

Citar Lexis N° 0003/800244

Género: Actualidad

Título: Actualidad en Derecho de Familia – LNBA 2006–9

Autor: Villaverde, María S.

Fuente: LNBA 2006–9–1037

DERECHO DE FAMILIA – 01) Generalidades

SUMARIO:

a) Filiación: determinación de filiación extramatrimonial (art. 255 CCiv.). Acción de reclamación de filiación paterna promovida por el asesor de incapaces, con conformidad de la madre: 1. Valor probatorio de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica: violación del deber de colaboración. Insuficiencia para la estimación de la demanda; 2. Falta de prueba: doctrina legal de la Sup. Corte Bs. As.; 3. Verosimilitud del derecho invocado: interpretación del art. 4 ley 23511; 4. Jurisprudencia del Trib. Sup. Just. Córdoba sobre el art. 4 ley 23511.– b) Alimentos: integración de la base de cálculo alimentaria por las sumas percibidas por una misión en el extranjero: 1. Acuerdo alimentario homologado judicialmente; 2. Viáticos o retribución; 3. Disidencia: i) Criterio de interpretación: art. 1198 CCiv.; ii) Reglas de hermenéutica de los contratos; iii) Intención de las partes; iv) Aplicación de las premisas previas en la interpretación del convenio alimentario: situación nueva no prevista por las partes; v) Integración del texto del convenio; vi) Eximición de costas.– c) Divorcio: desistimiento voluntario de ambas partes de la celebración de la segunda audiencia: 1. Marco normativo: interpretación del art. 236 CCiv. a la luz del Derecho Constitucional de Familia; 2. Praxis judicial: flexibilización de algunos procedimientos en causas por "presentación conjunta"; 3. Autonomía de la voluntad versus orden público; 4. ¿Hybris judicial o corrigendi causa? Activismo judicial; 5. Reinado del principio de autonomía de la voluntad y divorcio express; 6. Caracterización de la actuación de los jueces: hipocresía por indiferencia, por comodidad, por seguir precedentes, por simple rutina; 7. Laguna legal del art. 236 CCiv.: función integradora. ¿Laguna de Derecho urgente o laguna jurídico-política?.– d) Competencia: contienda de competencia entre los fueros de familia y de menores. Situación de abandono o peligro moral o material (arts. 2 inc. a y 10 ley 10067): 1. Solicitud de régimen de visitas ante el fuero familiar y guarda otorgada por el fuero de menores; 2. Factor dirimente de las contiendas de competencia: concepto de riesgo

a) Filiación: determinación de filiación extramatrimonial (art. 255 CCiv.). Acción de reclamación de filiación paterna promovida por el asesor de incapaces, con conformidad de la madre (1)

En materia de filiación, específicamente ante una acción promovida por el asesor de incapaces para determinar la filiación extramatrimonial, la sala 1ª de la C. Civ. y Com. Bahía Blanca, en la causa "Asesoría de Incapaces v. M., C. F., s/reclamación de filiación extramatrimonial", el 4/5/2006 confirma la sentencia del juez de primera instancia que desestimó la demanda por falta de prueba del vínculo filiatorio.

A diferencia del caso resuelto por la sala 2ª de la C. Civ. y Com. Azul, el 4/5/2006, en la causa "R., M. del C. v. E., I. s/reclamación de filiación extramatrimonial" (2), en esta oportunidad, debido a la falta de publicidad invocada de la relación extramatrimonial entre la madre y el demandado, no pudo ofrecerse otra prueba más que la petición de la producción de un examen hematológico de histocompatibilidad, a cuya realización el demandado se rehusó.

1.– Valor probatorio de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica: violación del deber de colaboración. Insuficiencia para la estimación de la demanda

Aprecia la negativa a prestarse a realizar la prueba biológica como "una violación del deber de colaboración que pesa sobre las partes cuando no va acompañado de una justificación atendible", aunque insuficiente para estimar la demanda, porque "se basa en un cálculo de probabilidad y no en una relación de certeza".

2.– Falta de prueba: doctrina legal de la Sup. Corte Bs. As.

Estima la Cámara que si bien la negativa del demandado a prestarse a la prueba biológica es un indicio, éste "no puede constituirse en el único medio de prueba y necesita de algún otro elemento probatorio complementario, siquiera también indiciario, para formar convicción en el juez". Remite su argumentación a la doctrina legal de la Sup. Corte Bs. As. (3), en virtud de la cual "la negativa a someterse a la prueba biológica por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación".

