Comodoro Rivadavia, junio de 2011.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

Estos autos caratulados: **"L. M. G. y C. R. G. s/ DIVORCIO VINCULAR POR PRESENTACION CONJUNTA", expte. nro. 239/2011,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N ° 3 (expte. nro. 91/2011), por haber interpuesto a fs. 19 la Defensora Pública en representación del actor, recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria de fs. 13/18 que rechaza el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 215 y 236 del Código Civil.

En su memoria de fs. 21/33vta., manifiesta que el fallo ostenta una contradicción argumental, pues por una parte sostiene la facultad de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad de las normas, luego, declara que dicha potestad es competencia del Congreso de la Nación. Afirma que los jueces pueden ejercer dicha facultad de oficio y cita fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aduce que la sentencia carece de fundamentación para sustentar la constitucionalidad de las normas atacadas. Critica el fallo porque se limita a citar opiniones doctrinarias sin expresar el criterio propio del sentenciante con relación al artículo 19 de la CN. Sostiene que los conceptos institución matrimonial, familiar, estado matrimonial y familiar son distintos y no participan todos de los mismos caracteres. Alega que se confunden los conceptos enunciados y el orden público aplicable. Manifiesta que existe un estado matrimonial que le compete a los esposos, con características propias que crea una esfera única de intereses, proyectos y expectativas que no puede ser intervenida por el control del Estado, en la medida que

no afecte derechos o intereses de los hijos, familia o terceros. Agrega que existe una intimidad matrimonial que incluye la voluntad de desvincularse maritalmente, disposición que incumbe solo a los esposos y cuyas razones hacen a su intimidad. Destaca la contradicción existe en el hecho que para contraer matrimonio solo se requiere el consentimiento de ambos contrayentes y para divorciarse además de dicho consentimiento se requiere un plus llamado condiciones legales (tiempo de matrimonio, trámite de dos audiencias, valoración del juez de las causas invocadas). Insiste en la irrazonabilidad de la exigencia legal de tener un tiempo de matrimonio, de someterse al trámite de dos audiencias conciliatorias y de expresar las causas del divorcio al juez. Sostiene que las normas atacadas no superan el test de razonabilidad teniendo en cuenta la evolución de la sociedad, intereses en juego y el orden público familiar actual, distintos a los tenidos en cuenta a la época de sanción de la ley. Invoca la aplicación del artículo 28 de la C. N. Señala los principios y valores esenciales que integran el orden público familiar. Sostiene que este es relativo y dinámico con cita de fallo de la Corte Suprema de Justicia ("Sejean"). Solicita se revoque la sentencia de grado, se declare la inconstitucionalidad de los artículos 215 y 236 del Código Civil y se decrete sin más trámite el divorcio de los actores. Hace reserva del caso federal.

**II**. Tratamiento del recurso.

1.El artículo 215 del Código Civil.

La petición de declarar la inconstitucionalidad del artículo 215 del C. C. es abstracta. En efecto, conforme surge de la documental

reservada a fs. 1 –libreta de familia- al tiempo de interponer la demanda de divorcio dicho plazo se encontraba cumplido. Por ello, carece de virtualidad jurídica pronunciase en dicho sentido y se declara la cuestión abstracta.

2. El artículo 236 del Código Civil.

La Dra. Silvia Noemí Alonso y el Dr. Fernando Nahuelanca dicen:

La Sra. M. G. L. y el Sr. R. G. C se presentaron ante los tribunales de familia a fin de obtener el divorcio vincular por presentación conjunta, denunciaron tener una hija y, puntualmente manifestaron que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común (fs 3 y 4). A fs. 5/9 uno de los cónyuges plantea la inconstitucionalidad del procedimiento reglado por el artículo 236 del Código Civil.

Frente a este específico planteo es menester recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido pacíficamente la atribución y el deber de los tribunales de justicia —nacionales y provinciales— de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella. Incluso ha remarcado que este constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos; atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario

que hace la Constitución, y de la naturaleza necesariamente subordinada del segundo (Fallos: 33:162, 194; entre otros).

