

SESIONES DE PRORROGA

2006

ORDEN DEL DIA N° 1591

COMISIONES DE LEGISLACION GENERAL Y DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Impreso el día 6 de diciembre de 2006

Término del artículo 113: 18 de diciembre de 2006

SUMARIO: **Código Civil.** Modificación del artículo 236, sobre divorcio.

1. **Rodríguez (M.V.) y otros.** (755-D.-2006.)
2. **Tate.** (5.386-D.-2006.)

Dictamen de las comisiones

Honorable Cámara:

Las comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia han considerado el proyecto de ley de la señora diputada Rodríguez (M.V.) y otros señores diputados y el proyecto de la señora diputada Tate, por el que se modifica el artículo 236 del Código Civil sobre divorcio y teniendo a la vista el proyecto de ley (expediente 6.200-D.-06) de la señora diputada Comelli, por el que se modifican los artículos 233, 236 y 272 del código Civil sobre divorcio vincular; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del siguiente:

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° – Modifícanse los párrafos tercero y cuarto del artículo 236 del Código Civil, los que quedarán redactados de la siguiente forma:

Artículo 236: ... El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y corroborar su voluntad inequívoca de proseguir con el proceso. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no

comparecieran personalmente sin causa justificada, el pedido no tendrá efecto alguno.

Si las partes hubieran manifestado su voluntad de continuar con el proceso de separación personal o divorcio vincular, deben ratificarla personalmente o por escrito en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres a partir de la audiencia. En este caso, el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular. La sentencia se limitará a expresar la existencia de motivos que hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de las comisiones, 14 de noviembre de 2006.

Ana M. C. Monayar. – Juliana Di Tulio. – Alberto J. Beccani. – Cinthya G. Hernández. – Beatriz L. Rojkes de Alperovich. – Oscar R. Aguad. – Silvia Augsburguer. – María A. Torrontegui. – Adriana E. Coirini. – Josefina Abdala. – Elda S. Agüero. – Julio E. Arriaga. – Ana Berraute. – Lía F. Bianco. – María A. Carmona. – Nora N. César. – Luis F. Cigogna. – Stella M. Cittadini de Montes. – Paulina E. Fiol. – Eva García de Moreno. – Lucía Garín de Tula. – Amanda S. Genem. – Nancy S. González. – Graciela B. Gutiérrez. – Griselda N. Herrera. – Eusebia A. Jeréz. – Jorge A. Landau. – Juliana I. Marino. – Lucrecia E. Monti. – Ana E. R. Richter. – María del Carmen C. Rico. – Marcela V. Rodríguez. – Rosario M. Romero. – Raúl P. Solanas. – Gladys B. Soto. – Adriana E. Tomaz. – Jorge R. Vanossi.

INFORME

Honorable Cámara:

Las comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia han considerado el proyecto de ley de la señora diputada Rodríguez (M.V.) y otros señores diputados y el proyecto de la señora diputada Tate, por el que se modifica el artículo 236 del Código Civil sobre divorcio y teniendo a la vista el proyecto de ley (expediente 6.200-D.-06) de la señora diputada Comelli, por el que se modifican los artículos 233, 236 y 272 del Código Civil sobre divorcio vincular, creen innecesario abundar en más detalles que los expuestos en los fundamentos que lo acompañan por lo que propician su sanción.

Ana M. C. Monayar.

FUNDAMENTOS

1

Señor presidente:

En los procesos de divorcio por presentación conjunta, los jueces tienen la obligación de celebrar una audiencia en la que deben intentar conciliar a las partes, luego de escuchar las razones que constituyen los motivos que hacen moralmente imposible la vida en común. El presente proyecto propicia la supresión de esta obligación en virtud de que los magistrados no cuentan con la formación profesional adecuada para intervenciones de este tipo, más aún considerando el carácter eminentemente sensible de la situación en que se encuentran las partes. Además, consideramos que en este aspecto el Estado adopta una posición paternalista impropia de una concepción de Estado respetuosa del ámbito de autonomía personal de las personas, vulnerando también su dignidad.

El artículo 236 del Código Civil que se pretende modificar dispone en la parte pertinente que el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas.

Diversas razones motivan la modificación que aquí se propicia. Como resulta claro, la audiencia de conciliación supone la intervención del juez a los fines de intentar lograr un acuerdo que resuelva en todo o en parte el problema en disputa.

Sin embargo, y contra toda lógica, en esta instancia resulta irrelevante la voluntad de las partes de arribar o no a un acuerdo. Más aún, se prescinde también de la propia voluntad de las partes de someterse a esta audiencia.