3.– Verosimilitud del derecho invocado: interpretación del art. 4 ley 23511

En en el voto se destacan algunas particularidades de la causa, tenidas en cuenta por el magistrado Salvatori Reviriego para apreciar la falta de prueba complementaria del indicio constituido por la negativa del demandado a someterse a los estudios. En efecto, si bien se invoca en la demanda una relación prolongada, "no puede mostrar la madre del menor ninguna prueba de la misma, ni da razón de circunstancias especiales que hayan justificado esa extrema clandestinidad".

Al no concurrir en el caso el complementario aporte probatorio al que hace referencia la doctrina casatoria ni darse razón de la falta de publicidad que caracterizó a la relación extramatrimonial referida en la demanda, se carece del piso mínimo de verosimilitud requerido por el art. 4 ley 23511 (LA 1987–B–1475).

Máxima relevancia en la decisión de la causa le otorga la Cámara a estas deficiencias probatorias porque entiende que el art. 4 ley 23511 condiciona la producción del examen genético a la existencia de una situación de verosimilitud del derecho invocado, y acuerda a la negativa a prestarse a ella el valor de una presunción simple. Por lo tanto, concluye "dicha negativa no hace plena prueba y debe siempre complementarse con algún otro elemento de juicio".

4.– Jurisprudencia del Trib. Sup. Just. Córdoba sobre el art. 4 ley 23511

Cabe mencionar, por su riqueza argumental y por la estrecha vinculación con el fallo reseñado, aunque en una línea interpretativa diversa del art. 4 ley 23511, la sentencia dictada por el Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., el 4/5/2000, sent. 27, "N.N. – recurso directo", citada en el voto del Dr. Jorge M. Galdós en la sentencia de la sala 2ª de la C. Civ. y Com. Azul, el 4/5/2006, en la causa "R., M. del C. v. E., I. s/reclamación de filiación extramatrimonial", mencionada ut supra.

Refiero brevemente su argumentación axial, aunque remito a su lectura completa por el interés que reviste el estudio del problema de la valoración de la negativa a someterse a la prueba biológica, especialmente por los enfoques histórico y sociológico incorporados a la labor hermenéutica judicial (4).

Ha entendido el Trib. Sup. Just. Córdoba que la negativa del demandado en juicio de filiación al sometimiento de las llamadas pruebas biológicas (ADN.) constituirá indicio suficiente para tener por acreditada y cierta la

paternidad atribuida, salvo prueba directa que excluya definitivamente toda posibilidad de participación eficiente del accionado en la concepción. En el plexo normativo actual y conforme a los adelantos científicos producidos en materia de investigación genética, la conducta obstruccionista del demandado en juicio de reclamación de la paternidad extramatrimonial constituye por sí mismo fundamento de suficiente peso para tener por "verosímil" la pretensión del accionante, ya que resulta razonable concluir que la negativa tiende a evitar que se produzca la prueba que lo señalará como padre. Si el juez debe formar su juicio "de conformidad con las reglas de la sana crítica" (art. 327 CPC. [ALJA 1968–B–1446]), entre las cuales se encuentran "las máximas de experiencia, es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano", va de suyo que no puede apartarse de una realidad incontestable: sólo el afán de frustrar la prueba de su paternidad puede inducir al demandado a negarse a la prueba biológica. No sería "razonable" suponer que quien de buena fe entiende no ser el padre del hijo que se le atribuye, se niegue a la demostración fehaciente de ese extremo.

A diferencia de la valoración efectuada por la sala 1ª de la C. Civ. y Com. Bahía Blanca, el Trib. Sup. Just. Córdoba invierte los términos en que se postula la regla de la "verosimilitud" de la filiación invocada: no se requerirá al accionante que demuestre que la filiación invocada es verosímil mediante la acreditación de extremos que tornen probable la existencia de relaciones sexuales al tiempo de la concepción, sino que se asumirá, como "regla de experiencia", que la negativa a la prueba biológica gesta esa verosimilitud, al menos en tanto las circunstancias de hecho no tornen irrazonable la filiación pretendida.

