

En la ciudad de Paraná, capital de la provincia de Entre Ríos, a los cinco días del mes de octubre del año dos mil quince reunidos los Sres. Vocales, para conocer el recurso de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 112/119 vta. en los autos: "L- C/ G- S/ ORDINARIO DIVORCIO"- Expte. Nº 7059, respecto de la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú -Sala Civil y Comercial- a fs. 99/104. Se practicó el sorteo de ley resultando que la votación debía tener lugar en el siguiente orden Sres. Vocales Dres. Emilio A. E. Castrillon, Juan R. Smaldone y Leonor Pañeda.

Estudiados los autos, la Sala se planteó la siguiente cuestión: ¿qué corresponde resolver respecto del recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto?.

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DR. EMILIO A. E. CASTRILLON DIJO:

I.- A fs. 113/120 vta. los Dres. Mario Roberto Céspedes y María Amelia Angerosa de Céspedes, apoderados de la actora, interpusieron recurso de inaplicabilidad de ley contra el decisorio dictado por la Sala Primera Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, que resolvió revocar la sentencia de fs. 65/70, dejando sin efecto el divorcio allí decretado.

II.- El presente litigio se inicia con la interposición de la demanda de divorcio promovida por la Sra. I L contra el Sr. H A G, invocando las causales de adulterio e injurias graves.

III.- El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda interpuesta con invocación de la causal del art. 214 inc. 1º con remisión al art. 202 inc. 4º del Código Civil -injurias graves-, decretó el divorcio vincular de las partes disolviendo el matrimonio por culpa del demandado y rechazó la causal de adulterio invocada.

Impuso las costas al accionado vencido y reguló los honorarios a los profesionales intervinientes.

IV.- Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Cámara, por mayoría, resolvió revocar la sentencia de primera instancia dejando sin efecto el divorcio allí decretado. Impuso las costas a la actora y reguló los honorarios profesionales por la labor desarrollada en ambas instancias.

Para así decidir, la Alzada determinó que los elementos objetivos obrantes en la causa no permiten arribar al convencimiento de la existencia de una conducta injuriante por parte del accionado, que justifique la calificación de culpabilidad.

Sostuvo que no existe prueba concreta que demuestre que las conductas del demandado sean constitutivas de las injurias graves, y que las mismas posean la cualidad de actualidad, puesto que la infidelidad se habría producido en el año 1983, tomando conocimiento la actora en el año 2009, accionando en el 2012. Concluyó que los padecimientos psiquiátricos de la Sra. L no deben serle atribuidos al cónyuge demandado, en razón de no haberse probado otra conducta posterior que pueda considerarse motivante de la patología padecida por la actora.

Argumenta, la Alzada, que ante los problemas psiquiátricos de su cónyuge el demandado asumió responsablemente su atención con colaboración de sus hijos. Sostiene que lo expuesto no implica desconocer los efectos negativos que pudo causar en la vida marital la existencia de un hijo con tercera persona. Entiende que la familia actual no se sustenta en vínculos naturales o biológicos, sino que se desarrolla bajo lazos afectivos, y que en autos no se han probado de manera efectiva conductas por parte del accionado carentes de esa condición.

Considera que la no reconvencción por causal objetiva por parte del demandado demuestra un claro interés en el mantenimiento del vínculo matrimonial.

Concluye que en autos no se han acreditado con la entidad necesaria las injurias invocadas (del voto del Dr. Britos).

Agrega que por injurias graves debe entenderse a todos aquellos hechos o actos, intencionales o no, incompatibles con la deferencia que se debe a toda persona, ya sean ejecutados con palabras, escritos o actitudes que signifiquen una ofensa para el otro cónyuge o ataquen su honor, reputación o dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades, sin que sea necesario ejecutar el acto a sabiendas o con la intención de dañar, sino que basta que se haya realizado voluntariamente.

Indica que los actos endilgados al accionado en la demanda no tienen un adecuado correlato con las pruebas aportadas por la actora, que justifiquen los extremos alegados como fundamento de su pretensión

(del voto del Dr. Delrieux).

V.- La recurrente denuncia errónea aplicación de la ley y absurdidad en la valoración de la prueba.

Aduce que el decisorio impugnado ha incurrido en infracción a las leyes de la sana crítica, al partir de una base errónea y muy diferente a la que emerge del contexto del material probatorio aportado por su parte.

Expresa que, tal como lo sostuvo la Dra. Pauletti en el voto minoritario de la sentencia recurrida, los elementos de prueba, como las testimoniales y especialmente la carta documento recibida por su parte en la cual se anoticia sorpresivamente que su cónyuge a lo largo de mucho tiempo la había engañado, impactaron negativamente en ella, al punto de quebrar su capacidad psico-emocional, llegando hasta el grado de intentar suicidarse.