También la doctrina ha dado sólidos argumentos para justificar el control judicial de constitucionalidad y sobre todo para excepcionar el argumento que niega tal posibilidad de revisión por parte de los jueces. El prestigioso jurista Carlos Nino, previo analizar las razones en las que se sustenta la tesis negatoria, concluye sosteniendo que de las causales de los propios argumentos que sirven, en principio, para negar el control judicial de constitucionalidad, se derivan importantes causales para habilitar la revisión judicial de las leyes y otras normas democráticas. Justamente, esas causales están relacionadas con la supervisión del mismo procedimiento democrático para corregirlo y ampliarlo, con la exclusión de normas con fundamento perfeccionista y con la preservación de la continuidad de la práctica constitucional (Cf. Nino, Carlos S., Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Astrea, 2005, 3ª reimp., p. 703 y ss).

Con base en estos fundamentos consideramos que corresponde efectuar el control de constitucionalidad de la norma solicitado por las partes.

La norma tachada como inconstitucional, en su parte pertinente dice: Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno. Si la

conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación. Si el resultado fuere negativo el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves.

No desconocemos que, como señala la doctrina unánimemente, este procedimiento especial en los tribunales de familia no se aplica del modo reglado (Cf. Bacigalupo de Girard, María, El divorcio sin expresión de causa. La necesidad de su inclusión en nuestra legislación, en "La Familia en el nuevo derecho", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p.416; ídem Famá. María Victoria, Nuevas Tendencias Jurisprudenciales en materia de divorcio, "Revista de Derecho de Familia, Nuevas Tendencias en el divorcio", p. 22). Incluso, la realidad cotidiana de los juzgados se describe del modo siguiente: "…simplemente los cónyuges comunican su mutua decisión de poner fin al vínculo matrimonial y el juez les pregunta si han reflexionado bien esta decisión. Una vez labrada el acta, se procede a la fijación de una segunda audiencia que no necesita de la concurrencia personal de los cónyuges como la primera, sino que puede ser suplida por un escrito que ratifique la voluntad de ambos para obtener el divorcio vincular (Cf. Roveda, Eduardo G. y Fredes, Paula, ¿Es inconstitucional el procedimiento para la separación personal o el divorcio vincular por presentación conjunta establecido por el artículo 236 del Código Civil?, "Revista de Derecho de Familia y de

las Personas", Ed. La Ley, N ° 8, p. 87).

Ahora bien, el apartamiento de las previsiones de la norma por parte de quienes la aplican no es motivo suficiente para fundar el reproche constitucional.

En el caso, es necesario determinar si la celebración de las audiencias ante la jueza para explicitar cuáles son los motivos graves que hacen imposible la vida en común sometiéndose a un proceso de conciliación, resulta compatible con el juego armónico del conjunto de derechos constitucionales aquí involucrados y no implica la supresión lisa y llana de tales derechos sin que existan para ello razones constitucionalmente legítimas (artículos 19 y 75, inc. 2, de la CN).

El delicado control que se nos demanda exige realizar una breve referencia a los derechos que se reputan vulnerados, señalando, desde ya, que ambos están comprendidos en el principio de autonomía de la persona y consagrados por los artículos 19 de la CN, 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 11, inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17, inciso 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

El principio de autonomía implica que cada persona mayor de edad, con consentimiento, que posea discernimiento, intención y libertad, puede escoger el que considere el mejor plan de vida para sí misma, con el único límite del daño producido a terceras personas. Sin dudas, el mentado principio es receptado en el artículo 19 de la Constitución Nacional

como uno de los ejes cardinales de nuestro sistema de derechos. Es que, en tanto y en cuanto no se respete la opción de vida elegida por cada individuo, los restantes derechos se verían irremediablemente afectados y minimizados (Cf. Nino, Carlos S., ob.cit. p. 304 y ss.; en idéntico sentido, Sabsay, Daniel Alberto Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho Constitucional, T. I, La Ley, 2010, p. 275).

La Corte Suprema de Justicia tempranamente consagró una interpretación amplia del mentado artículo (Fallos 150:419) que no se mantuvo inalterada en el tiempo pero que fue recobrada con fuerza por a partir de 1983. En dicho período es dable destacar las decisiones adoptadas, el 11/12/1984 en "Ponzetti de Balbín" (Fallos 306:1892), el 29/8/1986 en "Capalbo" (Fallos 308:1392) y "Bazterrica" (Fallos 308:1412), el 27/11/1986, en "Sejean (Fallos: 308-2:2287), entre otros.