En consecuencia, la "verosimilitud de la pretensión" no puede ya significar la necesidad de aportar la prueba complementaria de las relaciones sexuales del presunto padre con la madre al tiempo legal de la concepción, sino que es suficiente la ausencia de prueba directa que excluya la posibilidad de tal relación íntima (enfermedad, impotencia sexual, viaje al exterior, privación de la libertad, etc.), pues entonces ya la pretensión no sería verosímil, como tampoco lo sería si se aportaran datos certeros que impidieran tener por establecida la filiación por la simple negativa del accionado (esterilidad, por ejemplo).

b) Alimentos: integración de la base de cálculo alimentaria por las sumas percibidas por una misión en el extranjero

En materia alimentaria, la C. Civ. y Com. Bahía Blanca, en la sentencia dictada el 16/5/2006 en la causa "M. G., G. J., v. E., V. s/homologación de convenio", resolvió, con disidencia del magistrado Leopoldo L. Peralta Mariscal, confirmar la resolución del juez de primera instancia en la que se había considerado que "las sumas percibidas por el alimentante durante una misión realizada en el extranjero integran sus haberes, y que deben computarse como base de cálculo para determinar el importe de la cuota alimentaria".

1.– Acuerdo alimentario homologado judicialmente

En el caso se había homologado un acuerdo, celebrado entre ambos progenitores, en virtud del cual el padre pagaría como concepto alimentario la suma correspondiente al 30% de sus haberes mensuales percibidos como cabo primero de la Armada Argentina, con más el 30% del sueldo anual complementario y mantenimiento de la obra social.

2.– Viáticos o retribución

El alimentante invoca que los importes percibidos durante sus servicios en el exterior no integran su remuneración, sino que corresponden a pago de viáticos, y que no integraron el concepto de "haberes" tal como lo entendieron las partes al celebrar el convenio.

Invoca que la suma percibida por su comisión en el extranjero "no pudo haber sido contemplada en el acuerdo homologado", porque corresponde a una tarea extraordinaria y accesorio, efectuada por orden de la Armada Argentina a partir de una petición de organismos internacionales.

Cabe destacar que a los fines de dilucidar si las sumas percibidas durante un Operativo de Paz en el extranjero por un cabo primero de la Armada Argentina integran la base de cálculo de la cuota mensual alimentaria convenida en un acuerdo homologado, la Cámara señala que los "viáticos" se caracterizan por ser "sumas que la empleadora abona al trabajador para atender a los gastos personales que le ocasiona el desempeño de un servicio".

Ni de los informes de la Armada obrantes en el expediente ni de otro elemento agregado se desprende tal caracterización; tampoco se ha justificado que el apelante haya acreditado ante el empleador los gastos a los que se habrían destinado tales viáticos; por lo tanto, las sumas referidas han de considerarse como "retribución por tareas prestadas por el dependiente y no como reintegro de gastos hechos en el desempeño del servicio". En consecuencia, la Cámara confirma el fallo de primera instancia por considerar que dichos montos integran la base de cálculo de la cuota oportunamente convenida.

3.- Disidencia

En el voto en disidencia se destaca que las sumas percibidas no integran el salario "regular" del alimentante, que sería "en principio, abarcado por las cuotas alimentarias fijadas en porcentaje".

i) Criterio de interpretación: art. 1198 CCiv.

Señala el magistrado Peralta Mariscal que "cuando se trata de convenios de alimentos, la interpretación –ante cláusulas dudosas u oscuras– debe desentrañar la intención de las palabras conforme a la regla hermenéutica que alcanza a todos los convenios de partes", es decir, conforme a la buena fe y a lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1198 CCiv.).

ii) Reglas de hermenéutica de los contratos

En el mismo voto se enuncian tres principios fundamentales sobre los que se basan las reglas de hermenéutica de los contratos: fuerza obligatoria, deber de celebrarlos, ejecutarlos e interpretarlos de buena fe, y "los contratos se hacen para ser cumplidos".

iii) Intención de las partes

En primer lugar debe desentrañarse "la voluntad real de las partes", es decir que "debe buscarse lo que la declaración tomada en su conjunto autoriza a creer que ha querido el contratante. La voluntad común es la que ambas partes tuvieron en mira al concluir el negocio. Debe buscarse la voluntad real de las partes pero deduciéndola de la declaración misma y de las demás circunstancias". Aclara que en esta tarea "no se trata de reencontrar una voluntad inexistente".

iv) Aplicación de las premisas previas en la interpretación del convenio alimentario: situación nueva no prevista por las partes

