insistir, cual es la justificación (conveniencia, razonabilidad, justicia, equidad) que impone una segunda audiencia para "salvar" un matrimonio que ya no es familia, porque de hecho, hay ya otra familia. Dicho de otro modo, hay que preservar esta primer familia, en detrimento de la otra familia? No advierto razonamiento alguno que sostenga o aponte que esta elección, como no sea el libre albedrío -elección- de cada uno de sus integrantes, decisión en la cual, obviamente ninguna otra persona, ni siquiera el Estado pueden interferir.

Y, convencida de ello, estimo que la regulación en tratamiento es inconstitucional porque cercena la libertad y autonomía de la voluntad de las partes en cuestión tan trascendental como la propia vida de pareja y familia. Si las partes, en el trance que denotan estos autos, han renunciado a su derecho a celebrarla en cabal uso de su autonomía y libertad de decisión, la imposición de su realización como paso previo y necesario para acceder al divorcio deviene írrita hacia tales derechos y, como ya lo dijera, reñida con la realidad.

Y, en tal entendimiento, si bien considero que la familia, como pilar fundamental de la sociedad (aún cuando esta premisa se halle hoy en día en tela de juicio) y el estado de las personas hacen al llamado orden público que conforma el sustrato de un Estado jurídicamente organizado como Estado de Derecho, no estoy de acuerdo en proclamar que a ese supuesto orden público, le corresponda y pueda alterar el libre ejercicio del derecho a conformar una nueva familia ante el fracaso - y como tal doloroso trance- que supone el divorcio o disolución de la comunidad familiar. Aceptar que el orden público pueda

determinar un período (por escaso tiempo que comporte) de reflexión para pensar la posibilidad de rehacer un matrimonio (que llega a la instancia judicial destruido) y destruir otra familia ya conformada, escapa, a mi juicio, a toda lógica, y constituye, en la dinámica social de hoy en día, una regulación irrazonable a la libertad de elección y autonomía de la voluntad de las personas (artículos 19 y 28 de la Constitución Nacional, su comentario en GELLI, María Angélica "CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Comentada y Concordada, 2da. Edic. Ampliada y Actualizada, p g. 183 y sig. y 247 y sig. Edit. La Ley 2003)... Otras voces se erigen, para denunciar estos cambios que se van produciendo en la actualidad y así NORA LLOVERAS y MARCELO SALOMON en "EL DERECHO DE FAMILIA DESDE LA CONSTITUCION NACIONAL" expresan: "Finalmente creemos que el sistema divorcista establecido por la ley 23.515 merece otras respuestas legislativas, después de veinte años de vigencia de ese sistema, a fin de adecuarse a la nueva realidad que plantea la sociedad argentina del siglo XXI. Si el parlamento insiste en sostener el sistema de "plazos" en el abordaje de la crisis matrimonial, en el entendimiento de que la conciencia social media así lo exige, tales plazos deben ser reducidos y acotados en su razonabilidad, otorgando la posibilidad del divorcio a los matrimonios desquiciados que lo pretendan, cualquiera sea la causal que se invoque, dando prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes, a fin de respetar su derecho a la intimidad" (p g. 301 ob. cit. Edit. Universidad, Bs. As. 2009).

Por su parte, nuestro mas Alto Tribunal Federal ha enaltecido este derecho a la intimidad cuando sentenciara: "...la protección material del ámbito de la privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas jurídicas autoritarias o totalitarias" (conf. CSJN 11/12/84, "Ponzetti de Balbín Indalia y otro c/Editorial Atlántica SA" JA, 1985-I-513 y EDF 112-242).

De igual modo entendió procedente brindar un marco de protección a las opciones éticas personales, considerando inadecuado que el accionar de los jueces se guíe por "patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio"; de modo de "asegurar la realización material

del ámbito privado... para el alto propósito material de garantizar la independencia en la formulación de los planes de vida" CSJN 5/8/86, "Santa Coloma, Luis F. y otros c/Empresa de Ferrocarriles Argentinos" LL, 1987-A-442- citas de MIZRAHI, Mauricio, ob. citada, p g. 85.

Por ello, atendiendo a todas las circunstancias, doctrina y jurisprudencia reseñadas, estimo procedente y necesario que el juez, que es quien está en mejor posición para advertir las particularidades de los hechos que se le exponen, pueda adoptar las medidas procesales que mejor se adapten a la solución de los conflictos que en materia de familia se le presentan, porque no es valorable que se limiten a decidir tales asuntos sujetos a moldes rígidos, desentendiéndose de las circunstancias concretas del caso.

Es que "los jueces no pueden limitarse a decidir los problemas humanos que encierran los asuntos de familia, mediante una suerte de fórmulas o modelo prefijado, desentendiéndose de las circunstancias del caso. Lo contrario importaría la aplicación mecánica de normas fuera del ámbito que le es propio, haciendo gala de un ciego ritualismo incompatible con el debido proceso adjetivo" (Doctrina de Fallos 323:91, entre muchos otros, citado por FAMA, María V. ob. cit. P g. 8).