La intervención del Estado en las cuestiones privadas, tales como el divorcio en los casos en que ambas partes se presentan de común acuerdo, no puede encontrar justificación en un Estado liberal

como el que vivimos. Como resulta claro, no es función del Estado intervenir en cuestiones de este tipo ni se encuentra legitimado para hacerlo.

En este sentido, el Estado no debería intentar imponer a los individuos ideales de excelencia personal, por considerar que algunos de ellos son más valiosos que otros, aun cuando lo hiciera en supuestos beneficio de los propios interesados. Por el contrario, debería reconocer el valor de la autonomía y la voluntad de las personas, ya que son ellas quienes se encuentran en la mejor posición para valorar qué resulta más beneficioso para sí mismas.

Como resulta obvio, tampoco son los juzgados los lugares apropiados para realizar la instancia de conciliación en estos supuestos. Esta requiere una formación específica, sensibilidad, conocimiento y tiempo necesario para atender a los intereses contrapuestos que pueden presentarse cuando se trata de cuestiones de familia.

En este sentido, De Gore y Oppenheim sostienen que “es difícil imaginar que en el corto período de una hora (tiempo aproximado del que disponen los jueces para cada audiencia de divorcio) puedan los magistrados colaborar en forma eficiente con una familia o matrimonio en crisis; máxime cuando en la mayoría de los casos hay que analizar tenencia, régimen de visitas, alimentos, etcétera” (De Gore y Oppenheim, *El divorcio y la familia*, Editorial Sudamericana, año 1985, página 91). En igual sentido, agregan que “tanto por nuestra experiencia y la de otros profesionales como por los comentarios de magistrados el número de conciliaciones es ínfimo [...] Sabemos que la eficacia de un trabajo está íntimamente ligado a los medios que se posee y, en este caso, nos referimos específicamente a elementos humanos y materiales” (ob. cit., página 92).

No podemos dejar de tener en cuenta que esta obligación pesa sobre el magistrado con independencia de los casos y las razones que motivan la presentación, lo que en muchos supuestos no sólo será ineficiente sino que también puede significar en sí mismo un grave daño a la privacidad y dignidad de las partes.

En este sentido, sostiene Bueres que “...hay circunstancias fácticas que facultan a los jueces para abstenerse de tales intentos conciliatorios porque la propia causa alegada o la materialidad de las condiciones en que viven los esposos desunidos demuestra que el avenimiento es imposible o inconveniente...” (Bueres y Highton, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Parte general. Familia*, Editorial Hammurabi, 1995, página 1056).

Por estas razones es que consideramos que la función del juez en la audiencia debe limitarse a corroborar la voluntad de las partes de separarse o divorciarse. En este sentido, la tarea del juez debería estar dirigida a confirmar que los peticionantes actúan fehacientemente con voluntad plena: es de-

cir, con discernimiento, intención y libertad. Lo que un Estado verdaderamente comprometido con el respeto a la individualidad y dignidad de las personas no debería admitir, es una intromisión injustificada del juez en el ámbito de privacidad de las personas.

El artículo 236 del Código Civil dispone además la obligación del juez de celebrar una segunda audiencia. Respecto de ésta, el artículo citado prevé también la posibilidad de las partes de concurrir personalmente o a través de la presentación de un apoderado.

Nuestra práctica nos muestra que en la mayoría de los casos esta audiencia no se celebra o, en los supuestos en que el juez la convoca, no se realiza en presencia de éste. Al respecto, consideramos que carece de sentido mantener la obligatoriedad de las partes de concurrir a esta audiencia, bastando a los fines que se persiguen, que manifiesten su voluntad de continuar con el procedimiento de separación personal o divorcio. En estos supuestos, basta con la mera manifestación personal o por escrito que acredite dicha voluntad, evitando de este modo un dispendio jurisdiccional innecesario.

En el sentido señalado, Borda sostiene que “es de advertir que con relación a la primera audiencia, la ley dice expresamente que si a ella no concurren las partes, la petición no producirá efecto alguno, con relación a la segunda audiencia nada de ello se dispone. La diferencia se explica: en la primera audiencia el juez debe oír a las partes y enterarse de cuáles son los motivos que los impulsan a pedir la separación” (citado por Lagomarsino y Uriarte, en *Juicio de divorcio*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1993, página 255). Por estas razones, el autor considera que basta con un escrito manifestando la voluntad de continuar con el proceso.

En sentido concordante, se ha dicho que “la segunda audiencia no tiene otro objeto que el de tomar conocimiento de si los cónyuges han arribado a una reconciliación, o si, por el contrario, mantienen su voluntad de separarse personalmente o divorciarse en forma absoluta. La expresión de los peticionantes por escrito –y aun por apoderado– ratificando su petición, sería suficiente” (“G. A. c/ F. F. N. s/divorcio vincular”, Juzgado de Paz, Villa Gesell, Buenos Aires, 1996).

Además, se propone prever la posibilidad de continuar el procedimiento cuando la incomparecencia a la primera audiencia es por razones justificadas. Es pacífica la doctrina en este sentido.

Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que “el artículo 236 del Código Civil (t. o. por ley 23.515) establece, en su apartado tercero, la celebración de una audiencia a la que deberán concurrir las partes, a riesgo de que ‘si los cónyuges no comparecieren personalmente’, el pedido de divorcio vincular o de separación personal ‘no tendrá efecto alguno’. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia

tienen establecido que ‘cuando la incomparecencia es justificada y los cónyuges manifiestan su voluntad de continuar el trámite, no procede el rechazo de la acción, debiéndose fijar nueva fecha de audiencia’” (“Basualdo, Jorge Santos c/Consentino, Elsa Zulema s/ Divorcio vincular”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Trenque Lauquen, Buenos Aires, 1990).

Finalmente, es necesario modificar el artículo 236 en cuanto dispone que el juez debe decretar la separación personal o el divorcio vincular sólo cuando existiesen motivos suficientemente graves.

Como se ha mencionado, no corresponde al juez determinar si las causales aducidas por las partes son lo suficientemente graves para justificar el divorcio o separación. Son las partes las que están en mejores condiciones de evaluar la gravedad de los motivos que justifican la separación. Lo contrario constituiría una intromisión arbitraria y perfeccionista en la vida privada de las personas.

La gravedad de los motivos no es una cuestión objetiva sino que dependerá de los valores de los sujetos. En este sentido, no son los valores del juez los relevantes a los fines de determinar los planes de vida de las personas. Si se deja en cabeza del juez considerar la gravedad de los motivos a los fines de conceder o no la separación personal o divorcio vincular, se estaría vulnerando la autonomía de las personas consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Por las razones expuestas, solicitamos la aprobación del presente proyecto de ley.

*Marcela V. Rodríguez. – Elisa M. Carrió.
– Susana R. García. – Leonardo A.
Gorbacz. – Eduardo G. Macaluse. –
Elsa S. Quiroz. – Fabiana F. Ríos.*

FUNDAMENTOS

2

Señor presidente:

El presente proyecto de ley tiende a amalgamar ciertos criterios que obran a lo largo y a lo ancho de nuestra legislación civil y de nuestra jurisprudencia, que a la fecha se encuentran encontrados, produciendo intromisiones infundadas en la vida de los connacionales que intentan regular su vida civil, mucho más allá de lo que el Estado, como defensor primero de la institución familiar y su protección integral (artículo 14 bis CN), poniendo en manos de los Jueces de la Nación, en el artículo motivo de nuestro análisis, la obligación de “conciliar” entre cónyuges que, en virtud de su voluntad conjunta, la misma que los llevó a decidir contraer nupcias, momento en el cual el estado no intentó de manera alguna impedir tal unión, ya que los consideró plenamente capaces para realizar el mayor acto jurídico en la vida de los hombres y mujeres, años

después, y con la misma capacidad, deciden recovar aquel acto jurídico con un nuevo acto de voluntad común, como es el caso, recibiendo asesoramiento letrado suficiente como lo requiere la ley para realizar cualquier presentación ante los tribunales y, sin embargo, hasta el presente, el artículo 236 del Código Civil sostiene que: "...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..."

Las razones vertidas para incorporar este artículo en Código Civil fueron, en su momento, que el Estado debe tender a la protección de la familia por ser el núcleo fundamental del Estado-Nación. Por supuesto Sr. Presidente que nosotros compartimos plenamente ese criterio, y que somos defensores de nuestra Carta Fundamental cuando reza, en su artículo 14 bis que "...En especial, la ley establecerá:[...] la protección integral de la familia...", a lo que podríamos sumarle numerosas citas inmersas en los tratados internacionales con jerarquía constitucional incorporados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Aclarado ello, nos abocaremos más profundamente a la cuestión que nos ocupa.

Llama poderosamente la atención que, por ejemplo, a quienes realizan la presentación de divorcio vincular por presentación conjunta con fundamento en el artículo 214 inciso 2° (separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años), por el principio de economía procesal, la mayoría de los Jueces de la Capital Federal convoquen a una única audiencia, entendiéndose que, por el lapso de tiempo transcurrido, el intento de reconciliación deviene innecesario, puesto que no se llegará a buen puerto. Mientras que, quienes se presentan en las mismas condiciones, encontrándose separados de hecho por menor tiempo que el descrito, y solicitan su divorcio vincular en los términos del artículo 215 del mismo cuerpo normativo (Transcurridos tres años del matrimonio, y fundados en que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común) los mismos jueces citan a estos cónyuges a las dos audiencias para buscar que se reconcilien.

No escapará al entendimiento del señor presidente que la gravedad del segundo de los supuestos es increíblemente mayor que en el primero, puesto que, mientras en el primer caso estamos frente a una

simple separación personal en la cual dos personas deciden terminar su relación con buen entendimiento, en el segundo, estamos frente a un planteo en el cual, claramente se está sosteniendo, pues así lo permite el mismo Código Civil, sobre hechos que suceden o sucedieron en la pareja que hacen que los cónyuges de ninguna manera puedan continuar la convivencia, en perjuicio de uno, de ambos, o de sus hijos, sin tener que expresar las causas en el escrito de inicio de la demanda, ni sostener quien ha sido el o los culpables de ello.

Esto nos lleva a otro razonamiento lógico del que no podemos escapar. Como sostuvimos con anterioridad, defendemos la familia como unidad principal del estado, pero, ¿Debemos defenderla a costa de todo y de todos? ¿De la infelicidad de los padres, y de los hijos?

Nosotros llegamos a una respuesta fundada en el artículo 1° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, a la cual no podemos hacer la vista gorda, y que categóricamente nos indica que no debe ser así.

El interés superior del niño (artículo 1° CISDN) no se refiere a tener una familia a costa de la infelicidad de sus padres, pues esto llevaría a que el niño viviera en una casa donde seguramente no podría lograr su propia felicidad.

Más aún, el artículo 5°, inciso 2 de la ley 26.061 sostiene enfáticamente que: "...La prioridad absoluta implica: [...] 2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;..."

A ello deberían apuntar nuestro Jueces, como también lo marca el actual artículo 236 del Código Civil, al cuidado del los niños, niñas y adolescente; principalmente a su realización personal, y a su interés superior (artículo 1° CISDN, artículo 3° ley 26.061).

No es cierto de manera alguna que la separación de los padres signifique que los niños, niñas y/o adolescentes vayan a perder su familia, seguirán teniendo un padre y una madre, quienes los seguirán queriendo. El motivo de su separación es la falta de amor entre los integrantes de la pareja, de ningún modo entre éstos y sus descendientes, y no es el Estado quien debe obligarlos a continuar una relación que puede perjudicarlos a ellos y sobre todas las cosas, como sostuvimos, a los niños, niñas y adolescentes que nacieron de esa unión..

A más de ello, como se sostuvo, el matrimonio es un acto jurídico, en la cual la voluntad de dos partes, capaces, deciden unirse en matrimonio. Como todo acto jurídico, el matrimonio genera derechos y obligaciones recíprocas para los contratantes, y en este supuesto particular, algunos de los cuales se mantienen incluso una vez disuelto el vínculo.

Es completamente lógico que el Estado, por ser el acto más importante en la vida de los hombres y mujeres del país, y por la multitud de consecuencias jurídicas que ese acto trae en la sociedad, sea el responsable de resguardarlo y proteger, al momento de la disolución, que ella sea equitativa entre los cónyuges, que esté de acuerdo a derecho, y que los derechos de hijos que nacieran de aquel vínculo no queden desprotegidos.

Lo que no resulta lógico, señor presidente, es que un Juez de la Nación, haga las veces de párroco, o de psicólogo, intentando resolver problemas maritales, cuando dos personas capaces, en uso de esa capacidad, y después de mucho tiempo de haberlo meditado, se presentan solicitando la disolución de un acto que, les ha llevado sin ninguna duda, muchísimo tiempo también, decidir llevarlo a cavo.

Por todo lo expuesto, solicito la aprobación del presente proyecto de ley.

Alicia E. Tate.

ANTECEDENTES

1

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° – Modifícanse los párrafos tercero y cuarto del artículo 236 del Código Civil, los que quedarán redactados de la siguiente forma:

Artículo 236: ... El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y corroborar su voluntad inequívoca de proseguir con el proceso. 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 las partes hubieran manifestado su voluntad de continuar con el proceso de separación personal o divorcio vincular, deben ratificarla personalmente o por escrito en un plazo no

menor de dos meses ni mayor de tres a partir de la audiencia. En este caso, el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular. La sentencia se limitará a expresar la existencia de motivos que hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

*Marcela V. Rodríguez. – Elisa M. Carrió.
– Susana R. García. – María A.
González. – Leonardo A. Gorbacz. –
Eduardo G. Macaluse. – Elsa S. Quiroz.
– Fabiana F. Ríos.*

2

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° – Modifíquese el artículo 236 del Código Civil, quedando redactado de la siguiente forma, a saber:

Artículo 236: En los casos de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos:

1° – Tenencia y régimen de visitas de los hijos;

2° – Atribución del hogar conyugal;

3° – Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización.

También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria.

El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes. 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.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Alicia E. Tate.