Observa que de la aplicación del porcentaje sobre los haberes percibidos cuando se celebró el contrato resultaba una cuota alimentaria de \$ 183,80. Los haberes percibidos por el alimentante en el extranjero no

deben computarse porque "sencillamente es obvio que ninguna de las partes previeron la percepción de esas sumas extraordinarias". Continúa explicando que: "Veo obvio que, de haber imaginado tal percepción, algo habrían dicho". Agrega que "Quizás lo más correcto sería decir no que previeron que no debían computarse, sino que no previeron nada porque no imaginaron que serían cobradas. Las cifras cobradas quedaron fuera del acuerdo de partes. Los litigantes no las tuvieron en miras, ni para incluirlas, ni para excluirlas". Ha de tenerse presente que el alimentante percibió las sumas de \$ 31.402.49 y U\$S 2.058 durante su misión en el extranjero.

Concluye, aplicando el art. 1198 CCiv., que "no puede pretender la alimentaria el 30% de las sumas extraordinarias recibidas porque `verosíblemente' no entendió eso, ni ella, ni su contraparte". "Se dio una situación nueva", en virtud de la cual –aunque no es el objeto de esta litis ni del recurso a resolver– podrá evaluarse "en el marco procesal pertinente" la incidencia en el patrimonio del alimentante como para que corresponda o no rever el convenio de alimentos e incluso obtener una medida cautelar sobre las sumas percibidas para asegurar el cumplimiento eventual de la sentencia.

v) Integración del texto del convenio

Finalmente, observa el magistrado disidente que "No debe olvidarse que un texto puede ser claro y a la vez incompleto, y, por lo tanto, requerir su integración". En este caso, señala que el texto fue incompleto porque no se previó lo que luego sucedió; y de su interpretación de buena fe no puede concluirse que el alimentante debe pagar, "sin más". Reitera que "dada la nueva situación", la requirente puede acudir a las vías procesales conducentes en protección de su derecho.

vi) Eximición de costas

Resulta relevante mencionar que en el voto de la minoría se propone la eximición de costas, "atento a la naturaleza de la cuestión y el poder haberse considerado la alimentaria con derecho a litigar".

c) Divorcio: desistimiento voluntario de ambas partes de la celebración de la segunda audiencia

De especial interés en materia de divorcio vincular por presentación conjunta resulta el fallo dictado por la magistrada Dolores Loyarte, integrante del Tribunal Colegiado de Instancia Única del fuero de Familia de Mar del Plata, n. 2, el 6/7/2006, en la causa "B., R. B. y L., M. A.", en la que las partes y sus letrados patrocinantes introdujeron como cuestión a decidir "el desistimiento voluntario de la celebración de la segunda audiencia de conciliación prevista por el art. 236 CCiv., y subsiguiente llamamiento de autos para sentencia". Luego de "analizar el tema e interpretar adecuadamente el texto legal a la realidad concreta de cada caso en examen", se tuvo "por aceptado el acuerdo mutuo de desistimiento voluntario del ejercicio de los derechos al goce del período de reflexión y a la celebración de la segunda audiencia de conciliación, previstos por el art. 236 CCiv.; por ser ambos derechos de ejercicio facultativo para las partes y, por tanto, renunciables (art. 19 CCiv.)". En consecuencia, se llamó los "autos para dictar sentencia", se decretó el divorcio vincular por presentación conjunta de las partes dispuesto por el art. 215 CCiv., se declaró disuelta la sociedad conyugal a partir de la fecha de la promoción de la acción, y se homologaron los acuerdos de tenencia, régimen de visitas, alimentos y atribución del hogar conyugal.

1.– Marco normativo: interpretación del art. 236 CCiv. a la luz del Derecho Constitucional de Familia

En primer lugar, el Tribunal de Familia es competente de conformidad con el art. 827 inc. a CPCC. Bs. As., en materia de separación personal y divorcio; pero en el art. 838 (reformado por la ley 12318) se ha previsto que, para los divorcios por presentación conjunta, los trámites de autorizaciones para contraer matrimonio

–supletoria, disenso o dispensas– como así también la autorización supletoria del art. 1277 CCiv. y la autorización para disponer, gravar y adquirir bienes de incapaces, emancipaciones, habilitaciones de edad y sus revocaciones, los procesos de declaración de incapacidad, inhabilitaciones, sus rehabilitaciones y curatelas, internaciones, cuestiones referentes a inscripciones de nacimiento, nombres, estado civil y sus registraciones y actas de exposiciones sobre cuestiones familiares a este solo efecto, cuando el tribunal lo disponga por resolución fundada, tramitarán íntegramente ante uno de los jueces del tribunal que se designe mediante sorteo previo, quien dictará la sentencia definitiva, con reconsideración ante aquél, salvo que las partes en el escrito inicial optaren por la sustanciación de la causa ante el tribunal.

En segundo término, en el procedimiento establecido por el art. 236 párr. 3 CCiv. para los casos de los arts. 205 y 215 , "presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas... Si los cónyuges no compareciesen personalmente, el pedido no tendría efecto alguno". Continúa en el párr. 3: "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 las que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una conciliación. 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...".

Finalmente, la magistrada ampliará el marco normativo a fin de resolver la causa interpretando la legislación infraconstitucional a la luz del derecho constitucional de familia (arts. 14 bis , 19 , 33 y 75 incs. 22 y 23 CN. [LA 1995–A–26]; 3 , 16 y 12 Declaración Universal de los Derechos Humanos [LA 1994–B–1611]; 1 , 5 y 6 Declaración Americana de Derechos Humanos [LA 1994–B–1615]; 7 inc. 1, 11 inc. 1 y 17 Pacto de San José de Costa Rica; 8 inc. 1, 17 incs. 1 y 2, y 23 incs. 2 y 3 Pacto de Derechos Civiles [LA 1994–B–1639]; 25 y 26 Const. Prov. Buenos Aires [LA 1994–C–3809]).

En este contexto jurídico la magistrada del Tribunal de Familia marplatense ha dictado una sentencia de divorcio vincular por presentación conjunta, que podría considerarse un giro o una fisura en la interpretación del art. 236 CCiv., para "evitar un divorcio aún más grave que el propio divorcio de los cónyuges: el divorcio entre la realidad social y su organización normativa", según el texto de la resolución judicial en la que se cita el voto del Dr. Enrique Petracchi en "S., J. B. v. Z. de S., A. M.", 27/11/1986 (JA 1986–IV–584).

2.– Praxis judicial: flexibilización de algunos procedimientos en causas por "presentación conjunta"

De interés resultan los reconocimientos de algunas prácticas judiciales ampliamente extendidas: primeras audiencias de conciliación por separado, patrocinio letrado único (5) , la "aceptación con toda naturalidad" de la "evitación" de la audiencia judicial señalada en causas donde se invocan los arts. 204 o 214 inc. 2 CCiv., fundándose en que es aquélla "facultativa" para las partes. Ante esta praxis se pregunta la magistrada: "¿por qué no sería posible aceptar la evitación de la segunda audiencia prevista para supuestos de separaciones o divorcios por `mutuo acuerdo`?".

Sostiene que "admitir la autonomía de la voluntad en aquellas causales y no en éstas es, a todas luces, un rasgo de incoherencia; pues, una vez producida la exposición de las razones que justifican el quebranto matrimonial –en una causal, en las presentaciones escritas; en la otra, personalmente ante el juez–, los dos tipos de trámites quedan en igual situación jurídica; pero mientras en uno se permite el acortamiento procesal de la agonía, en el otro se exige la prosecución del juicio, imponiendo –en muchos casos– una ficticia esperanza de reconciliación entre las partes".

3.– Autonomía de la voluntad versus orden público

Confrontando la autonomía de la voluntad y el orden público, la magistrada continúa preguntándose retóricamente:

i) ¿Es la segunda audiencia del art. 236 CCiv. una cuestión de orden público?

Lo responde con un argumento teleológico: Si "el juez debe respetar la 'autonomía de la voluntad' de las partes cuando eligen el procedimiento rápido invocando la causal objetiva de separación de hecho precedente –aun si el dato fuera falso, ya que al juez ni siquiera le consta tal separación– ...no se entiende por qué habría que cercenar cierto juego de autonomía para eludir una segunda audiencia en el otro supuesto de causal objetiva, cuando ya se ha producido la primera entrevista que garantiza el principio de inmediatez judicial y la exposición privada de las razones que justifican la causal".

ii) ¿Cuál es el criterio de razonabilidad para sostener este ejercicio de la autonomía de la voluntad?

Se cita, como respuesta, el despacho B de la Comisión n. 5, "Autonomía de la voluntad en las relaciones familiares", de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Rosario del 25 al 27/9/2003: "la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia está íntimamente ligada al principio de reserva que consagra el art. 19 CN. y, consecuentemente, a la noción de orden público vigente en una época y una sociedad determinadas".

iii) ¿Es la celebración de la segunda audiencia una cuestión de orden público?

Señala, siguiendo a la magistrada mendocina Kemelmajer de Carlucci, que: "Aceptar que gran parte de las normas del Derecho de Familia son de orden público, no impide sostener que es posible desplazar aquel calificativo en algunos supuestos que admiten una interpretación legal favorable a la autonomía de la voluntad en materia de familia, 'sobre todo, en la integración de las lagunas de la legislación'" (6) .

En conclusión, se ha de considerar que "el plazo previsto por la ley –que transcurre entre la primera y la segunda oportunidad de concurrencia al juzgado– ha sido consagrado no ya en resguardo del orden público sino en protección del orden privado, como un derecho en favor del interés particular de los cónyuges, esto es, como un 'derecho personal a la reflexión', derecho que debe ser garantizado –tanto por la ley como por el juez– a las partes, pero como tal, desistible o renunciable por éstas –a tenor de lo dispuesto por el art. 19 CCiv.–, si ellas son plenamente capaces y se encuentran debidamente asesoradas por sus letrados sobre los efectos jurídicos de sus decisiones, es decir, cuando no se encuentra vulnerado el legítimo derecho de defensa en juicio (arts. 14 y 18 CN.)".

4.– ¿Hybris judicial o corrigendi causa (7) ? Activismo judicial

Concluye la magistrada afirmando que "la supresión de la segunda comparecencia prevista por el citado art. 236 debe ser interpretada como una facultad no sólo de las partes sino también del juez para sostener la fijación de aquélla, cuando nada expresen las partes sobre la próxima citación, o en la primera entrevista personal perciba: algún atisbo de duda en alguno de los cónyuges; desajuste temporal entre el proceso ultrarrápido y la asunción del duelo en alguno de los cónyuges; posibilidad de reconciliación".

Pues "la prudencia del juez debe primar en estos extremos; sobre todo, cuando se convenza de que el procedimiento tradicional previsto por el actual cuerpo legal puede resultar más bondadoso y adecuado para el caso particular que demanda su intervención".

Cita a Francisco Cecchini (8) : "...en esta parcela sustancial y procesal han de elastizarse las facultades judiciales de modo de adecuar la actividad procesal de las partes a lo sustancialmente pretendido... Aparece aquí la plena disponibilidad del derecho a requerir el divorcio o la separación según la alternativa que, autorizada por la ley, los cónyuges hayan seleccionado...", y el juez no debería desestimar una petición "haciendo pie en alguna disposición procesal que, en esencia y en contexto, fue producto de un Derecho de Familia de alta injerencia pública, y que hoy se ha corrido hacia la disponibilidad en anchos espacios antes implicados por el orden público".

Descarta expresamente que no se halla esta providencia en "el camino hacia la declaración de inconstitucionalidad de la parte 2ª del art. 236 CCiv.", sino "de adecuar la norma a cada caso para hacer más estrecha la vinculación existente entre derecho y realidad" (9) .

Cierra su argumentación citando al querido maestro: "Se trata, por fin, de habilitar al juez a que practique lo que Morello define como 'un activismo indeclinable', disponiendo para ello 'de un margen mayor de maniobra para elegir, sucesivamente, la solución que corresponde'" (10) .

5.– Reinado del principio de autonomía de la voluntad y divorcio express

No ha de soslayarse que se descarta en la sentencia toda interpretación en el sentido de que el desistimiento –"interpretando la laguna legal del art. 236 CCiv."– consagre la modalidad "divorcio express" ni el reinado absoluto del principio de "autonomía de la voluntad" entre los cónyuges; "ya que, en cualquier caso, deberán éstos transitar un proceso judicial con directa participación del juez de trámite, pero sí debería significar el destierro de la hipocresía y la adecuación de ese proceso judicial a la realidad concreta de la pareja en crisis".