En palabras de CIURO CALDANI: "El juez suele estar en mejores condiciones que el legislador para apreciar la "justicia de llegada", superando las limitaciones de la mera consideración de la "justicia de partida", con la que tiende a ser vinculado, y sobre todo a él le corresponde atender a las particulares exigencias de justicia que dan lugar a la equidad"; "...El sistema exige una intervención útil de los jueces, que supere las limitadas posibilidades de los legisladores para hacerse cargo de las circunstancias" (CIURO CALDANI, Miguel A., "El Juez en el cambio histórico" LL 2001-D-1150 y LLP 2002-1058.

Ello no importa subvertir el orden constitucional de atribución de competencias que modula nuestra Carta Magna, ni cuestionar la facultad del Estado para regular los aspectos básicos que hacen a la constitución y vigencia de la familia, pues el principio de autonomía personal ha de estar limitado por la aceptación generalizada de un conjunto de valores objetivos que se suponen prioritarios, tales como -sin agotar su mención- la atención de los hijos, el superior

interés de los niños, la dignidad humana, la libertad de las personas, la protección de los derechos e intereses de terceros, en fin, el mantenimiento de un orden cultural básico que surge de la propia comunidad y sociedad en la que se inserta.

Es por todo lo expuesto y en los términos precedentes que a la primera cuestión doy mi voto por la AFIRMATIVA". (mi voto en causa N° 137.132 "M R.J. c/M. R.B. s/Divorcio" sentencia del 11/05/2011).

Volviendo al tratamiento del conflicto emergente de autos señalo que la Dra. Kemelmajer de Carlucci, también integrante de la Comisión de elaboración del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial ha sostenido 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". (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 136).*

IX.- Por lo tanto y toda vez que la normativa de aplicación ha eliminado las causales de divorcio que antes contemplaba el Código Civil derogado (art. 4º Ley 26.994) y que dieron sustento a la sentencia en crisis, deviene abstracta la consideración de los agravios traídos por el apelante toda vez que el divorcio, que ambas partes pidieran en demanda y reconvencción, aunque con sustento en aquellas causales, hoy día debe decretarse atendiendo a la voluntad de ambos cónyuges de poner fin al matrimonio (arts. 437 y 438 párrafos 4º y 5º del Código Civil y Comercial).

Ello no obstante, toda vez que al tiempo de las demandas respectivas (demanda y reconvencción) las normas que ahora resultan de aplicación no existían, no se ha cumplido, por lógica consecuencia, con el requisito que establece el proemio del artículo 438 citado. En razón de ello, deberán las partes proponer, ante el juez de la causa, las cuestiones de su interés conforme dicho

artículo 438 o el convenio regulador que pudieren consensuar, de acuerdo al artículo 439 del mismo Código.

Y ello también, sin perjuicio de que el cónyuge que se sintiere perjudicado por el divorcio ocurra ante el mismo juez en los términos de los artículos 441 y 442 del Código aludido, a cuyo efecto habrá de tenerse presente el plazo previsto en la última parte del citado 442, pudiendo también hacer uso de la atribución contemplada en el artículo 443 y sig. y/o toda otra norma a que se creyere con derecho.

Y digo toda otra norma pues, a mi entender, dada la expresa consagración constitucional del *alterum non laedere* que contiene nuestra Constitución Nacional en su artículo 19, si el obrar de un cónyuge produjere daño al otro tendrá éste la posibilidad de reclamar su indemnización por vía del régimen general de responsabilidad que el propio Código prevé excepto los derivados de la condición de “culpable” al no existir ya dicha categorización (ver SOLARI, Néstor E. Los Daños en las Relaciones de Familia en REVISTA de DERECHO DE DAÑOS 2012-3, PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL, pág. 539, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2013).

Mas postulo y es de desear, que por vía de las prescripciones emanadas de los artículos 438, 439/440 y 441/445 queden zanjadas todas las cuestiones y consecuencias a que pudiere dar lugar la ruptura del vínculo matrimonial por efecto del divorcio.

Como consecuencia de todo lo expuesto, dejo aclarado que mi voto en esta cuestión, que daré por la negativa, no resulta de error en la sentencia de la instancia anterior que fue emitida bajo la legislación vigente al tiempo de su dictado, sino que obedece a la circunstancia de haberse operado la derogación de dicha normativa y la entrada en vigencia de un nuevo cuerpo legal de aplicación al caso,

VOTO POR LA NEGATIVA.-

A LA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RIBICHINI, DIJO:

Coincido, enteramente, con el muy fundado voto de mi apreciada colega que me precede en el orden de votación. Excepción hecha de su opinión acerca

de la descalificación constitucional que cabía hacer del derogado art. 236 del código de Vélez, cuestión que carece ya de toda relevancia. Y coincido también en que la “compensación económica” y “atribución de la vivienda” a que se refieren los arts. 441/445 del nuevo CCivCom, no cierran la posibilidad de que los cónyuges ejerciten una eventual acción de daños, no ya con fundamento en el divorcio o la imputación de su causación, sino sobre la base del régimen general que proscribe todo daño a la persona que no esté justificado (arts. 1068 y sgtes; 1109 y cctes CCiv; arts. 1716, 1717 y 1737 CCivCom).