Manifiesta que al considerar la sentencia de Cámara que la prueba producida no lleva al convencimiento de las injurias invocadas ni de la situación de zozobra, angustia y desazón de su parte al tomar conocimiento de la infidelidad de su marido, da como resultado una decisión injusta y alejada de la realidad.

Expresa que los hechos materiales invocados y atribuidos al demandado tienen un ajustado correlato probatorio idóneo en aquellos elementos, pues revelan la conducta de su cónyuge contraria al deber de respeto y comprensión recíproca entre los esposos.

Hace reserva del caso federal. Peticiona.

VI.- A fs. 123 se ordena correr traslado del recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto, el que es contestado a fs. 129/134 por el Dr. Antonio Irigoytia como apoderado del demandado, peticionando el rechazo del mismo, con costas.

VII.- A fs. 149 se ordenó correr vista al Ministerio Fiscal, la que fue contestada fs. 153/154 por la Sra. Fiscal General del Superior Tribunal de Justicia, Dra. Laura Z. de Gambino, considerando que la apreciación de la prueba y eventualmente la conducta de las partes son cuestiones inabordables en el ámbito de la instancia extraordinaria, salvo supuesto de absurdo.

VIII.- Sintetizados los aspectos relevantes del caso, y previo a su tratamiento, es preciso recordar que como principio general el recurso de inaplicabilidad de ley trata de corregir los errores de juzgamiento en la aplicación de las normas jurídicas, quedando marginadas las cuestiones de hecho. Lo contrario significaría confundir el recurso de inaplicabilidad con el de apelación, oportunidad en que la Alzada revisa tanto las cuestiones de hecho como las de derecho; si así se entendiere, significaría considerar esta Sala como tribunal de tercera instancia ordinaria.

Reiteradamente esta Sala ha sostenido que la finalidad de la casación no es en sí la de administrar justicia para el caso concreto -aunque a veces coopera resolviendo las litis individuales, siendo esta tarea un medio y no un fin en sí mismo- sino que su específica aspiración, como lo señalé precedentemente, es la de controlar la exacta observancia de las leyes, actuando de esta manera en función reguladora y uniformadora de la jurisprudencia.

Efectuadas las precedentes consideraciones, ingresaré al tratamiento de la cuestión traída a juzgamiento debiendo dilucidar como primera medida si el recurso interpuesto cumple con los extremos de admisibilidad requeridos al efecto, para luego, en caso de que ello tuviese un resultado positivo, abordar la cuestión relativa a su procedencia.

Al respecto, es necesario apuntar que el examen preliminar de admisibilidad se encuentra previsto de manera expresa en nuestro ordenamiento procesal local, el que establece que será llevado a cabo en dos oportunidades, la primera por el a quo a través de un análisis previo o primer análisis declarativo de cumplimiento de los requisitos formales de admisibilidad y fundabilidad del planteo recursivo que prevén los arts. 276, 280 y 281 del C.P.C.C., y la segunda por el Superior.

Conforme a las exigencias técnicas propias del recurso, normadas en el artículo 276 del código de rito, el recurrente debe cumplimentar con: I) el directo cuestionamiento de la sentencia definitiva de segunda instancia; II) que dicho cuestionamiento derive en una crítica y un ataque pertinente a su fundamentación; III) que se demuestre la errónea aplicación de la ley y/o doctrina legal, entendida por tal, la emanada de este Alto Cuerpo.

No obstante la literalidad de la norma, se admite por vía pretoriana -conforme fallos casatorios de esta Sala- el análisis de cuestiones de hecho y prueba reservadas en principio a los jueces de grado, cuando se alegue y demuestre absurdidad en la valoración probatoria.

Por último, cabe señalar que el cuestionamiento recursivo de la presencia de arbitrariedad en el orden local reviste carácter excepcional y requiere cabal demostración de su configuración; así de manera restrictiva se ha aludido a las sentencias que se apartan flagrantemente de los hechos probados en la causa, sentencias carentes de fundamentos, y/o con fundamentos claramente insostenibles, absurdos o autocontradictorios.

Habiendo enumerado los parámetros dentro de los cuales se mueve la casación, corresponde ingresar al tratamiento de los planteos efectuados por la recurrente.

En esta tarea es preciso delimitar la cuestión que llega discutida a esta instancia, la que se encuentra configurada por el ataque de la actora a lo decidido por la Alzada respecto a la no admisión de las injurias graves como causal de divorcio.

Sentado ello y a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, el que recientemente ha entrado en vigencia -01/08/2015-, corresponde determinar el alcance de la nueva legislación frente al caso que aquí se analiza.