6.– Caracterización de la actuación de los jueces: hipocresía por indiferencia, por comodidad, por seguir precedentes, por simple rutina

Es probable que en la vigorosa práctica forense (profesional y judicial) imperante en el divorcio por presentación conjunta hagan eco las palabras de Farina que la jueza transcribe con convicción en su sentencia y que probablemente inspiraron su decisorio: "el juez que en su pronunciamiento resuelve en contra de la verdad, no obstante lo cual invoca la justicia, incurre en hipocresía... A veces se cae en esta hipocresía por indiferencia respecto de los reales valores en juego, por comodidad, por seguir precedentes, por simple rutina" (11) .

7.– Laguna legal del art. 236 CCiv.: función integradora. ¿Laguna de Derecho urgente o laguna jurídico-política?

En la sentencia reseñada se invoca una "laguna legal en el art. 236 CCiv.". Para seguir pensando sobre un tema en el que –como la magistrada ha reconocido con acierto– la praxis judicial gradualmente ha venido consagrando la flexibilidad del procedimiento, he de agregar citando a Engisch, que "el cambio de las concepciones del mundo puede dar origen a lagunas que antes no habían sido notadas y que hay que considerar, en este sentido, como lagunas del Derecho urgente y no solamente como lagunas jurídico-políticas" (12) .

Con la intención de profundizar en el razonamiento de la magistrada y considerando especialmente su preocupación por la calidad de la actuación judicial, "en la que a veces se cae en la hipocresía por indiferencia respecto de los reales valores en juego, por comodidad, por seguir precedentes, por simple rutina", he de puntualizar algunas distinciones sobre la función integradora de los operadores jurídicos. En primer lugar,

ante una ausencia de regulación caben dos posibilidades de interpretación. La primera es la de no presuponer que existe una laguna, pues puede ser la voluntad del legislador que una determinada consecuencia jurídica quede excluida. La otra alternativa es pensar que existe una laguna y que habrá de ser colmada por la actividad judicial *supplendi causa* (en el caso de una laguna auténtica) o *corrighendi causa* (cuando se trata de una laguna crítica o axiológica).

En esta segunda posibilidad se evidencia que es una cuestión de interpretación sostener que estamos ante una laguna normativa (de *lege lata*) o ante una laguna axiológica o jurídico-política (de *lege ferenda* o desde el punto de vista de un futuro Derecho mejor). Si se decide que es una laguna normativa, la actuación judicial consistirá en colmar una laguna *supplendi causa* (*secundum legem* o *praeter legem*). Si se decide lo segundo, la cuestión es más compleja, ya que existe una norma pero ésta se considera insuficiente y, por lo tanto, el juez actúa *corrighendi causa* (incluso *contra legem*). Pero ¿puede suceder esto último sin que el juez se extralimite e incurra en *hybris*? Habrá de sostenerse *prima facie* que una actuación judicial *corrighendi causa* no es acorde con el sistema de fuentes establecido si se entiende que no hay una laguna normativa, sino una normativa que se considera insatisfactoria. La constatación o presencia de estas lagunas axiológicas o defectos jurídico-políticos del sistema tiene la virtualidad de llamar la atención del legislador para que regule de manera diferente cierto tipo de casos o para que introduzca alguna excepción.

Ahora bien, en la medida en que la laguna axiológica o crítica se puede concebir como una situación similar a lo que acontece en las lagunas secundarias, es decir, aquellas que aparecen no al comienzo, sino a posteriori o sobrevenidamente cuando las circunstancias han cambiado (13), sería posible atribuir al juez, cuando acude a la analogía, la función de corregir la ley (*corrighendi causa*). Nos hallaríamos como señalaba Engisch ante "un cambio en las concepciones de mundo", ante una "laguna del Derecho urgente".

d) Competencia: contienda de competencia entre los fueros de familia y de menores. Situación de abandono o peligro moral o material (arts. 2 inc. a y 10 ley 10067)

En materia de competencia, en el acuerdo 95814, del 28/12/2005, "L., V. I. s/régimen de visitas", la Sup. Corte Bs. As. reitera (14) su criterio de deslinde competencial entre los tribunales de familia y los tribunales de menores provinciales: en aquellas causas en las que un niño, niña o adolescente se halla en la situación prevista por el art. 2 inc. a ley 10067 (LA 1983-B-2163) aun vigente –es decir, en estado de abandono o peligro moral o material–, el juez de menores tiene competencia exclusiva para decidir su situación. El art. 10 ley 10067 describe en sus incisos las situaciones que configuran dicho estado.

1.– Solicitud de régimen de visitas ante el fuero familiar y guarda otorgada por el fuero de menores

El padre peticiona un régimen de visitas respecto de su hija en el tribunal de familia, que se declara incompetente para entender en la causa y remite las actuaciones al juez de menores, quien si bien había otorgado e incluso prolongado la guarda provisoria de la niña a los tíos maternos, no aceptó su intervención respecto del régimen de visitas y elevó las actuaciones a la Sup. Corte Bs. As. a los fines de dirimir la contienda de competencia.

2.– Factor dirimente de las contiendas de competencia: concepto de riesgo

Conforme a la doctrina de la Sup. Corte Bs. As., se entiende por riesgo "la contingencia, probabilidad o proximidad de un daño. Es decir, que la nota de inmediatez e inevitabilidad de la ocurrencia del perjuicio es inherente a aquel concepto". En virtud de ello, el juez de menores deberá resolver en aquellas causas en las que "se patentiza que el niño está en una situación tal en la que su integridad esté amenazada directa y

actualmente".

Los fundamentos de caso concreto invocados para resolver la competencia del tribunal de menores remiten al criterio de la jueza de dicho fuero interviniente, cuya decisión inicial de conceder la guarda provisoria a los tíos paternos fue reforzada prolongando la guarda original "dadas las particularidades de la causa, las que revelan la necesidad de mantener a la niña alejada de su padre", y la normativa de la ley 10067 (arts. 2 inc. a, 10, 11 contrario sensu, 13 y concs.).

NOTAS:

(1) Borgiano, Norma y López Faura, Norma, "Objetivos y funcionamiento del art. 255 CCiv.", JA 1993-IV-972.

(2) LNBA 2006-7-795/797.

(3) Ac. 51583 del 17/10/1995; Ac. 62514 del 15/4/1997; Ac. 67883 del 21/4/1998, en ED 180-216; y Ac. 80536 del 11/9/2002. Obsérvese que dichas resoluciones corresponden a la Sup. Corte Bs. As. en su anterior composición. Asimismo, en la sentencia de la sala 2ª de la C. Civ. y Com. Azul, del 4/5/2006, en la causa "R., M. del C. v. E., I. s/reclamación de filiación extramatrimonial" citada ut supra, se agregan antecedentes jurisprudenciales de esa sala que responden a la misma línea: causas 39665, del 17/11/1998, "Laboratto"; y 46865, del 27/7/2004, "Molina" .

(4) En el mismo sentido, Trib. Sup. Just. Córdoba, sent. n. 20, del 19/4/2006, "M. B. D. V. v. E. P. B. dda. de filiación – recurso de casación e inconstitucionalidad" .

(5) Mattera, Marta del R., "El juez frente al divorcio: respeto por la autonomía y privacidad de los cónyuges", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n. 16, 2000, Ed. Abeledo-Perrot, p. 92.

(6) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Los principios jurídicos en las relaciones de familia", 2006, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 239.

(7) Salguero, Manuel, "Argumentación jurídica por analogía", esp. cap. 7, "Argumentación jurídica por analogía y praxis jurídica", colección "Monografías Jurídicas", 2002, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, ps. 193/200.

(8) Cecchini, Francisco C., "El juicio por divorcio o separación personal en el sistema remedio", Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia, t. 1, 2002, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 96/97.

(9) Gil Domínguez, Andrés, Famá, María V. y Herrera, Marisa, "Derecho Constitucional de Familia", t. I, 2006, Ed. Ediar, p. 304.

(10) Morello, Augusto M., "El moderno Derecho de Familia", 2002, Ed. Platense, p. 48.

(11) Farina, Juan M., "Justicia. Ficción y realidad", 1997, Ed. Abeledo-Perrot, ps. 275/276.

(12) Engisch, K., "Introducción al pensamiento jurídico", 1967, Madrid, trad.: Ernesto Garzón Valdés, p. 180 (cit. por Salguero, Manuel, en "Argumentación jurídica por analogía" cit., p. 199).

(13) Por ejemplo, las innovaciones tecnológicas aplicadas a la salud sexual y reproductiva.

(14) Ac. 95772, del 26/10/2005 (LNBA 2006-2-195/196); Ac. 95233, del 27/7/2005; Ac. 89881, del 10/12/2003; y Ac. 89311, del 22/10/2003.

2006