Así, la Corte dejó establecido que la Constitución Nacional consagra un sistema de la libertad personal cuyo centro es el Art. 19, que va más allá de garantizar la mera privacidad. En este sistema de libertades confluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 20 y 32, y otros no enumerados, que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (Art. 33). Estos derechos, están asegurados a todos los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las cuales, no obstante, no podrían alterarlos (Art. 28)…" (Fallos 308:2268).

También ha reconocido "un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con clara

visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad, consagrara desde temprano nuestra Constitución, resulta así esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a la que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte igual derecho de los demás, y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria" (Fallos 308:1392).

En su actual composición, el máximo tribunal, se ha enrolado en esta tesis amplia. Así el 21/11/2006, en autos “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia” (Fallos 329:5266), remarcó que el Art. 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona —y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores— y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra norma fundamental”. Posteriormente, el 24/2/2009, en autos “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25873 Dt. 1563/04”, al examinar las comunicaciones a las que se refiere la Ley 25873 y todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes, sostuvo que estas “integran la esfera

de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda "injerencia" o "intromisión" "arbitraria" o "abusiva" en la "vida privada" de los afectados (Cf. Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Art. 11, inc. 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -tratados, ambos, con jerarquía constitucional en los términos del Art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional- y Art. 1071 bis del Código Civil)". Agregando, que "en sentido coincidente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que el poder del Estado para garantizar la seguridad y mantener el orden público no es ilimitado, sino que "su actuación está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho (...) con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma" (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C, N ° 100, caso "Bulacio v. Argentina", sentencia del 18 de septiembre de 2003, ptos. 124 y 125; ver Fallos: 330:3801)".

Luego, el 25/11/2009, en autos: "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n ° 9080" (Fallos 332:1963), retomó la doctrina fijada en "Bazterrica", destacando que el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía promover el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual

derecho de los demás, razón por la cual las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos ni perjudiquen a terceros, aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos —en el caso, consumo de estupefacientes—, quedan, en virtud de la norma constitucional, fuera del ámbito de las prohibiciones legales (del voto del doctor Petracchi, según su voto en "Bazterrica", con especial resalto en las "ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen").

Determinado el contenido del derecho, examinaremos si el procedimiento especial de divorcio por mutuo acuerdo reglado en el artículo 236 del Código Civil, consistente –como se ha descripto- en dos audiencias, las que deberán ser distanciadas por un lapso mínimo de dos meses y máximo de tres que tiene como objetivo que el juez conozca y valore las causas graves que hacen moralmente inviable la vida en común y procure reconciliar a la pareja matrimonial, invade o no la esfera personal que se compone de todas las cuestiones que hacen a la privacidad e intimidad, como lo plantean las partes.

Conceptualmente, corresponde distinguir privacidad de intimidad; la primera se refiere a libertad de realizar acciones que no dañen a terceros; la segunda en cambio se refiere a una esfera de las personas que está exenta del conocimiento generalizado de los demás (Cf. Nino, Carlos, ob. cit. pgs. 327 y ss.) Esta distinción es útil en el examen de las delicadas cuestiones que involucra el caso sometido a examen.

Así, estimamos que, en primer término,

corresponde analizar la previsión infraconstitucional en tanto exige que las parejas matrimoniales que piden de común acuerdo el divorcio manifestando que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, expliciten ante la judicatura cuáles son.

Sin dudas, la norma prevé una invasión a la intimidad de la pareja matrimonial; resta determinar entonces si es arbitraria. Ello, teniendo presente que la Observación n ° 16 del Comité de Derechos Humanos, Derecho a la Intimidad (artículo 17) ha establecido que la expresión "injerencias arbitrarias" puede hacerse extensiva a las injerencias previstas en la ley a fin de garantizar que estén –incluso las legales- en consonancia con las disposiciones, los propósitos y objetivos del Pacto y, sean, en todo caso, razonables en las circunstancias del caso.