Como primera medida es necesario señalar que el art. 7 del Código Civil y Comercial refiere a la aplicación temporal de la ley, y dispone que "[a] partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes." El mencionado precepto agrega que "[l]as leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario.", y menciona que esa retroactividad "...no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales".

El citado artículo es esencialmente una reproducción del art. 3 del Código Civil anterior, y refiere a la aplicación inmediata de la ley después de haber sido sancionada, la que regirá las relaciones y situaciones jurídicas futuras, a las existentes en cuanto no estén agotadas, y a las consecuencias que aún no se hayan operado. La nueva

ley se aplicará a aquellas etapas aún no cumplidas, puesto que las ya cumplidas se regirán por la ley vigente en el momento en que acontecieron. Asimismo, si antes de la entrada en vigencia de la nueva ley se hubiesen producido hechos aptos para comenzar la gestación de una situación según la vieja ley pero insuficientes para constituir la, la ley que regirá será la nueva (cfrme. Aída Kemelmajer de Carlucci. La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Editorial Rubinzal - Culzoni. Santa Fe, 2015, págs. 29/30).

Entonces, la regla general es la aplicación inmediata, la nueva ley va a regir inmediatamente después de haber sido sancionada, y ese es el efecto normal de toda ley. Ello conlleva que el nuevo ordenamiento jurídico no tenga proyección retroactiva en el tiempo, no altere las situaciones y consecuencias de los hechos y actos realizados y agotados en su momento. Consecuentemente, no existirá colisión entre el ordenamiento jurídico vigente y el derogado, siempre que el efecto inmediato del primero rijan los hechos aun no acaecidos de una relación o situación jurídica constituida bajo el imperio de la ley antigua. Es aquí donde entra a jugar la noción de consumo jurídico.

Considero oportuno señalar que nos encontramos ante una norma de derecho transitorio, la que, siguiendo a los coautores del Nuevo Ordenamiento Civil y Comercial, aparece como una norma formal que el juez debe aplicar aún de oficio, lo que no impide que el magistrado invite a las partes a argumentar, en ejercicio de sus derechos, cuál es la ley que consideran aplicable, para luego brindar la solución al caso que se somete a su jurisdicción, garantizando, así, los más elevados criterios que rigen el proceso.

Efectuadas las precedentes consideraciones, corresponde ahora adentrarme en el examen del tipo de proceso, los derechos y las consecuencias jurídicas implicadas en el presente.

Sabido es que todas las sentencias en cuanto al derecho son declarativas en el sentido de que contienen una declaración sobre el derecho aplicable, esto es más que claro, y más aún ante la obligación del juzgador de fundar en derecho sus fallos. Ahora bien, cuando a esa declaración se une la modificación o constitución de un estado jurídico, la debemos denominar y considerar constitutiva (cfrme. "Giesenberg Guillermo Alejandro y Otro c/ Martinez Teresita Argentina s/ Acción Meramente Declarativa - Sumarísimo", Expte. Nº 6068, fallo

del 27/06/2011).

Bajo esta premisa, resulta claro y fuera de toda discusión que la sentencia recaída en un proceso de divorcio se enmarca dentro de esta última categoría, siendo el objetivo principal de su promoción que se decrete el divorcio vincular, y la consecuente disolución del matrimonio.

En este marco resulta conveniente indicar que, siguiendo a la Dra. Kemelmajer de Carlucci, "...la aplicación inmediata de la ley para los efectos que se produzcan en situaciones que tienen origen en la ley no se discute..." (cfrme. Aída Kemelmajer de Carlucci. La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Editorial Rubinzal - Culzoni. Santa Fe, 2015, pág.34).

Frente a ello, en este tipo de procesos, no obstante haberse dictado sentencia por los tribunales de grado conforme el Código de Vélez, entiendo que mientras no exista sentencia firme la situación jurídica no se encuentra agotada, por lo que la nueva ley rige en forma inmediata, aún cuando algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior. Es decir que ante la eliminación del divorcio contencioso por el ordenamiento jurídico vigente el juez deberá decretarlo, pero sin calificación de inocencia o culpabilidad.

El ordenamiento vigente no atiende a las causas que motivaron el divorcio, es por eso que se puede decretar a petición de ambos o sólo uno de los cónyuges, sin expresión de causas -art. 437 del Código Civil y Comercial-.

En autos, surge con meridiana claridad la voluntad de la actora al interponer la demanda, su sentido y finalidad son indiscutibles, esto es arribar a una declaración judicial de divorcio vincular. Y, según la nueva legislación aplicable, la mencionada expresión de voluntad de la accionante resulta suficiente para hacer lugar a la disolución del matrimonio peticionada, encontrándose vedado el tratamiento de la declaración de culpabilidad del demandado solicitada en el promocional.

A mayor abundamiento considero necesario remarcar los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, en donde se sostuvo que "...el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial", y que el "[e]

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. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea".

Asimismo, es preciso indicar que el art. 431 del Código Civil y Comercial refiere a los derechos y deberes de los cónyuges, como es el compromiso a "desarrollar un proyecto de vida en común, basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad", como así también el de asistencia mutua. Pero que al instaurarse un régimen de divorcio incausado, y tal como se expresa en los fundamentos del Anteproyecto, los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de responsabilidad civil son aquellos que no encuentran su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que emanan de él, sino en la condición de persona. Lo que sí tiene en cuenta la normativa de fondo vigente son los efectos derivados del divorcio, por eso el art. 438 dispone que por acuerdo de ambos o por iniciativa de solo uno de los cónyuges se presente un convenio o una propuesta en la cual las partes establezcan los efectos del divorcio sobre las relaciones de familia, los bienes, atribución de la vivienda, compensaciones económicas, entre otras.

Por último, sin perjuicio del resultado al que se arriba y atento a que el ordenamiento jurídico vigente eliminó las causales de divorcio en los que la actora funda su demanda, por las características del subexámene y la aplicación de la nueva ley en virtud del principio iura novit curia, no podemos hablar en autos de parte vencedora ni vencida. Por estas razones, considero que las costas deben ser impuestas por su orden en todas las instancias.

Entonces, por los fundamentos anteriormente expuestos, propongo al acuerdo CASAR la sentencia recurrida, decretar el divorcio de los cónyuges, conforme lo dispuesto por el art. 437 del Código Civil y Comercial, y disponer el reenvío de las presentes actuaciones al juzgado de origen para que proceda según lo dispuesto en el Libro Segundo, Título I, Capítulo 8, Secciones 2º y 3º del Código Civil y Comercial de la Nación, instancia a la que corresponde entender a sus efectos. Costas por su orden en todas las instancias -art. 65, segundo párrafo del C.P.C.C.-. ASI VOTO.-

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DR. JUAN R. SMALDONE DIJO:

Adhiero al desenlace casatorio alcanzado por el Sr. Vocal Dr. Castrillon.

Fundamentalmente, porque según predica la CSJN hay que atender las circunstancias existentes al momento de la decisión y, también, aplicar las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dictan durante la secuela del juicio; ello, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario. (conf. Fallos 306:1160; 318:2438; 325:28; 327:2476; 331:2928; 333:1474; 335:905; entre otros, recientemente aplicado en causa CIV 34570/2012 del 6/8/2015).

En orden al carácter constitutivo del pronunciamiento que decide estos asuntos y en función del art. 7, regulatorio de la aplicación temporal del Código Civil y Comercial de la Nación -aprobado por Ley Nº 26994-, resulta evidente que la pretensión de divorciarse causadamente carece de previsión dentro del derecho positivo.

La novedad estructurada por la novísima legislación consagra un sistema de divorcio donde las posibilidades de injerencia o entrometimiento del poder jurisdiccional tiene límites específicos.

Hoy, el imperativo legal regula un solo tipo de divorcio y es incausado. Por eso, quedan suprimidas tanto las causales objetivas como subjetivas, está eliminada la figura de la separación personal y la exigencia de cualquier plazo habilitante de la pretensión.

Entonces, en este readecuado quehacer del sentenciante no corresponde desentrañar los motivos generadores del quiebre matrimonial exhibido en la especie.

Para terminar, advierto que la singularidad de estos casos, cursados durante el presente intervalo que se agotará en el tiempo, determina la necesidad de proveer conforme los contornos actuales del proceso de familia para evitar la dilación de los conflictos de esta clase. (conf. arts. 705/706, C.C.y C.).

Razón por la cual, procede declarar el divorcio de los cónyuges Sra. I N L y Sr. H G declarándose extinguida la comunidad -art. 480, C.C. y C.- con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda; posponiendo o postergando el cumplimiento del art. 438 y otras consecuencias previstas por los arts. 439 -y siguientes, del C. C. y

C.-, de forma tal que la presentación del convenio regulador por parte de ambos cónyuges o eventualmente de la propuesta unilateral de acuerdo, junto a las comunicaciones registrales y demás vicisitudes, queda confiada al juzgador de origen. Hasta aquí con costas según el orden causado y en todas las instancias dado el cambio de la legislación vigente. (art. 65, C.P.C.C.). ASI VOTO.-

QUE POR ULTIMO LA SEÑORA VOCAL DRA. LEONOR PAÑEDA hace uso de la facultad de abstención que le otorga el art. 33 de la L.O.P.J., texto según Ley N° 9234.

Con lo que no siendo para más se da por finalizado el acto quedando acordada la siguiente sentencia: