



226402068004090501

N° de orden Sent.:

Folio Sent.:

Libro S- 13

Juzgado de origen: Juzgado de Familia Nro.

1 Mercedes

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 15 días del mes de octubre del año dos mil catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces de la Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes, Provincia de Buenos Aires, Dres. **CARLOS ALBERTO VIOLINI y LUIS MARÍA NOLFI**, con la presencia del señor secretario actuante, para dictar sentencia en el **Expediente nº 2635**, en autos caratulados: **"P. M. V. C/ M. D. J. /DIVORCIO CONTRADICTORIO".-**

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal.

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. **16/21 vta.**?

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Luis María Nolfi y Carlos Alberto Violini.

Luego de sucesivos trámites, incluido el llamamiento de "autos para sentencia", tras el sorteo, este expediente quedó en condiciones de ser votado.

VOTACIÓN:

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Sr. Juez Dr. Luis María Nolfi dijo:

1.- El presente proceso de divorcio vincular es promovido conjuntamente por la señora M. V. P. y el señor D. J. M. (fs. 5).

En la audiencia dispuesta a fs. 9 primer párrafo y celebrada el 3 de febrero del corriente año ambas partes solicitan su divorcio vincular en los términos del artículo 215 del C. Civ., declaran que han transcurrido diecisiete años de la celebración del matrimonio y alegan causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común.

A continuación y en referencia al trámite de las actuaciones solicitan que se decrete la inconstitucionalidad del artículo 236 del Código Civil en sus dos últimos párrafos en cuanto impone la realización de las dos audiencias por considerarlas violatorias del artículo 19 de la Constitución Nacional.

En el último párrafo de la resolución de fs. 12 la magistrada corre vista al Ministerio Público Fiscal, expidiéndose su representante a fs. 13/14 vta.

2.- Dicha representación esencialmente sostiene:

-Que la naturaleza de las dos audiencias es de orden público.

-Que para la procedencia del divorcio por mutuo consentimiento, una de las condiciones es que ambos esposos manifiesten que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común.

-Que se puede invocar cualquier causa sin necesidad de atenerse a las expresadas en el artículo 202 del Código Civil.

-Que dichas causas deben ser expresadas en forma reservada ante el Juez.

-Que no serán objeto de prueba pero servirán de apoyo a la decisión judicial.

-Que el pronunciamiento se sustentará en las causas graves y no en el acuerdo separatista.

-Que en la presentación conjunta la función que desempeñan los jueces no se circunscribe a hacer cumplir el orden del procedimiento estructurado y a homologar lo resuelto entre las partes a fin de hacer cesar más serio y formal el acuerdo, sino que tiene verdaderas facultades decisorias ya que pueden negarse a admitir el pedido cuando en el caso concreto, según su ponderación soberana no se den los graves motivos requeridos por la ley para volver insoportable la convivencia.

Reseña, en el epílogo del dictamen, los fundamentos de un pronunciamiento de esta Sala en los autos “Gómez , Susana Carolina c/ Morales, Matías Manuel s/ Div. Art. 215 del C. Civ”, de junio de 2012 en el que básicamente se afirmó la inderogabilidad - por razones de orden público- de las previsiones que diseñan el sistema matrimonial en el derecho civil

argentino, entre ellas las que estructuran los recaudos para su disolución.

3.- La magistrada de grado a fs. 16/21 vta. decide declarar la inconstitucionalidad del trámite y de la finalidad del artículo 236 del Código Civil por afectar los arts. 14 bis, 16, 19, 28, 31, 33, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; los arts. 3, 7 y 12 de la D.U.D.H; los arts. 7,11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y los arts. 9 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, por tanto, prescindir del sistema de audiencias reglamentado por esa norma.

Los argumentos de apoyo son los que, a grandes trazos, se reproducen a continuación:

-Que la Carta Magna impone que todos los jueces de la Nación y en la totalidad de los casos traídos a su conocimiento deben efectuar el debido control de constitucionalidad, razonabilidad y convencionalidad de la normativa aplicable.

-Que el Máximo Tribunal en el reciente fallo “Rodríguez Pereyra y otra c/ Ejercito Argentino s/ Daños y Perjuicios” remarcó la obligatoriedad de los jueces de efectuar también el llamado control de convencionalidad, como consecuencia ineludible de la reforma constitucional de 1994.

-Que se remarcó que deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos.

-Que el artículo 236 en su anteúltimo y último párrafo establece que el Juez convocará a las partes a dos

audiencias, la primera de ellas con carácter conciliatorio, donde los esposos expondrán los motivos que originaron su petición, y el juez los instará a un avenimiento, y la segunda a efectos de que los cónyuges manifiesten personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación.

- Que el artículo 236 del Código Civil colisiona con los principios establecidos en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que establece la libertad de intimidad de las personas la que consiste en los aspectos personales y reservados de la existencia del hombre, que por estar marginados de la relación social, no pueden ser objeto de intromisión del Estado o de los particulares sin el consentimiento del titular de aquella (se cita la obra de Gregorio Badeni, “Instituciones de Derecho Constitucional”, Tomo I, Ed. Ad Hoc, 2000, pág. 301).

-Que la Corte en el caso “Bahamondez” sostuvo que ese precepto constitucional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, en cuanto le es propio.

-Que la exigencia de la doble audiencia y el plazo de espera entre ellas, vulnera la libertad de las partes, pues implica una intromisión arbitraria a la intimidad y libertad de dos personas adultas, debidamente asesoradas que han decidido divorciarse de manera madura, sin los albores típicos que se presentan en un proceso contradictorio, evitando sumar mayor tensión a la crisis matrimonial.

-Que la misión encomendada al Juez de evaluar las causas por las que los cónyuges deciden divorciarse,

motivarlos a una reconciliación, y darles un plazo para que mediten su decisión, constituye una verdadera intromisión del Estado en la esfera íntima de las partes, invadiendo su privacidad y su autonomía personal, no superando tampoco el control de convencionalidad, por cuanto vulnera el derecho a la libertad consagrado en los artículos 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; I de la Declaración Americana de Derechos Humanos; 7.1 del Pacto de San José de Costa Rica, y 9.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el derecho a su intimidad y vida privada, garantizados en los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos Humanos, 11.1 y 11.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

-Que también se conculcan el derecho a la protección familiar y el principio de igualdad y no discriminación regulados por los artículos 14 bis y 16 de la Constitución Nacional, arts. 2º de la DUDH, 16 del Pacto de San José de Costa Rica y 22.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

-Que no es correcto identificar a la familia solo con el matrimonio, pues todas las nociones de familia deben ser reconocidas y garantizadas.

-Que no reconocerles a los cónyuges la simple y única manifestación de su voluntad de no seguir vinculados y obligarlos a que mediten su postura en amparo de la mentada protección familiar, resulta contrario a la interpretación que debe realizarse del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y a los

principios convencionales fijados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17 y concordantes).

-Que el derecho a la igualdad y a la no discriminación (arts. 16 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) se encuentra comprometidos en autos, en virtud de la exigencia de invocación de causas graves y el plazo de reflexión consagrados en el artículo 236 del C. Civ. no son requisitos exigidos en aquellos matrimonios que invocan causales subjetivas (art. 202 del C. Civ.), o que sustentan su posición en la causal objetiva de separación de hecho (art. 204 y 214 del C. Civ.).

-Que mantener esta dualidad del divorcio-sanción y divorcio-remedio atenta contra el principio de igualdad pues una misma situación fáctica se aborda de manera diferente.

-Que el principio de orden público familiar que se impone como límite a la voluntad de las partes en resguardo del interés común no se presenta como una directriz razonable en el caso.

4.-María V. Penovi consiente el pronunciamiento (v. fs. 27)) solo objetando por bajo el monto de sus honorarios el doctor Fitzsimons (v. fs. 28).

5.- Apelado el decisorio antes descripto por el Ministerio Público Fiscal (fs. 29), se expresa la crítica a fs. 31/32 vta.

Los argumentos del apelante son sintéticamente estos:

-Que el artículo 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que la familia es el núcleo

primario y fundamental de la sociedad, principio del cual deriva otro; que las normas de derecho de familia son de orden público.

-Que el matrimonio resulta la institución fundacional de la familia.

-Que el Código Civil indica que no existe separación personal o divorcio sin que exista causa cierta y real en la que deba fundarse.

-Que aún en la presentación conjunta, la causa debe ser expuesta y luego tomada por el Juzgador aunque quede en reserva y no se asiente en el acta.

-Que la intimidad cede ante el interés público.

-Que no es violatorio de garantía constitucional alguna el intento de conciliación, el período de reflexión, que no tiene otra finalidad que procurar que los cónyuges se tomen un tiempo, a fin de evitar rupturas apresuradas.

-Cita un pronunciamiento de esta Sala que afirma el pensamiento que sostiene el Ministerio Público Fiscal.

6.- A fs. 35/36 contesta los agravios el letrado patrocinante de la Sra. Penovi invocando el artículo 48 del rito. Los argumentos para refutar los agravios del Fiscal no se apoyan tanto en la motivación sentencial sino que se centran en motivaciones de distancia, de preservación de los valores de tranquilidad, seguridad y la propia vida. Sí se reafirma que ambas partes fueron quienes coincidieron en pedir y luego consintieron el pronunciamiento debidamente asesoradas.

7.- A fs. 43 el señor Fiscal General Adjunto sostiene el recurso y los argumentos desarrollados por el Fiscal apelante.

8.- LA SOLUCION .

8.1- Esta Sala se expidió en varias oportunidades y sostuvo básicamente la preeminencia del orden público en el sistema que el derecho civil argentino instauró para regular las relaciones de familia. Por tanto, rechazó los pedidos de inconstitucionalidad (v. causas 2411, 2412 y 2413 del 6 de febrero de 2014 y 2467 del 19 de marzo de 2014), abriendo paso en punto al artículo 215 del C. Civ. en un precedente, mencionado por la magistrada anterior, en consideración a las excepcionales circunstancias fácticas de aquel sub lite, declarando irrazonable la exigencia del plazo de tres años antigüedad en el matrimonio como presupuesto para el distracto. (v. causa nro. 1574 del 16 de mayo de 2012).

8.2.- La mayoría de las proyecciones del pensamiento individual pueden ser repensadas, reexaminadas, y en ese devenir, ratificadas, modificadas o derechamente revocadas. En este escenario; aquí y ahora, mi observación y pensar sobre la temática traída varia.

La vida y en general ninguno de los quehaceres humanos tiene relaciones no siempre susceptibles de división en compartimientos inflexibles; los moldes se expanden y se contraen. (“Cardozo, el Filósofo “Un retrato del juez norteamericano Benjamín Cardozo, fallecido en 1938”, J.A. t. 64, doctrina, p. 33 y ss.).

Todo jurista debe estar poseído del sentimiento de la justicia, es decir, de esa sensibilidad especial que genera la protesta en nuestra conciencia ante el abuso, la arbitrariedad, o ante la violación del Derecho. Pero para que ese sentido de

justicia se enriquezca progresivamente, es menester que el jurista no pierda el plano de sustentación de la realidad social.

Nada de lo humano debe serle ajeno. (confr. “La formación espiritual del jurista”, por Víctor Modesto Villavicencio, J.A. 1949-II-pág. 112 y ss).

Incluso, una norma de derecho puede revestir de todos los elementos materiales y formales para su validez y para su regular aplicación. Puede haber sido dictada por el órgano competente y, en consecuencia, absoluta a las normas generales a las cuales debe subordinarse. Y, sin embargo, un hombre cualquiera de la comunidad, aunque ignore el derecho escrito, aunque desconozca la letra de los códigos, puede volverse pronto juez de jueces y legisladores y gritar la injusticia. (confr. “ La justicia y el fundamento intrínseco del Derecho”, por Hector Negri, en J.A.-1965-I,Doctrina, pág. 11 y ss .)

8-3.- El caso presenta la particularidad de que surge de la expresa petición de las partes la pretensión de divorciarse conforme lo acuerda el artículo 215 del C. Civ. prescindiendo del sistema de audiencias que prevé el artículo 236 del C. Civ. en su parte final.

El distinguido jusfilósofo y magistrado, Dr Tomas Casares enseñaba: “Una magistratura judicial sabiamente organizada, obligada a aplicar sin recurso alguno leyes inicuas, no afianza la justicia sino la iniquidad” (v. “Sobre la función de los jueces y los valores jurídicos” por Hector Hernandez (h), en ED. 1978-I- pág. 743 y ss.)

En esta realidad que se integra con cada existencia humana ante el Derecho, la perspectiva existencial del

orden jurídico y la primacía de las necesidades subjetivas, convergen como paradigmas que me atraviesan y sostendrán los argumentos que siguen.

8-4.- Las constancias obrantes en estos autos iniciados el 8 de octubre de 2013 (v. fs. 5 vta.) revelan que las partes contrajeron matrimonio el 31 de enero de 1997, en Norberto de La Riestra, Partido de Veinticinco de Mayo (ver fojas 1), razón por la cual a la fecha en que promovieron su pretensión de divorcio por presentación conjunta en los términos del artículo 215 del cód. civil (ver fojas 11.) estaba cumplido el plazo de tres años exigido por la ley para admitir tal petición.

La sentencia declara la inconstitucionalidad del sistema de audiencias previsto por el artículo 236 y decreta el divorcio vincular en los términos del artículo 215 del C. Civ.

El Ministerio Publico Fiscal se agravia de tal decisión y son sus fundamentos dorsales los que sintéticamente expuse.

9.- La Constitución Federal, ley escrita, codificada y rígida, se distingue, por su origen, de las leyes ordinarias por ser producto del poder constituyente originario. Las otras normas se originan en actos del Poder Legislativo, uno de los poderes constituidos que la propia constitución consagra. El principio está expresamente consagrado en el art. 31 CN. y su fuente es el art. VI cláusula 2º de la Constitución de EEUU .

Al observar nuestro Estado una estructura federal y existir dos órdenes jurídicos distintos, la supremacía constitucional debe cubrir ambos aspectos. Del art. 31 de la Constitución Nacional que consagra expresamente el "Principio

de Supremacía" surge que el orden jurídico federal tiene preeminencia sobre el provincial, que la Constitución junto con el derecho federal prevalecen sobre el derecho provincial y que se determina la superioridad jerárquica de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico federal y provincial.

Ahora bien, con sustento en la teoría de la evitabilidad, la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional y por ello debe ser considerado como "última ratio" del orden jurídico. Dicha declaración debe reservarse sólo para aquellos casos en que la "repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. En efecto, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un Poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *ultima ratio* que debe evitarse, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, por lo cual, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad.

La Suprema Corte convalida esta tesis y dice que constituye la mas delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de gravedad institucional que debe considerarse como ultima ratio de orden jurídico (SCBA L. 45582 del 02-04-91, "Facin, Jorge Luis c/ John Wyeth Laboratorios s/ Indemnización" pub. DJBA

tomo 142, p. 113). En razón de ello es requisito indispensable para la suficiencia de una impugnación de carácter constitucional la exposición del modo en que la norma cuestionada quebrantaría las cláusulas constitucionales invocadas (Conf. SCBA - I - 1246 del 07-06-88, "Ondarcuhu." Ac y Sent. tomo 1988-II p. 403).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación modificó la tesis tradicional del control de constitucionalidad a partir del caso "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corrientes", admitiendo expresamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio (cfr. "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corrientes", Fallos 324:3219 (2001), La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 30 de noviembre de 2001, con nota de Bestard, Ana María, " El caso "Mill de Pereyra" y la declaración de inconstitucionalidad de oficio"). La controversia trataba acerca de la actualización de las remuneraciones de los jueces provinciales. La tesis mayoritaria fue sostenida por los Dres. Fayt, Belluscio, Vazquez, Boggiano, Lopez, Bossert, (v. Gelli, María Angelica "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad", La Ley, del 16 de marzo de 2011).

Resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" (confr. casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña" y "Gomes Lund y otros" 88 CIDH *in re* "Gomes Lund y otros ('Guerrilha do

Araguaia') vs. Brasil" (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176.).

Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto, en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes, así como sus planteos argumentales, los que debe poner de manifiesto tal situación.

En este sentido, se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera.

En la parte final del considerando 13 del fallo "Rodríguez Pereyra" del 27 de noviembre de 2012 se dispone que el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio para los jueces, no se establece en forma obligatoria, sino optativa a dicha atribución judicial. Aunque ello no parece correcto, atento a que el mismo art. 116 de la Constitución Nacional establece que le corresponde a la Corte y a los tribunales inferiores el conocimiento y la decisión de todas las

causas que versen sobre puntos regidos en la Constitución Nacional; de una simple interpretación, vemos que la palabra “corresponde” que utiliza la Constitución no es facultativa sino imperativa, pues entonces la atribución de efectuar el control de constitucionalidad no resulta optativa sino obligatoria para todos los jueces.

Mucho antes de los pronunciamientos precitados, la Corte Suprema aceptó que los tribunales Superiores de Justicia de Provincia declaren la inconstitucionalidad de oficio de normas locales por oponerse a la Constitución provincial, si en las cartas magnas provinciales se ha contemplado la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio (CSJN, 13/09/88, “Fernández Valdez, Manuel G s/ contencioso-administrativo de plena jurisdicción c. Decreto 1376 del Poder Ejecutivo Provincial. ED 130-461).

En todos los casos claramente dejó establecido que las decisiones que declaran la inconstitucionalidad no tienen efectos derogatorios de la norma tachada de inconstitucionalidad, sino sólo producen efectos inter-partes.

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido respecto del control de convencionalidad *ex officio*, añadiendo que en dicha tarea los jueces y los órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso “Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina”, del 29 de noviembre de 2011).

9-1.- Con agudeza Juan Francisco Linares señalaba sobre el control por interpretación que “cuando el juez decide el caso y máxime si la cuestión le es planteada por las partes, debe no sólo aplicar la ley que directamente contempla el caso, sino también la Constitución y en general todo el orden jurídico” (J.A., 1961-II, p. 94, su cita en “L.A.C y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro “, Suprema Corte de Justicia, sentencia del 16 de mayo de 2007, del voto del dr. De Lázzari). Es acertado afirmar entonces que el enfoque de la interpretación constitucional requiere la conciencia de la función creadora de los jueces, que además devela la terrible y excelsa grandeza de su responsabilidad en el destino de la Constitución que aplican y plasman. (Esteban Imaz “Acerca de la interpretación constitucional”, J.A. 1949-III, Pág. 8 y ss.) .

Sobre esta plataforma de acción analizaré la cuestión.

La interpretación de la Constitución significa la interpretación de las normas que la componen.

Tal labor puede llevarse a cabo con un mero fin especulativo, o con un fin práctico de aplicación de las normas. Esta última tarea, es la que se confiere a los repartidores estatales cuando deben dar solución a un caso o reparto real.

La norma cuestionada establece que:

“...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...”.

9.2.- El derecho a la privacidad e intimidad, fundado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, protege jurídicamente en relación directa con la libertad individual un ámbito de autonomía personal, así como acciones, hechos y datos que, conforme a las formas de vida acogidas por la sociedad, están reservadas al individuo, y cuyo conocimiento y divulgación por extraños implica peligro real o potencial para la misma intimidad (CSJN, 11-12-84, E. D. 112-239).

La jurisprudencia elaboró toda una doctrina sobre este particular.

En principio se estableció que el derecho a la privacidad e intimidad, con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, **las relaciones familiares**, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida

aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significan un peligro real o potencial a la intimidad (énfasis añadido, CSJN, 15-4-93, E. D. 152-569).

Ya se había expresado con voto de Boggiano que cabe tener presente que actualmente la información es propiedad que se compra y se vende, y ante los traficantes de la intimidad, el derecho protege también la vida privada, el debido proceso libre de todo prejuicio sensacionalista, **el derecho al silencio**, a no exhibirse, a hacer el bien sin espectáculo, a mantener en secreto los aspectos más delicados de la intimidad fuera de toda curiosidad agresiva, indagación oliscosa o mofa. La doctrina de la Corte también era el criterio de los restantes tribunales. Por ejemplo se dijo que el denominado derecho a la intimidad es el que **tiene toda persona humana a que sea respetada su vida privada y familiar, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia**. Se trata de hechos de menos gravedad y que solamente afectan a valores morales de la vida doméstica o de la debida cortesía que impone entre los hombres la convivencia en el seno de la sociedad (lo resaltado es mío, CNCiv., sala A, 27-4-78, E. D. 80-728; sala I, 23-5-91, E. D. 149-543).

Se manifestó que la tutela del derecho a la intimidad debe ejercitarse frente a cualquier penetración, intención, atisbo u hostigamiento; dicho amparo tiende a resguardar la intangibilidad de la reserva de la vida privada del individuo y su entorno familiar, sustrayéndola del comentario

público, de la curiosidad (CACCom. de Morón, sala II, 2-4-92, E. D. 150-474).

9.3.- El estándar “pro homine” como criterio hermenéutico, le asigna un sentido protectorio o tuitivo como garantía de interpretación de la Constitución dando certidumbre sobre los límites de los derechos fundamentales y en cómo debe dirimirse una decisión jurisdiccional entre diversas soluciones posibles, debiendo optarse por la solución más beneficiosa a los derechos del individuo, soslayando aquella que garantice en menor grado un derecho fundamental.

Su entronización como criterio habilita al intérprete a seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional. (v. Pinto, Mónica, “El principio Pro Homine... en AAVV, La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales” Del Puerto, Bs As, 1997, p. 165 a 171).-

Opera con rango constitucional, en razón de su ubicación estratégica en el vértice del ordenamiento constitucional (v. gr. art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), y como carril metodológico implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio. Se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

10.- Con esta perspectiva, integrando, en el proceso de validación formal de la norma cuestionada, el derecho a la intimidad y el estándar “pro homine” como parámetro de interpretación, la exigencia del “sistema de audiencias” no supera el tamiz de compatibilidad, y los condicionantes de la norma cuestionada que conspiran contra ambos principios y que por su inaplicación los vulneran, son:

-Carencia deikelógica de la norma en cuanto impone a los esposos exponer los motivos de su decisión de poner fin al matrimonio. No hay razón axiológica alguna a que bienestar general deba convertirse en una divinidad terrenal a la cual se le ofrendan asiduamente los derechos individuales.

-Carencia de justificación de esa intromisión. La relación de matrimonio nace normalmente de la manifestación de actos privados y del mismo modo llega a su fin. Esa causalidad debe ser tolerada y no debe ser interferida, tanto en su génesis como en su desintegración. (doctr. art. 19 de la Constitución Federal).

-Carencia de enunciados de riesgo social o afectación del orden público familiar en la no indagación y evaluación estatales de las causas que moralmente convergen para la disolución del vínculo.

-Carencia de finalidad por cuanto la decisión de los esposos –mayores y capaces- de poner fin al matrimonio esta atravesada e implicada por el paradigma “genitor” de la libre autonomía de la voluntad.

-Carencia de utilidad por cuanto los objetivos de las audiencias -conciliación y reflexión-, avanzan de manera omnipotente sobre una decisión que, más allá de su etiología, esta definida y consolidada por los propios actos que fundan la pretensión.

-Carencia de eficacia por cuanto a que el tránsito hacia la definición de audiencias - primera convocatoria y una nueva fijación en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres- importa una injustificada e innecesaria demora que posterga la irreversible decisión final y conspira contra la garantía constitucional de tutela judicial continua, rápida y efectiva (arg art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

10-1-El acto se sentenciar se constituye e integra dinámicamente a través de dos momentos metódicos esenciales, a saber: el momento cognoscitivo en el cual se accede gnoseológicamente a una realidad social constituida por el factum generalmente litigioso que las partes someten a su consideración; y el momento normativo en el cual existe un acto de voluntad institucionalizado que soluciona imperativamente la cuestión (Juan Carlos Smith “ El principio lógico de razón suficiente y la sentencia judicial “, ED. T. 72 p. 717 y ss).

La interpretación judicial tiene en el derecho constitucional una importancia de primer orden, que justifica plenamente la conocida afirmación de Hughes. Porque en la medida que lo requiere el necesario margen librado a su prudencia, es lúcida verdad y no feliz paradoja el “dictum” del insospechable “gobernador” Hughes que anunció hace ya tiempo que “Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo

que los jueces dicen que es” (Fallos, tomo 210 ps. 302 y 1208; confr. Bidart Campos, German J. “La interpretación y la integración constitucionales”, ED. T. 28, p. 868 y ss.)

La justicia descansa en determinados fundamentos. Su formulación clásica se debe a Ulpiano que los reduce a tres.

Helos aquí. No se debe dañar a nadie, es menester dar a cada cual lo suyo, es preciso vivir honestamente.

Y el juzgador es quien decide con base en las reglas de la sana crítica como proceso lógico de persuasión, recuperando el valor “justicia” a modo de meta, de imán hacia el cual deben naturalmente tender todos los nobles esfuerzos (del legislador, de los jueces, de los curiales y de los justiciables) volcados en el campo procesal. (v. Jorge Peyrano “El valor “eficacia” en el proceso civil contemporánea”, La Ley, T. 1979-C, doctrina, p. 983 y ss).

La Constitución no es un orden cerrado sino abierto, es un sistema de reenvíos –parte es un taxis, parte un cosmos- pues la abertura de la Constitución permite que ella sea una forma abierta a través de la cual pase la vida (Quiroga Lavié, Humberto “ La Constitución Nacional como sistema de reenvíos”, La Ley, 1980-.A, 1010), caso contrario se corre en riesgo de convertida en una simple hoja de papel de carácter nominal (aut. cit en “ Lecciones de Derecho Constitucional”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, p 54).

11.- El artículo 19 de la Constitución Nacional tal como fueron reseñadas algunas elaboraciones que lo interpretan, consagra entre otros, el derecho a la intimidad, al

respeto de esa “zona de penumbra” del sujeto, y sienta el derecho a limitar cualquier intromisión arbitraria en el plan de vida personal y familiar.

El artículo 28 el de razonabilidad. Es razonable todo acto que no se traduzca en la violación de la Constitución o en la desnaturalización de sus preceptos (Morahan, Fabián “La supremacía de la Constitución”, LL Litoral, 2000-1323.2000). Se entiende por razonabilidad de las leyes la relación según la cual deben conformar medios aptos para el cumplimiento de los fines estipulados por la Constitución.

Desde ambas proyecciones, en el caso, como anticipé, la exigencia que prescribe el artículo 236 del C. Civ en la pertinente parte cuestionada es descalificable porque vulnera el derecho constitucional a la intimidad de la vida privada (doctr. art. 19 de la Constitución Federal) y no se adecua a los requerimientos de la protección del derecho personalísimo a la autonomía personal contrariando el estándar “pro homine” (art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su puente de aplicación, art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) instrumento metodológico por el que transita esta argumentación y mediante el cual se asegura en el “acto de la razón” la solución posible “más favorable” al hombre.

Carece pues de razonabilidad. (confr. Alberto Jose Tessone “El deber de motivación de las sentencias” (Con especial referencia al proceso civil y comercial), J.A. 1991-I, p. 864 y ss.). Porque lo razonable en sentido jurídico supone equilibrio, moderación, armonía. Lo razonable, en fin, quiere

decir lo axiológicamente válido según las circunstancias del caso, lo oportuno, lo conveniente en función de todos los valores (conf. Linares Quintana, “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Ed. Alfa, t. III, p. 355 y sigtes, ver su cita en la ponencia del doctor De Lázzari en sentencia del 16 de mayo de 2007 en los autos “L.A.C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro”).

12.- Así lo valoro, pues la decisión judicial no puede ser entendida al margen de una tarea valorativa y el centro de gravedad de la experiencia jurídica esta en la sentencia motivada que importa una garantía de fundamental significación en la imparcial y correcta administración de justicia. (confr. Spota, Alberto “Las decisiones judiciales y su motivación”, J.A., 1949-II, pág. 283 y ss.).

Kaufmann afirma, las normas deben ser puestas en relación con la situación de vida, de modo que deben ser hechas justas para el caso. (v. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas “La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: Coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas”, La Ley, T. 2005-A. sección doctrina, p. 1148 y ss.).

Concluyo pues que las exigencias de invocar causas graves ante el Juez y el plazo de “reflexión” previsto en la parte final del artículo 236 del Código Civil, vulneran los derechos a la privacidad, a la autonomía personal, y a la razonabilidad. (arts. 19 y 28 de la Constitución Nacional y con puente de aplicación en el artículo 75 inciso 22 de los arts. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

13.- Por tanto, en este contexto situacional, bajo el prisma de la supremacía de la Constitución (artículo 31 de la Constitución Federal), y de las normas transgredidas, y con los argumentos dados, propongo confirmar el pronunciamiento que declara en el caso la inconstitucionalidad del sistema de audiencias exigido por el artículo 236 del Código Civil y decreta el divorcio vincular del matrimonio Penovi-Morales. (arts. 19, 28, 31, 75 inc. 22 CN; 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 215 del C. Civil, arts. 163, 164, 260 y 272 del Código de Forma).-

14.- COSTAS DE ALZADA

Las costas de Alzada deberán ser impuestas por su orden por ser una cuestión dudosa de derecho (arts. 68 del Código de Forma).

15.- A continuación se procede al tratamiento del recurso interpuesto en lo que hace a la cuantía de los honorarios regulados en el punto V de fs. 21 vta.

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 9, I, incs. 2); 15; 16; 21; 28 y conchs. de la ley 8904, y teniendo en cuenta el mérito y trascendencia de la tarea realizada, se **ELEVAN** a la suma de **quince mil pesos** los honorarios pertenecientes al **Dr. Fabián Marcelo Fitzsimons**, quedando así modificado el punto V de la sentencia que contiene el auto regulatorio, debiendo integrarse el aporte previsto por el art.12 inc. a) de la Ley 6716; modificada por la Ley 10.268, como así

también el porcentual correspondiente al IVA en el caso que corresponda.

A ESTA PRIMERA CUESTIÓN VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN: El señor Juez Dr. Carlos Alberto Violini, dio su voto también **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.-**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Sr. Juez Dr. Luis María Nolfi dijo:

En mérito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1.- MODIFICAR el punto V de fs. 21 vta. debiendo **elevarse** los honorarios correspondientes al Dr. Fabián Marcelo Fitzsimons a la suma de **quince mil pesos** (arts. 9, I, incs. 2); 15; 16; 21; 28 y concs. de la ley 8904).

2.- CONFIRMAR la sentencia de fs. 16/21 vta. en todo lo que además decide y ha sido materia de recurso de apelación y agravios.

3.- IMPONER las costas de Alzada en el orden causado (art. 68 del C.P.C.C.).

ASI LO VOTO.

A LA MISMA SEGUNDA CUESTIÓN, El señor Juez Dr. Carlos Alberto Violini, aduciendo análogas razones, dio su voto también en el mismo sentido.

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

SENTENCIA

Mercedes, 15 de octubre de 2014.-

Y VISTOS:

Considerando que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado establecido que la sentencia apelada debe ser confirmada parcialmente.

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

1.- MODIFICAR el punto V de fs. 21 vta. debiendo **elevarse** los honorarios correspondientes al Dr. Fabián Marcelo Fitzsimons a la suma de **quince mil pesos** (arts. 9, I, incs. 2); 15; 16; 21; 28 y concs. de la ley 8904).

2.- CONFIRMAR la sentencia de fs. 16/21 vta. en todo lo que además decide y ha sido materia de recurso de apelación y agravios.

3.- IMPONER las costas de Alzada en el orden causado (art. 68 del C.P.C.C.).

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-

FDO. DR. LUIS MARIA NOLFI. JUEZ. DR. CARLOS ALBERTO VIOLINI. JUEZ. ANTE MI: Carlos Lorenzo Illanes. Secretario.-