En tal orden de ideas, es útil indagar cuál es el propósito que se persigue con la aplicación de la norma y si este es legítimo. La respuesta al primer interrogante surge del propio texto: la pareja matrimonial debe explicitar ante el juez, los motivos graves que hacen moralmente imposible la vida en común para que este determine si son suficientemente graves para disolver el vínculo matrimonial.

Claramente, la norma faculta a los jueces y juezas a no hacer lugar a la demanda de divorcio, por considerar que los motivos aducidos por las partes no son suficientemente graves (Cf. Bacigalupo de Girard, María, ob.cit.)

Ergo el objetivo de la norma no es legítimo porque consagra la posibilidad de oponerse a la libre elección efectuada por dos personas capaces y adultas respecto a su vida íntima familiar. Huelga

señalar que las causas concretas por las cuales los cónyuges han decidido solicitar su separación personal o su divorcio vincular por la vía del artículo 236 del Código Civil no pueden ser encuadradas como cuestiones que afecten el orden, la moral pública o los derechos ajenos (Cf. Mattera, Marta del Rosario, El juez frente al divorcio: respeto por la autonomía y privacidad de los cónyuges, en "Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N ° 16, ps. 83 y ss.).

Insistimos, no existen razones legítimas que justifiquen la explicitación de las causas concretas que hacen moralmente imposible la vida en común, para que la autoridad estatal valore si son suficientemente graves para fundar la elección de la pareja de divorciarse.

La modalidad de la doble audiencia que prevé la ley es merecedora de similares reproches. La finalidad explícita del régimen legal es la conciliación del matrimonio. La razón de la interferencia es revertir una decisión adoptada libremente por los cónyuges que no causa daño a terceros. No cabe duda, entonces, que es reprochable constitucionalmente porque interfiere con la libre elección del plan de vida de dos personas adultas, plenamente capaces y debidamente asesoradas respecto al alcance jurídico de sus decisiones.

Repárese que el procedimiento en crisis no está proyectado para ayudar a que la pareja elija libremente su plan de vida, sino que lisa y llanamente ha sido reglado para revertir una decisión libremente adoptada.

El diseño procura evitar que se concrete

el divorcio o la separación; para ello obliga a la pareja a someterse a un proceso de reconciliación que el propio juez o jueza debe instar. La doble audiencia tiene sentido en dicho marco, ya que es la materialización de un período de reflexión de la pareja para lograr la conciliación.

Huelga señalar que tampoco existe razón alguna o interés social o público que puede invocarse para interferir en la elección de estas dos personas adultas que han decidido poner fin a su matrimonio, invocando la existencia de causales graves que hacen moralmente imposible la vida en común.

Esta puntual invocación no permite argüir la consagración de un modo de divorcio –sin causa- no previsto por el legislador que nos obligaría a examinar la previsión del artículo 230 del Cód. Civil.

Es claro que el legislador al ejercer las potestades normativas que en materia de disolución del matrimonio tiene, está condicionado a lo que prevé expresamente la Constitución. Y, aquí y ahora, queda demostrado que la norma cuya inconstitucionalidad se ha demandado, es merecedora de tal reproche.

Ante la realidad de la ruptura conyugal, el legislador no puede imponer la indisolubilidad del vínculo matrimonial, como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los citados autos “Sejean”. La actual evolución del derecho a la privacidad y a la intimidad, nos permite afirmar que tampoco puede inmiscuirse en el fuero íntimo de los miembros de una pareja a través de la valoración de las causales que los ha motivado a presentarse de común acuerdo a solicitar el divorcio y procurar revertir esa

decisión.

Por las razones expuestas, concluimos que corresponde declarar la inconstitucionalidad del procedimiento especial reglado por el artículo 236 del Código Civil en cuanto obliga a precisar ante el juez cuáles son los motivos graves que las partes alegan para su separación y/o divorcio, estatuyendo un régimen de doble audiencia que tienen por finalidad revertir la decisión exteriorizada de común acuerdo por la pareja.

La decisión que adoptamos no debe ser entendida como limitante de la potestad de la jueza de fijar audiencia a los fines que estime pertinentes en el marco de este divorcio. Esa facultad -fijar audiencia- rige en todos los procesos y especialmente en los de familia; por lo tanto puede y debe ser ejercida en los procesos de divorcio en los que se considere necesario; claro está que no con el fin de revertir la decisión de la pareja de divorciarse, sino en función de los motivos justificados que cada caso presente, conforme valoración de cada juez o jueza (acuerdos en relación a los hijos e hijas, relativos a la sociedad conyugal, etc.).