Voto entonces también por la NEGATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DOCTORA CASTAGNO

DIJO: Dado el resultado al que se arriba al votar la cuestión anterior corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada y decretar el divorcio tramitado en los términos de los artículos 435 inc. “c” y 437 del Código Civil y Comercial debiendo las partes ocurrir ante el juez de la causa en procura de cumplir los requisitos del artículo 438 y 439 del Código aludido. Dada la forma en que se resuelve la apelación, las costas de ambas instancias habrán de imponerse por su orden dejándose sin efecto las regulaciones de la instancia anterior y procediéndose a su determinación en ésta (arts 71 y 274 del C.P.C.C.)

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR RIBICHINI DIJO:

Adhiero al voto de la Dra. Castagno.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia de fs. 157/163 no se ajusta a derecho.

Por ello, el tribunal **RESUELVE:** dejar sin efecto la sentencia apelada y decretar el divorcio tramitado por CARLOS GUSTAVO ASTIASARAN y CLAUDIA ELIZABETH ROMERO en los términos de los artículos 435 inc. “c” y 437 del Código Civil y Comercial debiendo las partes ocurrir ante el juez de la causa en procura de cumplir los requisitos de los artículos 438 y 439 del Código aludido. Dada la forma como se resuelve la apelación, las costas de ambas instancias se

imponen por su orden y se dejan sin efecto las regulaciones efectuadas en la anterior procediéndose a su determinación en ésta (arts. 71 y 274 del C.P.C.C.). Por las tareas llevadas a cabo en ambas instancias se determinan los honorarios de la Dra. MIRTA L. ROMERO y del Dr. JULIO R. AMAYA en la suma de pesos TREINTA MIL (\$ 30.000) para cada uno de ellos (arts 9 inc. 1º, 16 y 45 del Decreto-Ley 8904/77). Hágase saber y devuélvase.

Expediente nº 144.590

Número de orden: 108

Libro de sentencias número:

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 28 días del mes de Agosto de 2015, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Uno de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, Dres. María Cristina Castagno y Guillermo E. Ribichini para dictar sentencia en los autos caratulados: **“ASTIASARAN, Carlos Gustavo c/ ROMERO, Claudia Elizabeth s/ Divorcio” (expte nº 144.590)**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Castagno y Ribichini, resolviéndose plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 157/163?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA SEÑORA JUEZ DRA. CASTAGNO DIJO:

I.- Carlos Gustavo Astiasaran promovió demanda de divorcio contra Claudia Elizabeth Romero por la causal de injurias graves invocando haber contraído matrimonio con ella el 8 de junio de 2001 en Punta Alta y que de esa unión nacieron sus hijos Evelyn Elizabeth el 24/06/1993 y Facundo Ignacio el 29/12/1994. Dijo que la vida matrimonial transcurrió normalmente, acusó algún cambio de carácter a su mujer y luego cambiaron las cosas radicalmente cuando advirtió por sí mismo y por comentarios de terceros, que ella era frecuentemente visitada en el domicilio asiento del hogar conyugal por distintas personas de sexo masculino que no eran ni amigos ni del entorno familiar y en horas en que él trabajaba como empleado pesquero y no podía presentarse en la vivienda. Dijo que la situación se fue agravando pese a sus reclamos con resultado infructuoso, hasta que de común acuerdo se retiró del hogar en enero de 2009. Ofreció prueba de sus alegaciones.

II.- Contestando la demanda, la señora Romero negó los hechos relatados por el actor y reconvino por la causal de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal. Dijo también que al principio llevaban una vida normal hasta que su esposo comenzó a tener conductas extrañas por su adicción a las drogas y el alcohol ausentándose por varios días y cuando volvía desplegaba actos de violencia, amenazas e insultos y golpes que toleraba por las promesas que él le hacía de cambiar. Dijo que quien la había injuriado gravemente en forma privada y pública era su esposo no sólo al abandonar el hogar conyugal en forma voluntaria y maliciosa sino también por actos injuriosos de infidelidad.

Señaló la existencia de varias causas penales a su marido las que identificó en las que se le imputaba resistencia a la autoridad y tenencia de armas de guerra.

Expresó que en abril de 2011 Astiasaran abandonó la sede del hogar en forma voluntaria, maliciosa e intempestiva, sin su consentimiento, siendo que habían vacacionado junto a amigos en enero y febrero de 2011 visitando Carhue y Sierra de la Ventana. Agregó que a los pocos días de ausentarse se hacía ver en público con su nueva pareja, Roxana Elizabeth Bustos sin el menor decoro o recato, que sus amigos le comentaron y pudo constatar personalmente así como que vivía en el domicilio materno de ésta con quien tuvo una hija en febrero de 2012.

Relató que siempre se dedicó a criar a sus hijos, que el varón padece dificultades para caminar debido a haber sufrido hidrocefalia. Dijo que su marido se había desligado de su obligación alimentaria debiendo incoar proceso que tramitó ante el Juzgado de Paz de Coronel Rosales; que ante este Juzgado tramitó también una acción por infracción a la Ley 12.569 en razón de la violencia del actor, quien en represalia cortó los servicios de luz, y gas de la casa que habitan. Ofreció prueba de sus dichos.

III.- Corrido traslado de la reconvención, el actor la contestó negando los hechos relatados por su oponente y desconociendo la documentación acompañada. Reiteró las circunstancias que expusiera en demanda y ofreció prueba al respecto.

IV.- A fs. 65 consta el acta de la audiencia preliminar del artículo 842 del CPC a la que no concurrió la señora Romero por lo que se la tuvo por desistida de su reconvencción, imponiéndosele multa a favor de su contraparte que fue revocada por esta Cámara en resolución de fs. 98.

V.- Con la previa intervención del agente fiscal de fs. 155 se dictó la sentencia que luce a fs. 157/163, por la cual el señor juez a quo rechazó la demanda de divorcio promovida por Carlos Gustavo Astiasaran contra Claudia Elizabeth Romero por la causal de injurias graves e hizo lugar a la reconvencción deducida por ésta contra aquel por las causales de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar (arts. 202 inc. 4º y 5º, 1214 inc. 1º y 235 del Código Civil y 384, 385, 402 y 853 del CPC). Declaró disuelta la sociedad conyugal con efecto al día de la contestación de la reconvencción (21/mayo/2012 - art. 1306 del Código Civil) e impuso las costas al vencido Astiasaran (art. 68 del CPCC) regulando los honorarios de los profesionales intervinientes respecto de la demanda y contestación en \$ 12.300 para el Dr. Julio R. Amaya y \$ 17.500 para la Dra. Mirta L. Romero y los de la reconvencción y su contestación en \$ 17.500 para la Dra. Mirta L. Romero y \$ 12.300 para el Dr. Julio R. Amaya.

Para así decidir el señor juez de la Instancia anterior valoró las pruebas reunidas poniendo de manifiesto que el actor reconoció en su confesional que había abandonado el hogar conyugal, aunque dijo que fue de común acuerdo; admitió haber vacacionado junto a su esposa e hijos en enero de 2011 y que desde fines de marzo de ese año convive con Rosana Bustos mostrándose públicamente con ésta, así como también que durante el matrimonio consumía drogas y la restricción de acercamiento a su esposa e hijos que se le impusiera. Tuvo en cuenta también las testimoniales producidas de las que surgían las contestaciones que detalla, las que daban cuenta de la adicción del actor, las peleas y reclamos de su esposa, la dedicación de ésta al hogar y a su hijo discapacitado y la relación de éste con la señora Rosana Bustos que presumió, por los dichos de los testigos y el nacimiento de una hija en común que se remontaría a antes del retiro de su hogar conyugal, dejando expresado que los testigos que depusieron sobre la conducta de Romero no habían sido contestes ni

habían podido afirmar haberla visto en situación comprometida con las personas que refirieran a las que no pudieron identificar.

VI.- Contra dicho pronunciamiento se alzó en recurso de apelación el actor de autos Carlos Gustavo Astiasaran que fundó con la expresión de agravios luciente a fs.177/179, replicada por su contraria a fs. 181/184.

VII.- En prieta síntesis, se queja el actor del rechazo de su demanda de divorcio con fundamento en la causal de injurias graves (art. 214 inc. 1 que remite al 202, inc. 4º del Código Civil) y de la admisión de la reconvencción promovida por su demandada con sustento en injurias graves y abandono malicioso y voluntario del hogar.

Fundando tales agravios trae a colación los dichos de los testigos que cita sosteniendo su idoneidad y que corroboran el relato que sustentara su demanda y la causal que invocara entendiendo probadas las injurias aducidas.

Por su parte, la demandada y reconviniente acusa deserción en el recurso de su contraria por falta de una crítica concreta y objetiva del resolutorio apelado; y defiende la sentencia de la instancia anterior y la apreciación de las pruebas que efectuara el juez a quo para hacer lugar a su reconvencción por las causales que expresara.

VIII.- Atento la normativa invocada por las partes y la que funda la sentencia, y la reciente entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación producida el 1º de agosto del año en curso, (Ley 26.994 modif. en su art. 7 por Ley 27.077) corresponde dejar desde ya asentado que el conflicto planteado en autos, y en consecuencia la apelación deducida, habrán de ser resueltos a la luz de las disposiciones que emergen del vigente Código Civil y Comercial -por aplicación de su art. 7º que reproduce el 3º del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield- dado que el divorcio decretado en la instancia anterior no se encuentra firme y consentido por virtud de su apelación y, siendo que la sentencia que decreta el mismo tiene carácter constitutivo de un nuevo estado civil, ha de estarse a la ley vigente al momento de emisión de la sentencia (KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y

Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, periódico La Ley del 02/06/2015).

No se me escapan las consecuencias que de tal criterio se siguen, ni las dificultades que entraña la aplicación de las nuevas leyes a los conflictos tramitados, de los que dan cuenta -y a los que remito para mayor ilustración- los comentarios de los Dres. Julio Cesar Rivera (“Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite- periódico La Ley del 17/06/2015) y la citada Aída Kemelmajer de Carlucci, discusión que tal como ésta pone de manifiesto en su publicación aludida, recuerda la que en su momento tuvieron los Dres. Guillermo Borda y Joaquín Llambías con motivo de la entrada en vigencia de la Ley 17.711 (ver LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Tratado de DERECHO CIVIL, Parte General, Tº I pág. 131y sig. “Efectos de la ley con relación al tiempo”, Edit. Perrot, Bs. As. 1993).

Tampoco las encontradas opiniones a que el nuevo régimen vigente en relación con la disolución del matrimonio, viene dando lugar, (Sambrizzi, Eduardo A. “Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial, periódico La Ley del 19/03/2015 y Moisa, Benjamín “Divorcio, responsabilidad civil. Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código” periódico La Ley del 02/03/2015, Rivera, Julio public. ya citada) mas, *dura lex, sed lex*, y dada la vigencia de este nuevo régimen a la fecha en que se dicta esta sentencia su aplicación se impone.

Tengo en cuenta para ello que existe además numerosa doctrina elaborada en torno a la interpretación del artículo 3 del Código Civil hoy derogado (texto según Ley 17.711), que como ya dijera ha sido reproducido por el artículo 7 del nuevo ordenamiento y que, en consecuencia ha de servir para la interpretación de su aplicación a los procesos en trámite.

Dispone el precepto aludido: *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las 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...”*

La interpretación de la norma transcripta descansa sobre dos principios fundamentales. El primero, la irretroactividad de la ley -contemplada por la misma norma- que sólo admite excepciones puntuales y que en ningún caso podrá afectar garantías constitucionales. El segundo, su aplicación inmediata a partir de su entrada en vigencia.

Ambos principios se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro y con posterioridad a su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos, consumidos, agotados o extinguidos.

Que este sentido, el Presidente de la Comisión reformadora del nuevo Código Civil Dr. Ricardo Luis LORENZETTI, en su "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo II, p. 734, (Ed. Rubinzal-Culzoni.) ha expresado que *"El principio que prevé el art. 7° 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 decrete 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. Esta misma interpretación cabe para aquéllos casos que al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código se encontraban a estudio en la Alzada. Al tratarse de una sentencia sujeta a revisión, ergo, no siendo firme, tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y, por ende, debe aplicarse la nueva normativa"*.

Cabe también señalar que una de las principales reformas en esta materia ha sido la eliminación de las causales subjetivas, es decir, aquéllas razones que la ley contemplaba para requerir el divorcio y que las partes debían necesariamente esgrimir -y luego probar- para acceder a su pretensión.

De allí que, a diferencia del régimen anterior, las sentencias que se dicten bajo la vigencia del nuevo Código no podrán contener declaraciones de inocencia ni culpabilidad.

La Comisión Redactora del Anteproyecto del nuevo Código expresó que *“...La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el anteproyecto 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 conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y siguiéndose la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio”*. Y además que *“...el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y a su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que no desea...”* (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012).

Comparto plenamente el criterio que informa la ley. Hace ya mucho tiempo, al emitir mi voto en cuestión que, a mi juicio, importaba una restricción irrazonable de la autonomía de la voluntad de las partes, expidiéndome por la inconstitucionalidad de la segunda audiencia que contemplaba el art. 236 del derogado Código Civil expresé: *“Tengo presente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la “última ratio” del orden jurídico y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y por ello, debe ser considerada como la “última ratio” del*

orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable y que ha de preferirse aquella interpretación que las armonice y deje a todas con igual validez (Fallos 311:394; 312:435, 1437, 1681; 314:407; 315:923; 322:842 y 919, entre muchos otros).

Por otra parte y, en relación, también expresó que al ejercicio de tan extrema solución sólo cabe acudir cuando no exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos: 312:2315; 316:778 y 2624).

Agregó que de lo contrario se desequilibraría el sistema constitucional de equilibrio de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 314:424).

Pero en el presente caso, dadas las especiales circunstancias que se informan en autos, el acatamiento a lo dispuesto en la norma, que fuera declarada inconstitucional, (aclaro ahora, en la instancia anterior) deviene en un formalismo inútil, se presenta vacío de contenido y se constituye en un exceso ritual manifiesto que importa, además, una instancia procesal innecesaria y por lo tanto dispendiosa.

Ello así, desde que ambas partes, según se manifiesta expresamente (fs. 36) se encuentran separados desde hace un largo tiempo, han comenzado una nueva vida y una de ellas tiene ya un hijo de su nueva pareja con quien ha formado otra familia.

Es de ver que ambos concurrentes, han manifestado ya su voluntad de divorciarse y, al tiempo de la primera audiencia, han dejado sentado que renuncian a celebrar la segunda instituída en el citado artículo 236 por considerar imposible su reconciliación atento que de común acuerdo se encuentran

separados de hecho debido a que existían causas que hacían imposible la vida en común, solicitando se haga lugar a esa petición (ver fs. 268/269).

No sabemos cuáles han sido las circunstancias referenciadas al señor Juez en esa primera audiencia, si han sido expuestas, presumiblemente se hayan puesto de manifiesto las precedentemente señaladas, llevando a la convicción del aquo la innecesariedad de llevar a cabo esta segunda audiencia (fs. 28/29).

Lo cierto es que tal como se presenta el caso, no se advierte con pristina claridad, es más, resulta de dudosa eficacia, la imposición de un trámite, que no sería más que sólo eso, un mero trámite, para quienes ya tienen absolutamente claro que su matrimonio es inexistente como tal, pues ya no conforman la familia que otrora decidieran conformar.

Por lo demás, cuál es la conveniencia, razonabilidad o justicia de obligar a considerar, en el llamado tiempo de reflexión, la posibilidad de una reconciliación que daría por tierra con la nueva familia ya conformada.

Es lícito, en pos del cumplimiento de una norma que se advierte ineficaz para la obtención de la finalidad perseguida, imponer a los ex cónyuges confrontar la realidad de sus vidas obligándolos ya sea por sí o por sus representantes a manifestar nuevamente las mismas razones que ya volcaran en la oportunidad anterior, o simplemente que no se han reconciliado?.

La norma, en estos aspectos, aparece sin duda reñida con la esfera de libertad que es ínsita al ser humano, que es tal, precisamente por la facultad de razonar, gozar de su libre albedrío y disponer de esa libertad, (Preámbulo y art. 19 de la Constitución Nacional) máxime en institución tan importante como es la familia.

Por supuesto como ser humano y habitante de esta Nación habrá de respetar la libertad de los demás, y el ejercicio de la suya propia no podrá dañar a otros, ni su obrar resultar contrario al orden y la moral pública. Con éstos límites sus acciones están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Por supuesto también que el ejercicio de su libertad habrá de realizarse conforme a las leyes que lo reglamenten, pero éstas no podrán alterar sus

derechos (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional) de tal modo que se constituyen en una regulación irrazonable por desproporcionada o contraria al fin propuesto.

La norma en tratamiento, aparece irracional desde que, en el caso, se encuentra reñida con la realidad y en consecuencia su finalidad (el llamado tiempo de reflexión para meritar y razonar la correspondencia del divorcio) resulta de improbable y hasta imposible cumplimiento.

Ha dicho ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el leading case "SEJEAN": "Los constituyentes legaron a la Nación futura, patrones normativos aptos para acompañarla en su evolución, capaces de contemplar la dinámica de la realidad, recia a ser captada en fórmulas inmutables... Que lo expuesto lleva a la necesidad de plantearse que, no menos importante que la consideración de los alcances y efectos del divorcio de las partes en estos autos, resulta el análisis de otro divorcio de gran incidencia en el sistema de convivencia de los argentinos cuya racionalidad se trata de consolidar. Ello es el divorcio entre la realidad social y su organización normativa. Es evidente que, en lo que hace al orden de las relaciones familiares, no parece razonable que la realidad jurídica y la realidad social tengan la distancia que hoy es constatable en nuestro medio" (Zejean, Juan B c/Zaks de Sejean, Ana M., sentencia del 27-11-86 JA 1986-IV-587 y LL, 1986-E-648).

Huelga señalar que lo dicho no implica que los matrimonios separados de hecho o de derecho y aún los divorciados, no puedan reconciliarse y/o reiniciar la vida en común supone la familia -que como bien dice el "a quo" no es sinónimo de matrimonio- pero esta circunstancia posible, plausible pero fortuita, no requiere la imposición de un plazo de reflexión -corto o largo- pues reitero, ello depende pura y exclusivamente de la voluntad y elección de las partes.

Me pregunto, en casos como el presente, qué justifica la existencia de esta segunda audiencia, que según doctrinariamente se sostiene comporta un período de reflexión y su celebración tiene por finalidad transmitir una decisión o poner en conocimiento del tribunal si han arribado o no a una reconciliación?

Tan innecesaria e írrita a la autonomía de la voluntad de las partes y a su libre elección aparece que en la práctica tribunalicia es moneda común su renuncia por parte de los presentantes ya en la primera audiencia y/o la aceptación de escritos en los que se efectúa la renuncia y/o se comunica que no se ha arribado a la reconciliación, supliendo así su realización (ver MIZRAHI, Mauricio Luis: "FAMILIA, MATRIMONIO Y DIVORCIO", (2da. Edic. actualizada y ampliada- p g. 370 y sig. y 380 y sig., par g. 167 y 173- Edit. Astrea, Bs. As. 2006- FAMA, María Victoria en "DERECHO DE FAMILIA revista dirigida por CECILIA P.GROSMAN, nº 44, Nov./Dic.2009, p g. 24, Edit. Abeledo Perrot)) Porque, vuelvo a insistir, cual es la justificación (conveniencia, razonabilidad, justicia, equidad) que impone una segunda audiencia para "salvar" un matrimonio que ya no es familia, porque de hecho, hay ya otra familia. Dicho de otro modo, hay que preservar esta primer familia, en detrimento de la otra familia? No advierto razonamiento alguno que sostenga o aponte que esta elección, como no sea el libre albedrío -elección- de cada uno de sus integrantes, decisión en la cual, obviamente ninguna otra persona, ni siquiera el Estado pueden interferir.

Y, convencida de ello, estimo que la regulación en tratamiento es inconstitucional porque cercena la libertad y autonomía de la voluntad de las partes en cuestión tan trascendental como la propia vida de pareja y familia. Si las partes, en el trance que denotan estos autos, han renunciado a su derecho a celebrarla en cabal uso de su autonomía y libertad de decisión, la imposición de su realización como paso previo y necesario para acceder al divorcio deviene írrita hacia tales derechos y, como ya lo dijera, reñida con la realidad.

Y, en tal entendimiento, si bien considero que la familia, como pilar fundamental de la sociedad (aún cuando esta premisa se halle hoy en día en tela de juicio) y el estado de las personas hacen al llamado orden público que conforma el sustrato de un Estado jurídicamente organizado como Estado de Derecho, no estoy de acuerdo en proclamar que a ese supuesto orden público, le corresponda y pueda alterar el libre ejercicio del derecho a conformar una nueva familia ante el fracaso - y como tal doloroso trance- que supone el divorcio o disolución de la comunidad familiar. Aceptar que el orden público pueda

determinar un período (por escaso tiempo que comporte) de reflexión para pensar la posibilidad de rehacer un matrimonio (que llega a la instancia judicial destruido) y destruir otra familia ya conformada, escapa, a mi juicio, a toda lógica, y constituye, en la dinámica social de hoy en día, una regulación irrazonable a la libertad de elección y autonomía de la voluntad de las personas (artículos 19 y 28 de la Constitución Nacional, su comentario en GELLI, María Angélica "CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Comentada y Concordada, 2da. Edic. Ampliada y Actualizada, p g. 183 y sig. y 247 y sig. Edit. La Ley 2003)... Otras voces se erigen, para denunciar estos cambios que se van produciendo en la actualidad y así NORA LLOVERAS y MARCELO SALOMON en "EL DERECHO DE FAMILIA DESDE LA CONSTITUCION NACIONAL" expresan: "Finalmente creemos que el sistema divorcista establecido por la ley 23.515 merece otras respuestas legislativas, después de veinte años de vigencia de ese sistema, a fin de adecuarse a la nueva realidad que plantea la sociedad argentina del siglo XXI. Si el parlamento insiste en sostener el sistema de "plazos" en el abordaje de la crisis matrimonial, en el entendimiento de que la conciencia social media así lo exige, tales plazos deben ser reducidos y acotados en su razonabilidad, otorgando la posibilidad del divorcio a los matrimonios desquiciados que lo pretendan, cualquiera sea la causal que se invoque, dando prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes, a fin de respetar su derecho a la intimidad" (p g. 301 ob. cit. Edit. Universidad, Bs. As. 2009).

Por su parte, nuestro mas Alto Tribunal Federal ha enaltecido este derecho a la intimidad cuando sentenciara: "...la protección material del ámbito de la privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas jurídicas autoritarias o totalitarias" (conf. CSJN 11/12/84, "Ponzetti de Balbín Indalia y otro c/Editorial Atlántica SA" JA, 1985-I-513 y EDF 112-242).

De igual modo entendió procedente brindar un marco de protección a las opciones éticas personales, considerando inadecuado que el accionar de los jueces se guíe por "patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio"; de modo de "asegurar la realización material

del ámbito privado... para el alto propósito material de garantizar la independencia en la formulación de los planes de vida" CSJN 5/8/86, "Santa Coloma, Luis F. y otros c/Empresa de Ferrocarriles Argentinos" LL, 1987-A-442- citas de MIZRAHI, Mauricio, ob. citada, p g. 85.

Por ello, atendiendo a todas las circunstancias, doctrina y jurisprudencia reseñadas, estimo procedente y necesario que el juez, que es quien está en mejor posición para advertir las particularidades de los hechos que se le exponen, pueda adoptar las medidas procesales que mejor se adapten a la solución de los conflictos que en materia de familia se le presentan, porque no es valorable que se limiten a decidir tales asuntos sujetos a moldes rígidos, desentendiéndose de las circunstancias concretas del caso.

Es que "los jueces no pueden limitarse a decidir los problemas humanos que encierran los asuntos de familia, mediante una suerte de fórmulas o modelo prefijado, desentendiéndose de las circunstancias del caso. Lo contrario importaría la aplicación mecánica de normas fuera del ámbito que le es propio, haciendo gala de un ciego ritualismo incompatible con el debido proceso adjetivo" (Doctrina de Fallos 323:91, entre muchos otros, citado por FAMA, María V. ob. cit. P g. 8).

En palabras de CIURO CALDANI: "El juez suele estar en mejores condiciones que el legislador para apreciar la "justicia de llegada", superando las limitaciones de la mera consideración de la "justicia de partida", con la que tiende a ser vinculado, y sobre todo a él le corresponde atender a las particulares exigencias de justicia que dan lugar a la equidad"; "...El sistema exige una intervención útil de los jueces, que supere las limitadas posibilidades de los legisladores para hacerse cargo de las circunstancias" (CIURO CALDANI, Miguel A., "El Juez en el cambio histórico" LL 2001-D-1150 y LLP 2002-1058.

Ello no importa subvertir el orden constitucional de atribución de competencias que modula nuestra Carta Magna, ni cuestionar la facultad del Estado para regular los aspectos básicos que hacen a la constitución y vigencia de la familia, pues el principio de autonomía personal ha de estar limitado por la aceptación generalizada de un conjunto de valores objetivos que se suponen prioritarios, tales como -sin agotar su mención- la atención de los hijos, el superior

interés de los niños, la dignidad humana, la libertad de las personas, la protección de los derechos e intereses de terceros, en fin, el mantenimiento de un orden cultural básico que surge de la propia comunidad y sociedad en la que se inserta.

Es por todo lo expuesto y en los términos precedentes que a la primera cuestión doy mi voto por la AFIRMATIVA". (mi voto en causa N° 137.132 "M R.J. c/M. R.B. s/Divorcio" sentencia del 11/05/2011).

Volviendo al tratamiento del conflicto emergente de autos señalo que la Dra. Kemelmajer de Carlucci, también integrante de la Comisión de elaboración del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial ha sostenido 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". (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 136).*

IX.- Por lo tanto y toda vez que la normativa de aplicación ha eliminado las causales de divorcio que antes contemplaba el Código Civil derogado (art. 4º Ley 26.994) y que dieron sustento a la sentencia en crisis, deviene abstracta la consideración de los agravios traídos por el apelante toda vez que el divorcio, que ambas partes pidieran en demanda y reconvencción, aunque con sustento en aquellas causales, hoy día debe decretarse atendiendo a la voluntad de ambos cónyuges de poner fin al matrimonio (arts. 437 y 438 párrafos 4º y 5º del Código Civil y Comercial).

Ello no obstante, toda vez que al tiempo de las demandas respectivas (demanda y reconvencción) las normas que ahora resultan de aplicación no existían, no se ha cumplido, por lógica consecuencia, con el requisito que establece el proemio del artículo 438 citado. En razón de ello, deberán las partes proponer, ante el juez de la causa, las cuestiones de su interés conforme dicho

artículo 438 o el convenio regulador que pudieren consensuar, de acuerdo al artículo 439 del mismo Código.

Y ello también, sin perjuicio de que el cónyuge que se sintiere perjudicado por el divorcio ocurra ante el mismo juez en los términos de los artículos 441 y 442 del Código aludido, a cuyo efecto habrá de tenerse presente el plazo previsto en la última parte del citado 442, pudiendo también hacer uso de la atribución contemplada en el artículo 443 y sig. y/o toda otra norma a que se creyere con derecho.

Y digo toda otra norma pues, a mi entender, dada la expresa consagración constitucional del *alterum non laedere* que contiene nuestra Constitución Nacional en su artículo 19, si el obrar de un cónyuge produjere daño al otro tendrá éste la posibilidad de reclamar su indemnización por vía del régimen general de responsabilidad que el propio Código prevé excepto los derivados de la condición de “culpable” al no existir ya dicha categorización (ver SOLARI, Néstor E. Los Daños en las Relaciones de Familia en REVISTA de DERECHO DE DAÑOS 2012-3, PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL, pág. 539, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2013).

Mas postulo y es de desear, que por vía de las prescripciones emanadas de los artículos 438, 439/440 y 441/445 queden zanjadas todas las cuestiones y consecuencias a que pudiere dar lugar la ruptura del vínculo matrimonial por efecto del divorcio.

Como consecuencia de todo lo expuesto, dejo aclarado que mi voto en esta cuestión, que daré por la negativa, no resulta de error en la sentencia de la instancia anterior que fue emitida bajo la legislación vigente al tiempo de su dictado, sino que obedece a la circunstancia de haberse operado la derogación de dicha normativa y la entrada en vigencia de un nuevo cuerpo legal de aplicación al caso,

VOTO POR LA NEGATIVA.-

A LA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RIBICHINI, DIJO:

Coincido, enteramente, con el muy fundado voto de mi apreciada colega que me precede en el orden de votación. Excepción hecha de su opinión acerca

de la descalificación constitucional que cabía hacer del derogado art. 236 del código de Vélez, cuestión que carece ya de toda relevancia. Y coincido también en que la “compensación económica” y “atribución de la vivienda” a que se refieren los arts. 441/445 del nuevo CCivCom, no cierran la posibilidad de que los cónyuges ejerciten una eventual acción de daños, no ya con fundamento en el divorcio o la imputación de su causación, sino sobre la base del régimen general que proscribe todo daño a la persona que no esté justificado (arts. 1068 y sgtes; 1109 y cctes CCiv; arts. 1716, 1717 y 1737 CCivCom).

Voto entonces también por la NEGATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DOCTORA CASTAGNO

DIJO: Dado el resultado al que se arriba al votar la cuestión anterior corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada y decretar el divorcio tramitado en los términos de los artículos 435 inc. “c” y 437 del Código Civil y Comercial debiendo las partes ocurrir ante el juez de la causa en procura de cumplir los requisitos del artículo 438 y 439 del Código aludido. Dada la forma en que se resuelve la apelación, las costas de ambas instancias habrán de imponerse por su orden dejándose sin efecto las regulaciones de la instancia anterior y procediéndose a su determinación en ésta (arts 71 y 274 del C.P.C.C.)

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR RIBICHINI DIJO:

Adhiero al voto de la Dra. Castagno.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia de fs. 157/163 no se ajusta a derecho.

Por ello, el tribunal **RESUELVE:** dejar sin efecto la sentencia apelada y decretar el divorcio tramitado por CARLOS GUSTAVO ASTIASARAN y CLAUDIA ELIZABETH ROMERO en los términos de los artículos 435 inc. “c” y 437 del Código Civil y Comercial debiendo las partes ocurrir ante el juez de la causa en procura de cumplir los requisitos de los artículos 438 y 439 del Código aludido. Dada la forma como se resuelve la apelación, las costas de ambas instancias se

imponen por su orden y se dejan sin efecto las regulaciones efectuadas en la anterior procediéndose a su determinación en ésta (arts. 71 y 274 del C.P.C.C.). Por las tareas llevadas a cabo en ambas instancias se determinan los honorarios de la Dra. MIRTA L. ROMERO y del Dr. JULIO R. AMAYA en la suma de pesos TREINTA MIL (\$ 30.000) para cada uno de ellos (arts 9 inc. 1º, 16 y 45 del Decreto-Ley 8904/77). Hágase saber y devuélvase.