En este estado el Dr. Alexandre dice:

Ante el planteamiento de inconstitucionalidad del Art. 236 del C. C. cabe hacerse los siguientes interrogantes ¿el magistrado puede arrogarse la facultad de legislador? ¿Pueden los cónyuges en uso de la autonomía de la voluntad renunciar a concurrir a las dos audiencias del Art. 236? ¿Afecta al orden público? ¿Existe colisión entre la norma civil y la Constitución Nacional que amerite a la “última ratio” de la declaración de inconstitucionalidad?

El régimen legal vigente desde la sanción de la Ley 23515 que modificara sustancialmente el régimen legal aplicable al matrimonio, estableció alternativas a la opción de los cónyuges luego de transcurridos determinados períodos de tiempo. Así, en su todo orgánico, los arts. 202, 203, 204 y 205 para la Separación Personal y arts. 214, 215 y 216 en su juego orgánico constituyen los ejes sobre los que giran las concretas posibilidades de los cónyuges establecidas por la ley.

No puedo dejar de soslayar la verdadera evolución en la consideración de los derechos individuales y familiares que significó la sanción de dicha ley para el derecho argentino, al receptar la posibilidad de las personas de lograr mediante el divorcio vincular la realización de proyectos de vida personales, familiares sin ligaduras a normas que implicaban un supuesto orden público.

La finalidad de la consagración legislativa del divorcio-remedio no ha sido otra que desdramatizar en el ámbito judicial los juicios de divorcio, tratando de apoyar a la familia en crisis para que las heridas sean lo menos dolorosamente posibles.

La familia es una institución social y, por ende, enmarcada en las realidades y susceptible de observar movimientos, crisis y demás mutaciones al igual que otros institutos inmersos en la sociedad, siendo esta "vinculación con la realidad social" una de las características principales del derecho de familia (Méndez Costa María Josefa y D'Antonio Daniel Hugo, "Derecho de Familia", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, Tomo I , Pág. 43).

No obstante este avance, la vida conyugal y todos los vínculos, derechos y deberes que surgen de tal institución se encuentran en pleno movimiento, sumándose la incorporación –a partir del año 1994- de un bloque de constitucionalidad empapado de reconocimiento de derechos humanos. Vale decir, la base, el piso del orden público familiar no se muestra estático, sino todo lo contrario.

No me caben dudas que han pasado muchos años desde la sanción de dicha ley y nuestro ordenamiento jurídico se ha quedado a mitad de camino, pues todavía no ha dado respuesta a los cambios sociales y culturales que se vienen dando dentro de los nuevos paradigmas familiares, a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derecho Humanos.

Por ello, las permanentes modificaciones que surgen de estas relaciones hacen del derecho de familia un derecho dinámico, que debe siempre acompañar los avances y/o modificaciones que se susciten. Es así que el derecho en general, pero principalmente el derecho de familia, deberá observar constantemente la evolución que se produce en las relaciones familiares interpersonales con un doble prisma, el sociológico-antropológico en relación a un lugar e idiosincrasia determinados y el casuístico, es decir, las particularidades concretas del caso que nos llama a resolver.

Y si bien admito la necesidad de repensar el instituto adecuándolo a las nuevas necesidades sociales y a las corrientes doctrinales y jurisprudenciales que alientan el cambio legislativo, no es función del juez corregir las leyes, ni es

función juzgar la conveniencia de ellas, sin perjuicio del derecho de dejar a salvo mi opinión en esta sentencia.

Es que el Estado impone leyes, las cuales van avanzando -o no- conforme los sentimientos y necesidades de la sociedad y es en la ley donde se receptan esos cambios; dado que son los legisladores quienes representan la voluntad del cuerpo social organizado.

El ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces —ha dicho la Corte desde Fallos: 308:1848— no incluye, obviamente, la facultad de instituir la ley misma, siendo entonces la misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes (Fallos: 311:2553 (LA LEY, 1989-B, 551), Consid. 11 (1988); 319:2617 (1996), entre muchos otros).

Es útil recordar que es exclusiva atribución del Congreso, como ejercicio propio de su función específica, el dictar, modificar o derogar las leyes y sólo a él le pertenece la decisión acerca de la oportunidad de hacerlo.

Despojar al Congreso de sus atribuciones soberanas, abriría una herida profunda al sistema republicano, y crearía un desatinado ejemplo de activismo judicial, sirviéndose de la Constitución en la obliteración de normas legales vigentes, al solo efecto de imponer un criterio doctrinario de pertinencia de unos pocos.

Esto implica que no corresponde a los jueces sustituir al legislador en esa labor porque el

control de constitucionalidad que incumbe a los tribunales no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por aquel en el ámbito propio de sus atribuciones, debiendo el juez aplicar la norma tal como se la concibió y en modo alguno sobre la base de un posible resultado porque ello importa una valoración en mérito a un factor extraño a la ley (Fallos: 297:201 (1977).

No puede el juez sostener la inconstitucionalidad de la ley por la aplicación de plazos o por el deber de concurrir a audiencias dispuesta por ella, ni por la posible evolución o variación de las circunstancias sociales a partir de su dictado porque esa es una cuestión que excede el marco de sus atribuciones no pudiendo analizar su razonabilidad, sino en el ámbito de las previsiones en ella contenidas, ni despreciar las modalidades especiales para el ejercicio de los derechos consagrados en los códigos de fondo (Cf. arts. 32, inc. 2 y 29, inc. "C", Convención Americana; Corte Interamericana de Derechos Humanos: Casos "Claude Reyes vs. Chile", Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, párrs. 89 y 91; "Ricardo Canese vs. Paraguay", Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, Párr. 117; "Palamara Iribarne vs. Chile", Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, Párr. 88; voto concurrente del juez García Ramírez en "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Sentencia del 2 de julio de 2004 (LA LEY 2002-C, 229), Serie C, No. 107, Párr. 8; y "La Colegiación obligatoria de periodistas" Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, Párr. 42, entre muchos otros. Cf., asimismo, AGUIAR, Asdrúbal, “El derecho a la democracia

en la jurisprudencia interamericana", discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 12 de octubre de 2006, p. 12 (inédito aún, el autor de este ensayo agradece al exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el acercamiento del trabajo citado).

Es ineludible que el control de constitucionalidad que cumplen los órganos judiciales no incluye, entonces, el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en virtud de sus facultades propias, por lo cual el papel que en la elaboración del derecho se asigna a los jueces como voceros de interpretación y aplicación de la ley tiene como límite que sus sentencias se encuentren sustentadas de manera objetiva y seria, pues las que traducen posturas subjetivas del juez no son vividas como jurídicas.

El acatamiento que la interpretación judicial debe a la letra y al espíritu de la ley tiene su fundamento en la objetividad con la cual la interpretación se debe formular por el juez (Cf. BADENI, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", T. I, núm. 54, p. 101, Bs. As., La Ley, 2004.

Las memoradas decisiones de la Corte Suprema de Justicia conducen al dogma de que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de cualquiera de sus partes, es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última razón del orden jurídico (Cf. Fallos: 251:155 (1961); 257:275 (1963) entre otros. "El terreno de las conveniencias —tiene dicho la Corte desde Fallos: 23:37— es extraño al Poder Judicial, estando limitadas sus facultades a aplicar las leyes y reglamentos, con

tal de que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución".

No hay obstáculo para que los derechos que consagra la Constitución Nacional sean sometidos a restricción razonable, de manera que la atribución dada al Congreso para dictar el Código Civil involucra la de regular el matrimonio civil, sus efectos personales y patrimoniales, los modos de disolución y sus condiciones, porque el derecho a casarse es un derecho sujeto a la reglamentación del órgano legislativo aunque no lo puede variar en su esencia, lo cual impone la inalterabilidad de los derechos subjetivos reconocidos por el derecho objetivo mientras no se modifique la ley, máxime en el caso donde no aparece alteración alguna en la aplicación de la ley, a la cual se sometieron las partes voluntariamente en la oportunidad de celebrar su matrimonio quedando sujetos al estatuto impuesto por ella.

Si bien entiendo la consolidación del respeto a la autonomía de la voluntad de los esposos y el compromiso con la familia en crisis, las atribuciones concedidas a los magistrados deben siempre ejercerse dentro de la discrecionalidad limitada que las leyes les otorgan para decidir (CSJN, ED 66-409). Por ello, resulta improponible plantear una cuestión cuya pretensión no está contemplada en la normativa vigente (Cf. Solari, Néstor E., en “La exigencia del plazo en la separación de hecho”, publicado en: LL Litoral 2007 (mayo), 399; Diegues, Jorge Alberto, en su trabajo “Cuando el activismo judicial desactiva la Constitución” Publicado en: LA LEY 19/02/2008, 3; Carlos H. Vidal Taquini en El divorcio versus la Constitución Nacional, Publicado en: LA LEY 2007-B,

649).

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

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

Para la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, es absolutamente indispensable que el interesado demuestre que el derecho amparado por la Constitución se encuentre restringido y contrariado por la ley que objeta con mengua irreparable, de manera que cabe el interrogante si el Art. 236 del Cód. Civil, vulnera algún derecho fundamental que lo haga posible de semejante sanción.

Los habitantes de la Nación tienen el derecho a casarse, a no casarse, a separarse y/o divorciarse y volverse a casar, pero tales derechos están debidamente reglamentados y, para el caso de divorcio vincular por presentación conjunta –como el solicitado por los cónyuges- el legislador consideró que el juez debía llamar a los esposos a una audiencia para oír a la partes y procurar conciliarlas y si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia.

La fijación de las dos audiencias conciliatorias establecidas en la normativa de fondo contemplado por el Art. 236 del C. C. no puede entenderse como violatoria de derecho constitucional alguno y no importa una reglamentación irrazonable que merezca cuestionamiento en tal sentido.

Ello cae indefectiblemente en el ámbito de la reglamentación de los derechos que en todo el orden constitucional es, como dijimos, atributo del Congreso quien legisla para todos en función del Art. 16 de la Constitución, manteniendo la igualdad de tratamiento para todos los habitantes que se encuentran en la misma situación; por lo cual, cuando arbitrariamente para un caso particular nos apartamos de la aplicación de la ley estamos violando la Constitución Nacional porque se rompe la igualdad.

Reitero que, más allá de lo que pueda parecerle al recurrente injustificado, lo cierto es que la fijación de las dos audiencias para el divorcio vincular por presentación conjunta, ha sido decidida por el legislador y es solución que el órgano jurisdiccional no puede sino aplicar.

Hay una reglamentación legal que tanto es formal por ser acto del legislador, como sustantiva y material al traducirse en normas de carácter general e impersonal y, en consecuencia, objetiva y abstracta, que considera y trata igualmente a los iguales en el ámbito de una política legislativa tendiente a asegurar los derechos y garantías, cuya modificación sólo a él le corresponde para conceder, mejorar o suspender los derechos subjetivos familiares. No es función del juez. (Fallos: 308: 2268 (1986) (LA LEY, XLVI-E, 648).

Ahondando el tema, comparto la opinión de Pedro Di Lella cuando señala que: "…las nuevas corrientes que insuflan, afortunadamente, al derecho de familia no deben hacer perder el rumbo respecto de la función de la ley y la importancia de las instituciones".

"Las personas que contraen matrimonio deben hacerlo a sabiendas de que la unión que contraen es importante para la ley y para la sociedad y no es igual que ir al kiosco a comprar un caramelo, o que planear una semana de diversión".

"Un hombre y una mujer adultos son dueños de organizar pasar una semana o un mes juntos donde les plazca, esto no es lo mismo que celebrar matrimonio, quienes lo hacen realizan un acto cuyo alcance y consecuencia está previsto por la ley, porque esta lo considera lo suficientemente importante para arrogarse su regulación".

"Quien desea no casarse tiene todo el derecho de no hacerlo, quien quiere vivir en concubinato, tiene el derecho de hacerlo y de ponerle fin cuándo y cómo quiera, y no he leído doctrina alguna respecto de que romper la unión concubinaria deba tener

consecuencias jurídicas, ni aún cuando haya hijos y la ruptura de la unión de hecho pudiera tener consecuencias para ellos".

"Pero quien contrae matrimonio encuentra regulaciones tendientes, entre otras, a garantizar que los que lo hacen sepan que asumen ciertas consecuencias y que no es posible casarse y "descasarse" libremente y como mejor plazca".

"La autonomía de la voluntad que se invoca es un argumento más efectista que real. Si bien es cierto que la voluntad de los cónyuges tiene hoy una importancia que no tenía décadas atrás, ello no quiere decir que sea ni exigencia constitucional ni siquiera simplemente bueno que todo el derecho matrimonial quede librado a la libérrima voluntad de quienes a tal institución se acogieron".

"Basta para demostrarlo utilizar la "reducción al absurdo" a que eran afectos los griegos y preguntarnos no sólo por el motivo de intervención de los jueces a que "supra" hice referencia, sino incluso por qué si un hombre y tres mujeres o una mujer y tres hombres deciden casarse entre sí, se les deberá impedir. ¿Acaso no debe prevalecer la autonomía de la voluntad?"

"Que la ley debe ser modificada es, a mi juicio, exacto, de allí a su declaración de inconstitucionalidad hay una brecha que no puede traspasarse sin poner en riesgo el sistema normativo en su conjunto" (ver "La diferencia entre inconstitucionalidad y opiniones personales a propósito del divorcio", por Di Lella, Pedro, 21-mar-2007, cita: MJ-DOC-3111-AR, MJD 3111).

Vale también tener el cuenta la

prudencia recomendada por Eduardo A. Sambrizzi ante estos planteos, a los fines de superar la barrera impuesta por el art. 230 CCiv., cuya inconstitucionalidad no fue solicitada (ver elDial.com - DC1428, publicado el 01/09/2010).

Al no desconocer la norma algún derecho fundamental, no surge la cuestión federal que requiere indefectiblemente que se exteriorice un conflicto entre una disposición constitucional y una regla jurídica o acto emanado de los poderes constituidos con el efecto que el precepto inferior viole al que le es superior.

Nuevamente señalo que la función del juez es interpretar la ley, que consiste en determinar el verdadero sentido del contenido de la regla dictada, por ser el juez la máxima autoridad de aplicación de la ley, quien debe resolver siempre según la ley dado que no le está permitido juzgar su valor intrínseco o conveniencia en relación al caso que decide.

Tal inhibición del juez acerca del modo en que se ha reglamentado la institución del matrimonio civil no importa abdicar facultades propias del órgano jurisdiccional, sino el respeto y balance del equilibrio de poderes.

Lo contrario importa invadir la esfera del legislador o desvirtuar el propósito del mismo y llegar por vía de interpretación a un fin no querido por aquel. El juez debe aplicar la ley prescindiendo de sus opiniones sujetivas, pues su mandato es judicial y no legislativo, por lo cual insistimos que el papel que incumbe a los jueces en la elaboración del derecho no llega a la facultad de instituir la ley misma, de manera que no puede atribuirse facultades legislativas de las que carecen ni crear el derecho.

Conforme lo expuesto, doctrina y jurisprudencia citada y régimen legal vigente, ha de rechazarse el recurso de apelación interpuesto a fs. 19 y confirmar la resolución de fs. 13/18.

**III**. Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado por aplicación del criterio rector en la materia objeto de la litis, desde que existe razón válida para litigar. Los honorarios de los letrados intervinientes, se regularán de conformidad a las pautas generales contenidas en la Ley XIII N ° 4.

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, con la disidencia del Dr. Alexandre,

**RESUELVE**:

**1)** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de R. G. C. de fs. 19, determinar abstracta la inconstitucionalidad del Art. 215 del C. C. y, declarar la inconstitucionalidad del procedimiento de doble audiencia de conciliación reglado por el Art. 236 del Código Civil.

**2)** Ordenar que la causa continúe según su estado.

**3)** Costas de la Alzada en el orden causado, regulando los honorarios profesionales de las Dras. M. A. C. y V. A. R., conjuntamente, en la suma de PESOS DOSCIENTOS ($200).

**4)** Tener presente la reserva del caso federal de fs. 33.

**5)** Regístrese y notifíquese y devuélvase.

**REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2011**
**DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS**