

partes, las bases de un acuerdo válido que debe considerarse integral (^{50bis}).

Si no se obtiene sentencia de divorcio, caduca el pedido conjunto de separación, como también, lógicamente, los acuerdos complementarios que él contenía. Por otra parte, si el convenio de liquidación se ha celebrado con anterioridad a la demanda y como acto independiente, su nulidad es ineludible en virtud de lo dispuesto por el art. 1218.

Si los cónyuges no logran un acuerdo sobre la liquidación y partición de la sociedad conyugal durante el trámite del juicio de divorcio, deberán promover después de la sentencia el incidente de liquidación que se tramitará por la vía sumaria (art. 67 bis, 3º párrafo).

IX. LA CUESTION DE LA ATRIBUCION UNILATERAL DE CULPA

Un problema que se ha planteado desde la sanción de la ley 17.711 y que ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia, provocando una amplia y enjundiosa polémica, ha sido el de establecer si es posible dentro del régimen del art. 67 bis que el juez adjudique los efectos de la culpa a uno solo de los cónyuges, beneficiándose el otro con la calificación de inocente, en base al acuerdo de los interesados, concretado en la misma demanda conjunta de divorcio o en un escrito posterior.

La tesis restrictiva ajustándose al texto de la norma legal, sostiene que el art. 67 bis impone a la separación consensual los efectos del divorcio por culpa de ambos cónyuges, y no permite al juez declarar la culpabilidad de ambos o la de uno

ponde, y así lo admiten aun quienes sostienen la nulidad de los convenios. (C.N. Civ. Sala C, 23/9/53 JA 1954-II-287; idem 14/9/61, JA 1961-IV-297; C.N. Civ. Sala B, 26/9/67, La Ley 128-1002 (16.236 S); C.N. Civ. Sala D, 13/3/68, La Ley 133-978 (19.345-S); S.C. Bs. As., 29/2/72, La Ley 147-376; idem, 29/12/58, La Ley 97-5; etc. Ver ZANNONI, *Der. de Familia*, t. I, nº 485, págs. 747/748).

(^{50 bis}) C.N. Civ. Sala D, 21/4/70, JA 1970 t.6-p.495; C.N. Civ. Sala B, 13/V/77, E.D. 74-171.

solo de ellos en la sentencia. La ley es la que establece imperativamente que la sentencia tendrá los efectos de la culpa recíproca, sin que el juez a pedido de las partes pueda modificar ese status legal⁽⁵¹⁾. Los argumentos que fundamentan esta posición, sintéticamente, son los siguientes:

1) La disposición del art. 67 bis que atribuye los efectos de la culpa a los dos cónyuges es de orden público, y por lo tanto inderogable por la voluntad de las partes.

2) La ley sólo faculta a los jueces a decretar la separación cuando según su ciencia y conciencia, hay causas graves que imposibilitan moralmente la convivencia. Los jueces no pueden pronunciarse sobre la culpabilidad de los cónyuges. Es la ley la que se encarga de señalar los efectos de la separación que son los del divorcio por culpa de ambos, con una sola excepción, la concerniente al derecho alimentario que pueden haberse reservado los cónyuges. No hay pues ninguna laguna legal.

3) El legislador al atribuir a la sentencia que decreta la separación consensual los efectos de la culpa recíproca, ha

(51) LAGOMARSINO, *Divorcio por presentación conjunta*, nº 34; *La culpa exclusiva en el divorcio por presentación conjunta*, JA Doctrina 1974, p. 820/821; y *El matrimonio en la reforma del código civil*, La Ley, 131-1215; ESCRIBANO, *Reforma a la ley de matrimonio civil*, E.D. t. 25, p. 843; *La negociación de la culpa en el divorcio consensual*, La Ley 151-817; y *Divorcio consensual*, nº 23, p. 85; CRESPI, *Presentación conjunta*, en MORELLO-PORTAS, *Examen y crítica de la reforma del Cód. Civil*, t. 4, vol. 1º, pág. 157, letra K; FASSI, *Declaración del divorcio por presentación conjunta por culpabilidad de uno de los cónyuges*, La Ley, 1975-C-83/85; VIDAL TAQUINI, *El régimen del divorcio y el art. 67 bis de la ley 2393 en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, La Ley, 138, p. 1104; MOLINARIO, *El fallo plenario sobre la atribución de culpa en el juicio establecido por el art. 67 bis de la ley 2393*, La Ley, 1977-C-935. Algunos tribunales del país han acogido esta doctrina: Juzg. Civil 1ª Inst. Capital, 28/XII/73, La Ley, 155-320; C.N. Civ. Sala A, 12/2/75, E.D. 61-192 y La Ley 1976-D-7 (disidencia Dr. MONCAYO); Sup. Trib. Justicia Neuquén, Sala II, 18-5-78, JA 1978-III-665; Juzg. C. y C. Tres Arroyos, 10/10/74, JA 1975 25-483; Cám. Nacional Civil en pleno, Capital, 18/5/77, en La Ley, 1977-B-433; JA 1977-II-609 y E.D. 73-263; S.C. Bs. As., 19/XII/78 en La Ley, Suplemento Provincial, nº 3, marzo 1979 (con disidencia de los Dres. IBARLUCIA, RENOM y COLOMBO).

pretendido disuadir a los cónyuges de recurrir a este procedimiento. La ley advertiría a los cónyuges que si el inocente no quiere soportar los efectos de la culpa, deberá necesariamente decidirse por el procedimiento contencioso para obtener así una sentencia que declare su inocencia.

4) El régimen de divorcio por presentación conjunta es de excepción por lo cual los cónyuges que recurren a él no tienen más alternativas que aceptarlo en todas sus consecuencias. El divorcio contradictorio es la regla, y a él se debe recurrir si uno de los cónyuges quiere que se declare la culpa exclusiva del otro.

5) Admitir la declaración de culpabilidad de uno solo de los cónyuges y la inocencia del otro, por haberlo así acordado los cónyuges, involucraría un pacto sobre herencia futura, en cuya virtud se desplazaría la vocación sucesoria del cónyuge que se declara culpable, y se violaría de tal forma la prohibición genérica del art. 1175 y la específica del art. 848, concordantes con los arts. 3311 y 3312. Se trataría de una excepción a un principio general que sólo puede ser autorizada en forma expresa por la ley.

6) La atribución unilateral de culpa reconocida por el juez traiciona la reserva que la ley procura en el divorcio por presentación conjunta (las manifestaciones vertidas por las partes en las audiencias no constarán en el acta y en la sentencia se deberá evitar indicar cuáles son los hechos aducidos). Sería contradictorio que no se pudieren revelar los hechos que motivan la ruptura matrimonial, pero que se pueda adjudicar a una de las partes la autoría de esos mismos hechos que se quieren cubrir con el silencio.

7) La discriminación entre los cónyuges referente a su culpa o inocencia conducirá inevitablemente a una negociación reñida con los fines de la ley, de resultas de la cual la culpa será asumida generalmente por el más generoso, el más apurado o el más indefenso de los cónyuges.

La tesis amplia propicia la posibilidad de que los cónyuges acuerden adjudicar los efectos de la culpa a uno solo de ellos, y refuta con éxito, a nuestro parecer, los razonamientos contrarios ya expuestos (⁵²). Su línea argumental es la siguiente:

1) Admitiéndose el acuerdo de los esposos como presupuesto de un divorcio asimilado al causado por culpa de ambos, no hay razón para impedir ese mismo acuerdo con respecto a la culpa de uno de ellos.

2) El orden público no está afectado ni resulta desbordado por el juego de los voluntades particulares, ya que incumbe soberanamente al juez verificar la sinceridad y gravedad de los hechos invocados por las partes en las audiencias de conciliación, pudiendo rechazar la demanda si no se persuade de tales circunstancias.

(⁵²) GUASTAVINO, *La posibilidad del reconocimiento de culpa exclusiva antes y después de la separación judicial de los cónyuges*, La Ley, 143-193, y *Nuevamente sobre la adjudicación de los efectos de la culpa a uno solo de los cónyuges en el juicio de separación consensual*, La Ley, 154-439; MÉNDEZ COSTA, *Divorcio por presentación conjunta. Reconocimiento unilateral de culpa*, JA 1973-t.18-p.566; *Interpretación y aplicación del derecho positivo de familia*, JA 1974-t.24-p.482, ap. V, d, conclusión; BORDA, *Familia*, 5ta. ed., 1973, t. I, n° 508-9; LLAMBIAS, *Estudio de la reforma*, p. 402; GOYENA COPELLO, *Divorcio por mutuo consentimiento*, pág. 26, y *El reconocimiento unilateral de culpa en el divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley, 150-128; ZANNONI, *La atribución unilateral de culpa en el divorcio por presentación conjunta (a propósito de la función judicial en el proceso)*, La Ley, 150-378; *La atribución unilateral de culpa en el divorcio por presentación conjunta y el argumento que implica un pacto de herencia futura*, JA 1975-t.25-p.395; *Revisión en la alzada de la atribución unilateral de culpa efectuada en el divorcio por presentación conjunta*, La Ley, 1976-B-197; BELLUSCIO, *El divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley, 130-988, n° 23; *Manual de Derecho de Familia*, Bs. As., 1974, t. I, n° 233; MORENO DUBOIS, *Carácter del efecto atribuido a la sentencia de divorcio por presentación conjunta (culpa unilateral)*, La Ley, t. 143, p. 443; MUÑOZ, *El régimen de la culpa en el art. 67 bis ley 2393*, JA Doctrina 1974, p. 594; MANCUSO, *El art. 67 bis de la ley de matrimonio civil*, en MORELLO-PORTAS, *Examen y crítica de la reforma del Cód. Civil*, t.4-vol.1º, pág. 243/244; ZANNONI, *Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges*, Bs. As., 1977, cap. V. Una firme y dilatada corriente jurisprudencial aceptó esta doctrina: Juzg. C. y C., 1ª Inst., Mar del Plata, 31/5/71, La Ley 143-446; idem, 6/9/72, La Ley, 150-128 y

3) Si bien la regulación del matrimonio y la familia presentan como característica la imperatividad de sus normas, no por ello se puede sostener que absolutamente todo lo atinente a esta materia queda al margen de los intereses particulares y de la regulación convencional. El mismo art. 67 bis faculta a los cónyuges a reservarse el derecho alimentario, a acordar sobre la tenencia y régimen de visitas de los hijos menores y convenir la liquidación de la sociedad conyugal.

4) Por lo demás; como principio general, las normas de orden público familiar inderogables predominan en el ámbito extrapatrimonial, y aquí la incidencia de la culpa en los efectos del divorcio queda reducida a cuestiones patrimoniales que pueden ser objeto de convenio entre las partes.

5) El espíritu de la ley permite estimar, entonces, que la aplicación de los efectos de la culpa a ambos cónyuges es una solución legal supletoria para el caso de que ninguno de ellos quiera admitir su culpa exclusiva y la inocencia del otro.

6) Si un cónyuge quiere voluntariamente reconocer su culpa sería injusto que la ley impusiese forzosamente a los esposos los efectos de la culpa recíproca, pues sancionaría por igual al culpable y al inocente.

7) Esa injusticia ataca al orden público, porque toda injusticia atenta contra el bien común. La protección del bien común se efectiviza en múltiples formas, y una de ellas es el

JA 1973-t.18-p.565; Juzg. Civil nº 17, Capital, 27/12/72, La Ley, 150-378; Juzg. Civil nº 11, Capital, 28/9/73, La Ley, 154-439 y JA 1973-t.20-p.439; C.N. Civ. Sala D, 26/12/74, La Ley 1975-B-385 y JA 1975-t.28-p.307; Juzg. Civil nº 4, Capital, 26/8/74, La Ley 1975-C-84; C.N. Civ. Sala B, 15/10/74, La Ley 1975-A-393 y JA 1975-t.27-p.388; Juzg. Civil, Capital, 18/12/74, JA 1975-t.28-p.184; Juzg. Civil nº 9, Capital, 15/7/75, La Ley 1976-A-47; Trib. Colegiado, Santa Fe, 5/3/75, JURIS, 47-161; C. 1º C.C. Mar del Plata, Sala 1º, 7/10/75, La Ley 1976-B-198; C.N. Civ. Sala D, 30/8/74, JA 1974-t.24-p.436 y E.D. 57-461; C.N. Civ. Sala F, 9/6/76, JA 1977-I-696 y E.D. 68-173; voto en minoría de los Dres. COLLAZO, VERNENGO PRACK, CIFENTES, BELLUSCIO, CICHERO, FLEISS, PADILLA y DURAÑOÑA y VEDIA en el fallo plenario de la C.N. Civ. del 18/5/77 en La Ley 1977-B-433, JA 1977-II-609 y E.D. 73-263.

reconocimiento de culpa unilateral, que permite al inocente asegurar la discreción alrededor de su problema conyugal, sin asumir infundadamente las consecuencias perjudiciales de una conducta que no fue la suya.

8) Si se niega validez al reconocimiento de culpa exclusiva se obligaría al cónyuge inocente a optar entre el divorcio contencioso, que es el menos constructivo para la pareja, para los hijos y para la función judicial, por todos los perjuicios morales y materiales que ese trámite implica; o bien aceptar mendazmente que existe culpa de su parte, contrariando el voluntario acatamiento a la regla moral que impone decir la verdad y el principio de justicia que ordena dar a cada uno lo suyo. Pues cualquiera sea el concepto que se tenga del orden público debe darse primacía a la verdad sobre la ficción; la realidad conyugal sobre el artificio dañoso. La imposición indiscriminada de los efectos de la culpa, por automática aplicación de la letra de la ley, y contrariando la convicción del juez, impide la justicia y no armoniza con el bien común. De donde esta última solución es la que atenta contra el orden público y no aquélla.

9) El régimen del art. 67 bis no es excepcional. Estamos en presencia de dos procedimientos diversos: el contencioso del art. 67, y el divorcio por presentación conjunta del art. 67 bis, y no hay razón suficiente para afirmar que la separación contenciosa sea la regla y la separación consensual la excepción. Y una finalidad primordial que se tuvo en cuenta al sancionar el art. 67 bis, fue eludir las ásperas alternativas del divorcio contencioso y mantener el secreto de la intimidad conyugal, evitando la simulación para acreditar las causales. Todo ello se perdería si se obliga al inocente a recurrir al procedimiento contencioso para probar la culpa exclusiva del otro cónyuge. Razones de estimativa ético-jurídicas aconsejan por ello no obligar a los cónyuges a recurrir al trámite contencioso para obtener la calificación de una conducta.

10) El carácter disuasivo que se atribuye al art. 67 bis quedó desvirtuado por la experiencia judicial: estadísticamente es muy superior el número de divorcios consensuales que se tramitan que el de divorcios contenciosos. Además, resulta incoherente suponer que el legislador instituye un procedimiento para disuadir de él a las partes. Hubiera empezado por no crearlo.

11) En cuanto a la existencia de un pacto sucesorio indirecto prohibido por la ley, se considera que tanto existe un pacto sucesorio en el caso de reconocimiento de culpa por uno de los cónyuges, como en el caso de que ambos peticionen el divorcio por presentación conjunta sin hacer ninguna discriminación respecto a la culpa. Si la ley expresamente autoriza a ambos cónyuges a desplazar recíprocamente sus vocaciones hereditarias de común acuerdo, esto también indica que los cónyuges pueden convenir que sólo uno de ellos pierda la vocación hereditaria.

12) Acerca de la reserva que la ley estatuye, no se ve afectada porque está establecida en beneficio de los cónyuges y la disminución es consentida por ellos mismos. Además, la norma prohíbe la mención de los hechos, pero no la genérica determinación de la culpa unilateral.

13) Por último, tampoco es válido el argumento referente a que la discriminación de la culpa o inocencia perjudicará siempre al cónyuge más apurado, al más generoso o al más indefenso, pues en definitiva siempre habrá sido una decisión voluntaria suya. En cambio, la tesis estricta, obliga al cónyuge inocente a simular que existe culpa de su parte para obtener rápidamente el divorcio, lo cual desde el punto de vista moral es más grave.

Sin duda, esta ardua polémica se ha suscitado por la misma actitud contradictoria del legislador. Los códigos que admiten la separación o el divorcio por mutuo consentimiento no imponen los efectos de la culpabilidad a los esposos. El

art. 67 bis, sin embargo, así lo hace. Por un lado facilita y acoge benévolamente el divorcio por mutuo acuerdo de los esposos con un trámite de excesiva celeridad, y por el otro, castiga a los cónyuges sin discriminación sometiéndolos a los efectos de la culpa recíproca, solución que desde luego es ajena a la concepción del divorcio remedio. A ello únase la exigencia de que los esposos deben invocar la existencia de causas graves que hagan moralmente imposible la vida en común, y que por lo mismo constituyen hechos subjetivos de los cónyuges violatorios de los deberes matrimoniales, cuya gravedad debe ser apreciada por el juez para decretar la separación, y llegaremos entonces sin dificultad a la conclusión de que el sistema del art. 67 bis responde a la concepción del divorcio-sanción y está basado en la culpa de los cónyuges.

En consecuencia, para que proceda el divorcio, sea por el procedimiento contencioso del art. 67, o por el mutuo acuerdo establecido en el art. 67 bis, siempre será necesario la culpa de uno o ambos cónyuges. Tal es el régimen de divorcio organizado imperativamente por nuestra ley matrimonial, y que no puede ser alterado por la voluntad de las partes. Ello significa que jamás podrá ser declarado el divorcio consensual con los efectos de la inocencia para ambos cónyuges⁽⁵³⁾, porque la regla de orden público de nuestro sistema divorcista exige la culpa de al menos uno de los cónyuges, o sea la presencia de hechos violatorios de los deberes y obligaciones matrimoniales imputables subjetivamente a uno de los esposos.

Por el contrario, el orden público no resulta desbordado por el libre juego de las voluntades particulares cuando los cónyuges de común acuerdo deciden atribuir la culpa de la separación a uno solo de ellos, porque el juez siempre podrá soberanamente verificar la sinceridad y gravedad de los hechos invocados para atribuir esa culpabilidad, y rechazar la

(53) Sin embargo, así lo sostiene BARBERO, *El art. 67 bis ¿permite decretar el divorcio con efectos de inocencia mutua para ambos cónyuges?*, en JURIS, t. 41, p. 332.

demanda si no se convence de tales circunstancias. Se respeta así el esquema del divorcio-sanción: hay culpa y apreciación soberana de esa culpa por el juez. No basta el solo acuerdo de las partes.

Por ello, concluimos que la norma del art. 67 bis es de orden público en cuanto está inserta en el sistema del divorcio sanción y exige la culpa de al menos uno de los cónyuges para fundar la separación judicial, pero no es imperativa cuando establece que la sentencia tendrá los efectos del divorcio por culpa de ambos, porque los esposos pueden acordar que sólo uno de ellos asuma los efectos de la culpa, y tal acuerdo no violenta los principios fundamentales de orden público del divorcio sanción porque supone la culpabilidad de uno de los cónyuges, y ésta además debe ser verificada por el juez.

Es interesante recordar que la Cámara de Diputados en la sesión del 7 de noviembre de 1973 dio media sanción a un proyecto de ley que modificaba el art. 67 bis, y autorizaba la imposición de los efectos de la culpa a uno solo de los esposos. En la parte relacionada con los efectos de la sentencia, disponía: "Esta decisión tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos, salvo que en el escrito inicial uno de los esposos solicite para sí los efectos de la culpa; en este supuesto sólo a este cónyuge le corresponderá tal medida, pero la sentencia no indicará la causal de dicha culpa" (54).

Por último es preciso anotar que la posibilidad del acuerdo de los cónyuges sobre la atribución unilateral de los efectos de la culpa a uno de ellos, no sólo se puede concretar en el mismo escrito de demanda conjunta, o en otro posterior, sino también puede surgir del allanamiento en un divorcio contencioso, siempre que ese allanamiento esté condicionado al cumplimiento de los requisitos del art. 67 bis.

(54) *Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación*, 1973, págs. 3486.

Además, el reconocimiento exclusivo de culpa no impide la declaración de culpabilidad del inócente por hechos posteriores a la sentencia de acuerdo a lo establecido por el art. 71 bis, ley 2393 ⁽⁵⁵⁾.

X. REGIMEN PROCESAL DEL ART. 67 BIS

1. *Naturaleza del juicio de divorcio por presentación conjunta*

No hay acuerdo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia respecto a si el juicio de divorcio reglamentado por el art. 67 bis es contencioso o voluntario.

Quienes sostienen que es un proceso contencioso argumentan que la voluntad común de los contrayentes no decide por sí misma la separación, sino que el convenio o acuerdo de las partes versa únicamente sobre la forma procedimental en que habrá de desarrollarse el juicio para evitar el escándalo forense con la difusión de las causales del divorcio; las partes exponen reservadamente al juez los motivos de la separación y éste los valorará según su ciencia y conciencia, resolviendo admitir o rechazar la demanda. El juez no se limita a homologar el acuerdo de los cónyuges; la separación, por lo tanto, no es consensual. Entre los esposos media un conflicto de intereses; en las audiencias respectivas uno de los cónyuges afirma la culpa del otro y éste la admite. En tal caso el procedimiento es contencioso y no voluntario, porque el juez decide la culpa de uno de los dos cónyuges según los hechos que exponen verbalmente en las audiencias. No se prescinde del elemento culpa, sólo se omite la mención expresa de la causal, que necesariamente debe existir, pues la separación debe fundarse en hechos graves que hagan moralmente imposible la vida en co-

⁽⁵⁵⁾ GUASTAVINO, *La posibilidad del reconocimiento exclusivo de culpa antes y despues de la separación judicial de los cónyuges*, La Ley, t. 143, p. 193, nº 6 y 24.

mún. La presentación conjunta, en consecuencia, no les quita a los cónyuges el carácter de partes contrarias (⁵⁶).

No obstante coincidir en que la separación reglada por el art. 67 bis está fundada en la culpa, adherimos a la doctrina que considera voluntario al proceso de divorcio por presentación conjunta (⁵⁷), porque aquella cuestión hace a la concepción sobre la naturaleza del divorcio por presentación conjunta, que es la de divorcio-sanción, y no a la naturaleza del medio procesal para obtener la sentencia de divorcio, que es lo que tratamos de dilucidar aquí, y ambos son problemas independientes.

Ya las antiguas enseñanzas de Caravantes contribuyen a fundar con sencillez y claridad esta última posición. Sostenía

(⁵⁶) MORELLO, *Carácter contencioso del proceso de separación personal por mutuo consentimiento*, JA 1938-VI- sec. prov. p. 387; REIMUNDIN, *El art. 67 bis de la LMC y el régimen de divorcio*, JA Doctrina 1972, p. 375; IBÁÑEZ FROCHAM, *La jurisdicción*, Bs. As., 1972, p. 95; SOSA, *El art. 67 bis de la LMC desde el punto de vista procesal*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, n° 2, abril-junio 1970; CRESPI, *Separación personal de los cónyuges por presentación conjunta*, E.D. 37-923, y en MORELLO-PORTAS, *Examen y crítica de la reforma del Cód. Civil*, La Plata, 1973, t. 4-vol. 1º, págs. 149/152. Algunos tribunales han admitido esta doctrina: S.C. Bs. As., 28/5/74 (por mayoría; en minoría el Dr. Martínez sostuvo el carácter voluntario del juicio de divorcio consensual), E.D. 55-447, La Ley 156-475 y JA 1974-24-526.

(⁵⁷) BRODSKY, *La materia procesal en el art. 67 bis de la ley 2393*, La Ley 135-897; FASSI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., 1972, t. III, p. 511; ZANNONI, *La atribución unilateral de culpa en el divorcio por presentación conjunta (A propósito de la función judicial en el proceso)*, La Ley 150-378; MANCUSO, *Regulación procesal del art. 67 bis de la L.M.C.*, Rev. de Estudios Procesales, Rosario, n° 6, dic. 1970, y *El art. 67 bis de la ley 2393*, en MORELLO-PORTAS, *Examen y crítica de la reforma del Cód. Civil*, cit., t. 4 - vol. 1º, pág. 207 y sgtes.; GOYENA COPELLO, *¿Es apelable la sentencia dictada en un juicio de divorcio por mutuo consentimiento?*, La Ley 136-1339 n° III; SIRKIN, *Inapelabilidad de la sentencia denegatoria en el proceso voluntario de separación personal*, E.D. 43-492. En el plenario del VI Congreso Nacional de Derecho Procesal (Tucumán, 1970), se aprobó el siguiente despacho: "El divorcio autorizado por el art. 67 bis es un proceso atípico de características propias, que exige soluciones especiales, pero que, en general, participa fundamentalmente de las notas diferenciales de la jurisdicción voluntaria". Se registran fallos que también aceptan esta posición: C. 1º C.C. Mar del Plata, 20/8/68, ídem 3/6/69, en JA Reseñas, 1969, p. 330, ns. 1 y 2; C. 1º Ap. Bahía Blanca, 20/8/68, La Ley 132-123 y JA 1968-VI-Sec. Prov., p. 387.

el procesalista español que la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria se diferencian: 1) en que la primera se ejerce inter nolentes, esto es, entre personas que tienen que acudir a juicio contra su voluntad por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas, mientras que la segunda se ejerce inter volentes, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una sola persona a quien importa la práctica de algún acto en cuya contradicción no aparece el interés de un tercero; 2) en que la primera se verifica con conocimiento legítimo de causa (por medio de prueba legal), y la segunda, sin conocimiento de causa, o con sólo conocimiento informativo; 3) en que la primera se ejerce pronunciando un fallo o providencia con arreglo a lo que resulta de lo expuesto y probado por las partes, y en la segunda, sólo se pide al juez la intervención de su autoridad para dar fuerza y eficacia a aquel acto ⁽⁵⁸⁾.

La doctrina procesal moderna confirma también la naturaleza voluntaria del juicio de divorcio reglado por el art. 67 bis al precisar los matices que diferencian ambos tipos de proceso.

En la jurisdicción voluntaria, se afirma, no hay dos partes, sino peticionarios; no hay un bien garantizado contra otro, una norma de ley para actuar contra otro, sino un estado jurídico que sin intervención del Estado no podría nacer. El proceso contencioso se caracteriza por la finalidad de obtener una sentencia que declare la existencia de algún efecto jurídico en contra o frente a una determinada persona, dirimiendo el conflicto de intereses suscitado entre dos sujetos que revisten la calidad de partes. En cambio, la jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin constitutivo; los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desarrollo de relaciones jurídicas existentes, integrando, constituyendo u otorgando eficacia a ciertos

⁽⁵⁸⁾ CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento*, Madrid, 1856, t. I, nº 11, págs. 129/130. En igual sentido: DE LA COLINA, *Derecho y legislación procesal*, Bs. As., 1915, t. I, nº 32.

estados o relaciones jurídicas privadas. Las decisiones judiciales, en estos casos, se dictan en favor del peticionario, pero no en contra o frente a un tercero (59).

Carnelutti con depurada técnica y agudos razonamientos, precisa los aspectos distintivos entre ambas clases de procesos. Define al litigio, al proceso contencioso, como el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro, y enseña que presenta dos elementos: uno material, que es el conflicto de intereses, y otro formal, que es el conflicto de voluntades. El proceso contencioso aparece cuando el conflicto de intereses deriva en una pugna de voluntades que debe dirimir el juez, haciendo prevalecer el interés de uno contra el otro (60). El conflicto de intereses no caracteriza por sí solo al proceso contencioso; requiere además, el conflicto de voluntades, en que uno de los interesados pretende que el interés ajeno se sacrifique al interés propio (61).

El nombre de jurisdicción voluntaria alude justamente a la falta de una pugna de voluntades, o sea a la inexistencia de los elementos formales propios del litigio. La intervención del juez, no obstante la falta de litigio, se explica por la conveniencia de una comprobación segura de los presupuestos de determinados efectos jurídicos, de tal modo que éstos no se produzcan sin dicha intervención. Ello no significa que el conflicto de intereses sea extraño a la función de la jurisdicción voluntaria, sostiene Carnelutti. Al contrario, precisamente porque ésta tiene por fin la participación o la vigilancia de la autoridad judicial en el ejercicio de los derechos subjetivos o,

(59) CHIOVENDA, *Principios de Der. Procesal Civil*, trad. J. Casais y Santa-ló, Madrid, 1922, t. I, págs. 365/366; CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Sentís Melendo, Bs. As., 1961, pág. 47; PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., 1967, t. I, nº 41.

(60) CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. de Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo, Bs. As., 1944, t. I, nº 14, páginas 44/45.

(61) CARNELUTTI, *ob. cit.*, t. I, nº 79, págs. 271/272; SATTI, *Diritto Processuale Civile*, t. I, p. 39 (citado por ZANNONI, *nota cit.*, La Ley, 150-378, nota 11).

en general, de los poderes jurídicos, y como la noción misma de derecho subjetivo o poder jurídico supone el conflicto de intereses, éste es un presupuesto tanto de la jurisdicción voluntaria, como de la contenciosa. Pero difiere la finalidad de la intervención del juez, el cual en materia voluntaria interviene para la mejor tutela del interés en conflicto, mientras que en materia contenciosa lo hace para la composición del conflicto (62).

Esto significa que en el proceso voluntario el conflicto de intereses se somete al control jurisdiccional de legitimidad o legalidad que el derecho impone a los sujetos en ciertos casos por razones de interés público o privado para integrar, constituir, o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas. El juez se limitará a integrar o no, constituir o no, a acordar o negar eficacia a una determinada relación jurídica. En el proceso contencioso se somete al juez un conflicto de intereses que se traduce en la pretensión de uno de los sujetos de subordinar el interés ajeno al interés propio, y el órgano jurisdiccional debe dirimir el conflicto haciendo prevalecer el interés de una de las partes sobre el de la otra.

Tal es el rasgo fundamental que diferencia a ambos procesos: en el proceso voluntario hay conflicto de intereses, pero coordinación de voluntades; no hay pretensión de un sujeto contra otro que se resiste a cumplirla. En el proceso contencioso hay conflicto de intereses, pero además, conflicto de voluntades, porque un sujeto pretende subordinar el interés de otro que se resiste al interés suyo.

De acuerdo a los principios expuestos el juicio de divorcio por presentación conjunta queda indudablemente tipificado como un proceso de jurisdicción voluntaria (63).

(62) CARNELUTTI, *ob. cit.*, t. I, nº 81, págs. 279/281.

(63) REDENTI, *Derecho procesal civil*, trad. de Sentís Melendo y Ayerra Redin, Bs. As., 1957, t. I, pág. 31, nº 7, pone como ejemplo de jurisdicción voluntaria la separación consensual de los cónyuges, mientras que el procedimiento de separación causado es manifiestamente de jurisdicción contenciosa.

Ambos cónyuges acuden de común acuerdo a la justicia para obtener la sentencia que pronuncie su separación personal; no hay pretensiones distintas y opuestas, ni tampoco hay pretensión de un cónyuge y resistencia actual del otro: No hay, en suma, dos partes; los cónyuges son peticionarios, ambos solicitan concordantemente la separación personal, que constituye el objeto esencial de la presentación conjunta. Si bien existe un conflicto de intereses entre los esposos, pues de lo contrario no se explicaría el pedido de separación, lo exacto es que ese conflicto no desemboca en una disputa, en una pugna por imponer un cónyuge su voluntad al otro, sino, que ese conflicto de intereses se traduce en una coordinación de voluntades que se plasma en la demanda conjunta de divorcio. Y ese juicio reglado por el art. 67 bis y que se basa en la voluntad mancomunada de los esposos, carece de la posibilidad de dar lugar al litigio, a la contienda, que caracteriza al procedimiento contencioso, pues en caso de retractación oportuna de uno o ambos cónyuges de su voluntad de separarse no queda otra alternativa que archivar el expediente.

Podrá existir contradicción en lo que respecta a la tenencia de los hijos o alimentos, o liquidación de los bienes comunes, pero son aspectos incidentales que no desvirtúan la naturaleza voluntaria del divorcio por presentación conjunta cuya finalidad esencial es la separación personal, pretensión común de ambos cónyuges. Tampoco las incidencias que se plantean en un juicio sucesorio le hacen perder a éste su carácter de proceso voluntario.

Además, en el juicio consensual de divorcio el juez sólo adquiere un conocimiento informativo de la cuestión a través de las manifestaciones verbales de los cónyuges en las audiencias de conciliación. No hay un conocimiento legítimo de la causa, por medio de la prueba legal, que caracteriza a los procesos contenciosos.

Por último, la función jurisdiccional, si bien no se limita a dictar un simple auto homologatorio, desde que el juez tiene

facultades para rechazar la demanda si a su criterio no hay causas graves que justifiquen la separación, sólo consiste en ejercer un control de legitimidad o legalidad de la separación misma. No es la composición de un litigio lo que presupone la intervención del juez en el juicio del art. 67 bis, sino la necesidad de declarar la legalidad de la separación solicitada de común acuerdo por los cónyuges acordando eficacia a lo convenido por ellos, y a tal efecto sólo debe comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 67 bis y valorar según su ciencia y conciencia las causas graves que autorizan la separación peticionada, a través del conocimiento meramente informativo que le brindan los cónyuges. En el proceso contencioso, en cambio, el juez debe dirimir el conflicto de voluntades derivado de un conflicto de intereses, haciendo prevalecer el interés de una parte sobre el de la otra (⁶⁴).

Las consecuencias prácticas de admitir la naturaleza voluntaria del juicio de divorcio por presentación conjunta son las siguientes:

a) No se aplican las normas sobre el desistimiento del proceso contencioso (arts. 304 C.P.C. de la Nación y art. 229, C.P.C. Santa Fe), por lo cual hasta la celebración de la segunda audiencia de conciliación cualquiera de los cónyuges puede retractarse unilateralmente de la solicitud conjunta de divorcio, y tal retractación tendrá eficacia sin necesidad de requerir el consentimiento del otro cónyuge. La demanda, en este caso, no tendrá efecto alguno (art. 67 bis última parte del párrafo primero). Luego de la segunda audiencia, la retractación unilateral carecerá de efectos, porque han precluido actos realizados de común acuerdo.

b) La sentencia dictada en el juicio de divorcio reglado por el art. 67 bis no hace cosa juzgada. No es una característica exclusiva de los juicios voluntarios, pero en ellos se da generalmente, y en este caso, si bien parecería que se dan

(⁶⁴) ZANNONI, *trabajo citado*, en La Ley 150-382; BRODSKY, *nota citada*, La Ley 135-898.

todos los requisitos formales para que la sentencia se considere con autoridad de tal, la falta de constancia de las causales invocadas por los cónyuges dejaría expedita la vía para reiterar eventualmente otra presentación en idéntico sentido (65).

c) Calificándose el juicio de separación consensual (66) como proceso voluntario, cada uno de los cónyuges no asume el carácter de parte, puesto que no hay pretensiones distintas y opuestas, sino coordinación de sus voluntades dirigida a una pretensión común, cual es obtener la sentencia de separación personal. Ambos esposos revisten, en consecuencia el carácter de peticionarios, de solicitantes.

d) Y asumiendo tal carácter en el juicio, obviamente, pueden ser patrocinados por un solo abogado sin desmedro de la ética profesional.

2. Competencia

Las acciones de divorcio, en cualquiera de las dos formas admitidas (contenciosa o consensual), se deben promover ante el juez del domicilio de los cónyuges (art. 104 LMC). Ahora bien, no obstante que el marido es quien fija el asiento de la familia y la mujer tiene como domicilio legal el domicilio del marido (art. 53 LMC y 90 inc. 9 CC), lo cierto es que la jurisprudencia ha resuelto pacíficamente que a los fines de determinar el juez competente para la acción de divorcio, el domicilio del matrimonio no es el domicilio real del marido al tiempo de promoverse la acción, sino el que tenía el matrimonio antes de la separación de hecho. Por lo tanto, en materia de juicios de divorcio —así como de nulidad de matri-

(65) LLAMBIÁS, *Estudio de la reforma*, p. 399, nota 475; GOYENA COPPELLO, *trabajo citado*, La Ley 136-1341.

(66) Se lo puede denominar también, como hemos adelantado (véase nota 35), juicio consensual de separación, porque se promueve sobre la base del acuerdo de los cónyuges, aunque dicho acuerdo no sea suficiente por sí mismo para decretar la separación.

monio— la competencia corresponde al juez del último domicilio conyugal (⁶⁷). Algunos autores sostienen que si media conveniencia para los esposos pueden prorrogar la competencia territorial en el divorcio consensual, e incluso estiman que el solo hecho de efectuar la presentación conjunta en las condiciones establecidas por la ley, obliga al juez requerido a intervenir en la causa, ya que tal presentación conlleva el acuerdo de los esposos también en materia de competencia territorial (⁶⁸).

3. La demanda

a) *Presentación conjunta*. El art. 67 bis establece que los cónyuges han de pedir su separación personal en “presentación conjunta”. Tales expresiones significan que los cónyuges deben comparecer conjuntamente en un solo y único escrito (⁶⁹). No cabe, por lo tanto, admitir que uno de los cónyuges promueva el juicio y busque la adhesión del otro mediante un traslado, ni tampoco se ajusta al texto y espíritu de la ley la presentación de dos escritos separados, en forma simultánea y recíproca (⁷⁰). En la práctica no se han planteado problemas,

(⁶⁷) SPOTA, *Trat. de Der. Civil*, t. I, vol. 3-3, n° 1261, p. 721, y t. II, vol. 12, n° 248; LAGOMARSINO, *Divorcio por presentación conjunta*, n° 12; BELLUSCIO, *Manual de Der. de Familia*, t. I, n° 234.

(⁶⁸) MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, *ob. cit.*, t. IV, vol. 1º, págs. 213/214; PIATIGORSKY, *El problema de la competencia en el juicio de divorcio normado por el art. 67 bis de la L.M.C.* Rev. Arg. de Der. Procesal, n° 1, 1972, pág. 23; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, n° 7, ap. III. En contra: LLAMBIAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, p. 608, número 7.

(⁶⁹) Conf.: CRESPI, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, *ob. cit.*, t. IV, vol. 1º, págs. 145/146; GOYENA COPELLO, *Divorcio por mutuo consentimiento*, pág. 11; AYARRAGARAY, *El art. 67 bis*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, n° 4, 1969. Bs. As., pág. 461, ap. 3º.

(⁷⁰) Admiten esta última solución: BORDA, *Familia*, t. I, n° 508-4; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, n° 631; LAGOMARSINO, *Div. por presentación conjunta*, n° 7; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, n° 8, ap. I; MANCUSO, *ob. cit.* en MORELLO-PORTAS, t. IV, vol. 1º, pág. 220; BELLUSCIO, *Manual de Der. de Familia*, t. I, n° 262.

la presentación siempre la hacen los cónyuges en un solo escrito, y tal es el criterio correcto.

La demanda es muy simple: no hay que hacer una relación circunstanciada de los hechos que han llevado a los cónyuges a pedir el divorcio. Sólo cabe expresar, además de la fecha de casamiento y adjuntar el acta respectiva, que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, en virtud de las cuales solicitan la separación, sin mencionar siquiera cuáles son esas causas. Pero si no obstante los cónyuges expusieran los hechos, tal circunstancia no puede ser motivo para rechazar la demanda, sin perjuicio de que el juez en la sentencia deba cumplir la obligación legal de omitir toda referencia a las causales aducidas, porque la reserva de las mismas es un beneficio a favor de los esposos del cual pueden prescindir ⁽⁷¹⁾.

b) *Intervención de apoderados.* La ley no impone la exigencia de que los cónyuges firmen personalmente el escrito de demanda, por lo tanto, la pueden promover por intermedio de apoderado. Y es lógico que así sea, puesto que en la demanda sólo se expresa que existen causas graves, sin mencionarlas, y recién en las audiencias prescriptas por el art. 67 bis los cónyuges deben explicar cuáles son esos motivos graves que fundan su solicitud, debiendo el juez intentar la conciliación, y por ello en esta oportunidad la ley impone la comparecencia personal de los esposos. La actuación personal de los cónyuges, entonces, sólo se hace inexcusable en las dos audiencias de conciliación. Además, si se admite el apoderamiento en el divorcio contencioso, en el cual hay que referir los hechos que configuran la causal invocada, con mayor razón se ha de aceptar en el divorcio por presentación conjunta, en cuya demanda no se mencionan las causas, y además debe

(71) GUASTAVINO, *Posibilidad del reconocimiento de culpa exclusiva antes y después de la separación judicial de los cónyuges*, La Ley 143-193, ns. 6 y 7; LAGOMARSINO, *Div. por presentación conjunta*, n° 10.

ser ratificada en la primera audiencia (⁷²). No es necesario que el mandato sea especial, basta el general para asuntos judiciales, pues el caso no está contemplado en el art. 1881 C. Civil (⁷³).

c) *Patrocinio letrado*. Otra cuestión controvertida es si los cónyuges pueden o no estar patrocinados por un solo letrado. El directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires en su sesión del 17/10/68 aprobó un dictamen según el cual no es ética ni legalmente posible el patrocinio de ambos cónyuges por un mismo profesional en el procedimiento establecido por el art. 67 bis de la ley 2393 (⁷⁴). Se argumenta que al acuerdo inicial puede seguir la controversia, y además cada uno de los cónyuges debe ser aconsejado independientemente sobre la conveniencia de acudir al divorcio consensual o al contencioso por las importantes consecuencias morales y patrimoniales que implica tal opción, lo cual no puede hacer un único letrado (⁷⁵).

(⁷²) ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 8, ap. II; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 632; LAGOMARSINO, *Divorcio por presentación conjunta*, nº 9; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV, vol. 1º, pág. 220; VI CONGRESO NACIONAL DE DER. PROCESAL (Tucumán, 1970), conclusión 4ª del tema 5º. En contra: AYARRAGARAY, *trabajo citado*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1969, nº 4, quien afirma que los esposos deben firmar personalmente el escrito.

(⁷³) BELLUSCIO, *Manual de Der. de Familia*, t. I, nº 236 En contra, exigiendo mandato especial: MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV, vol. 1º, pág. 221.

(⁷⁴) El texto de la resolución puede verse en E.D. 26-890.

(⁷⁵) Exigen un patrocinio independiente para cada cónyuge: CNCiv. Sala B. 22/4/70. E. D. 33-477; CNCiv Sala A, 30/8/74, La Ley 156-840 (31.820-S), CNCiv. Sala D, 14/XII/73, La Ley 154-655, sec. jurisp. agrup. sum. nº 20 y JA 1974 - t. 21 - p. 34; C. 1ª Civ. y Com. San Isidro, JA Reseñas 1970, p. 363, sum. nº 60; ídem, Reseñas, 1971, n. 17, sum. nº 12, CNCiv. Sala A, 3/11/70, La Ley 141-637 (25.294-S) y E.D. 34-249. Entre los autores: BELLUSCIO, *Manual de Der. de Familia*, t. I, nº 262; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 8, ap. II; CRESPI, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV, vol. 1º, pág. 151 y sgtes.; ANASTASI DE WALGER, *El patrocinio en el divorcio por mutuo consentimiento*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1969, nº 2, pág. 161; REIMUNDÍN, *trabajo citado*, en JA Doctrina 1972, pág. 735, nº III; MORELLO, *nota citada*, en JA 1968-V, sec. prov. p. 387; BRODSKY, *La materia procesal en el art. 67 bis*, en La Ley 135-897; SOSA, *El art. 67 bis de la L.M.C. desde el punto de vista procesal*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1970, nº 2, pág. 215; BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil...*, t. I, pág. 720, nº 4.

La cuestión, en realidad, se vincula con la naturaleza del juicio reglado por el art. 67 bis. Si se sostiene que es un proceso contencioso, lógicamente habrá de concluirse que cada cónyuge debe ser asistido por un profesional distinto; y si se afirma que es voluntario, se acepta implícitamente que un solo abogado puede patrocinar a ambos cónyuges (⁷⁶).

Y como nosotros hemos considerado que el proceso del art. 67 bis tiene las características fundamentales de la jurisdicción voluntaria, admitimos en consecuencia que ambos cónyuges puedan estar patrocinados por un solo letrado. Si los cónyuges están de acuerdo en la separación y en todos los efectos patrimoniales y personales que se producen, no hay motivo que impida a un solo abogado patrocinar los dos esposos. Así lo autorizan expresamente el Código Civil francés (art. 230, 2º párrafo, reformado por la ley 75-617 de 1975) y la ley brasileña 6515 de 1977 (art. 34, inc. 1º). Pero si desde el comienzo hay discrepancias sobre la forma de solucionar la tenencia de los hijos, régimen de visitas, liquidación de la sociedad conyugal o alimentos, cada cónyuge deberá actuar con su propio letrado patrocinante. Si las divergencias se plantean después de promovido el juicio por un solo abogado, sin duda que la ética le impondrá a éste retirarse del patrocinio de ambos cónyuges, no pudiendo moralmente en lo sucesivo defender los intereses de uno en contra del otro (⁷⁷).

(⁷⁶) Sin embargo, el VI Congreso Nacional de Derecho Procesal (Tucumán, 1970), aprobó la conclusión 5 del tema nº 5, que expresa: "En este proceso es necesario que los cónyuges sean patrocinados por distintos letrados", y la conclusión segunda había resuelto que el proceso en cuestión "participa de las notas fundamentales de la jurisdicción voluntaria". La misma incongruencia puede observarse en BRODSKY, *nota citada*, en La Ley 135-808, aunque llega a la conclusión de que se requiere la intervención de dos letrados por la posibilidad de plantearse controversias en materia de tenencia de hijos, liquidación de sociedad conyugal u otras cuestiones conexas. Pero en realidad, aunque se planteen tales incidencias no se altera la naturaleza voluntaria del divorcio por presentación conjunta (véase cap. X, ap. 1º).

(⁷⁷) C. 1º CC La Plata 13/2/69, La Ley, Rep. XXIX, p. 873, sum. nº 191; C. 1º CC Bahía Blanca, 20/8/68, JA 1968 - VI - sec. prov.,

En ninguno de estos dos casos se alterará la naturaleza voluntaria del juicio consensual de divorcio, por más que los dos cónyuges se hagan patrocinar en la demanda o posteriormente por dos profesionales, porque siempre existe el acuerdo sin discrepancias sobre el objetivo fundamental del juicio, que es la separación personal, de la cual derivan los efectos cuya regulación provocan las incidencias conexas.

4. *Las dos audiencias*

a) *Finalidad de las audiencias.* Dispone el art. 67 bis que el juez llamará a una audiencia para "oír" a las partes y "procurará conciliarlas". Fracasada la conciliación se convocará otra audiencia dentro de un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres. Si también ésta resultare estéril, "porque no se logra el avenimiento", el juez decretará la separación personal cuando según su ciencia y conciencia los motivos aducidos por los cónyuges sean suficientemente graves. En consecuencia, la norma legal a través de estas audiencias persigue dos propósitos: en primer lugar, que el juez escuche a las partes, conozca y analice los motivos que aducen para separarse; y luego, que intente conciliarlas.

b) *Comparecencia personal de los cónyuges.* Atento la finalidad que tienen ambas audiencias, de escuchar e indagar

pág. 387, E.D. 23-669 y La Ley, 132-122; C. 1º Mar del Plata, 3/4/69; ídem, 3/6/69, JA Reseñas 1969, pág. 330, sumarios 1 y 2; C. 2º CC Tucumán, 11/9/70, La Ley 141-548; CNCiv. Saal C, 9/3/71, JA 1971 - t. 11 - p. 555, sec. síntesis, sum. 112; S.T. Entre Ríos, Sala Civ. y Com., 6/8/69, E.D. 29-651 y La Ley 135-897. En doctrina: BORDA, *Familia*, t. I, nº 508-5 y *La reforma de 1968 al CC*, nº 310; LAGOMARSINO, *Div. por presentación conjunta*, nº 8; FASSI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Bs. As., 1972, t. III, pág. 513; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 633; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV, vol. 1º, págs. 259 y sgtes.; COLOMBO, *Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital Anotado y Comentado*, Bs. As., 1969, t. III, pág. 769, párr. 4; LAFLANDRA (h), *Divorcio por mutuo consentimiento, la ética profesional y el Colegio de Abogados*, E.D. 27-943; SIRKIN, *Patrocinio único e intervención de abogados en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, nº 1, 1970, págs. 66 y sgtes.

el juez a las partes e intentar una conciliación, consideramos que es inexcusable la presencia personal de los esposos en las dos ocasiones. Respecto a la primera, la opinión de la jurisprudencia y la doctrina es pacífica sobre la necesidad del comparendo personal de las partes. Pero en cuanto a la segunda audiencia, las discrepancias son notorias. Borda entiende que cumplida en la primera audiencia la tarea informativa y hecho infructuosamente por el juez un intento de conciliación, no parece lógico obligar a las partes a concurrir inexcusablemente a la segunda audiencia. Bastaría, a su juicio, que en esa oportunidad cualquiera de las partes presente un escrito ratificando su voluntad de separarse, para tener por cumplido el espíritu de la ley, que no ha sido otro que obligarlas a tomarse un período de reflexión⁽⁷⁸⁾. Tal criterio coincide con la intención que el mismo Borda atribuye al legislador de 1968 respecto al 67 bis: que funcione en la práctica como separación por mutuo consentimiento⁽⁷⁹⁾. Pero lo exacto es que no se instrumentó el mutuo consentimiento, porque éste en el régimen legal vigente no basta para obtener la separación judicial. El pronunciamiento requiere que el juez según su ciencia y conciencia considere suficientemente graves los motivos alegados por las partes. Y el conocimiento de los hechos y su convicción sobre la gravedad que revisten y la imposibilidad de avenir a las partes, sólo se adquieren a través de los mecanismos establecidos por la propia ley: las dos audiencias, cuyos objetivos, información del juez e intento de conciliación, no se lograrían sin la presencia personal de las partes. Por lo tanto, no se puede obviar la segunda audiencia con la presentación de un escrito ratificatorio de la decisión de separarse, ni los cónyuges pueden sustituirse por manda-

(78) BORDA, *La reforma de 1968 al C. Civil*, nº 309, pág. 436, y *Familia*, t. I, nº 508-4, pág. 405. MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV, vol. 1º, págs. 231/232, entiende que el escrito debe ser presentado por ambos cónyuges, y no por cualquiera de ellos como considera BORDA. En este sentido, sentencia del Juez Civil de la Capital Federal, Dr. D'ALESSIO, 17/II/71, JA 1972, t. 14, p. 107.

(79) BORDA, *La reforma al Cód. Civil de 1968*, nº 306, pág. 428.

tarios, porque de ambas formas se estaría frustrando el intento de conciliación que el juez debe efectuar por mandato imperativo de la ley. Sus claros términos no admiten dudas ⁽⁸⁰⁾.

c) *La presencia del juez.* Las dos audiencias deben ser tomadas personalmente por el juez, porque es él quien debe realizar en ambas oportunidades la tarea conciliatoria, y además, informarse de las desavenencias conyugales para tomar conciencia de la gravedad de los motivos invocados y poder decretar así la separación solicitada ⁽⁸¹⁾.

d) *Carácter reservado de las actuaciones.* La reserva comienza en realidad con la demanda misma, porque las partes sólo deben limitarse a expresar que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común. Y luego,

⁽⁸⁰⁾ Conf.: AYARRAGARAY, *trabajo citado*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1969, nº 4, pág. 463; BELLUSCIO, *Divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley 130-1000, nº 7, y *Manual de Der. de Familia*, t. I, número 264; LAGOMARSINO, *La segunda audiencia en el proceso de divorcio por presentación conjunta*, JA 1972 - t. 14 - p. 107; MAZZINGHI, *Sobre la presencia personal de los cónyuges en la segunda audiencia del divorcio por presentación conjunta*, La Ley, 1977-C-227; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 636; GOYENA COPELLO, *Divorcio por mutuo consentimiento*, pág. 17; HERMIDA, *La segunda audiencia que prescribe el art. 67 bis de la ley de mat. civil.*, La Ley 1976-C-602; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 8, ap. II, pág. 36; y ns. 13 y 14, pág. 49; BELLUSCIO-ZANNONI, *Cód. Civil...*, t. I, pág. 721, nº 5; LLAMBÍAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, págs. 609/610, ns. 13 y 17; CRESPI, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, pág. 146, ap. d); SOSA, *trabajo citado*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1970, nº 2, pág. 225. La jurisprudencia nacional exige la presencia personal de los cónyuges en las dos audiencias: CNCiv Sala F, 27/11/75, La Ley 1976-A-486 (33.180 - S); CNCiv Sala E, 15/2/77, La Ley 1977-B-334 y E.D. 73-227; C. Civ. y Com. Sala 2ª Morón, 23/2/78, JA 1978-III-255 y La Ley 1978-C-92; CNCiv Sala F, 13/4/78, La Ley 1978-C-460; Sup. Trib. Chubut, 26/5/77, JA 1978-II-Sum. nº 16; SC Bs. As., 23/11/76, JA 1977-II-573; C. Fam. y Suc. Tucumán, 17/2/78, JA 1978-IV-478, etc. En contra: CNCiv Sala B, en fallo del 31/3/77 aceptó que el marido se hiciera representar por apoderado en la segunda audiencia (se trataba de un diplomático argentino residente en Holanda), La Ley 1977-C-227 y E.D. 74-733.

⁽⁸¹⁾ Conf. LLAMBÍAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, pág. 610, nº 18, y demás autores y obras citados en nota anterior. En contra: BORDA, *Familia*, t. I, nº 508-4 quien opina que la presencia del juez es sólo indispensable en la primera audiencia, salvo que las partes pidan su comparecencia a la segunda, y MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV, vol. 1º, págs. 230/231.

al referirse el art. 67 bis a la primera audiencia, establece que "las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta". Por último, dispone que el juez en la sentencia "se limitará a expresar que dichos motivos (los aducidos por las partes) hacen moralmente imposible la vida en común, evitando indicar cuáles son los hechos aducidos". En suma, la reserva se impone a lo largo de todo el proceso y, por ende, en las dos audiencias, no debiendo quedar constancia en acta de las confidencias efectuadas por los cónyuges al juez. La discreción impuesta por la ley al procedimiento es una de sus ventajas. Se evita así que consten en el expediente los agravios que han llevado a los cónyuges a solicitar la separación, manteniéndose al abrigo de toda indagación posterior, lo cual sin duda beneficia a los propios hijos. Tal circunstancia, además, es propicia para que las partes se expresen con amplitud ante el juez sobre las causas de la desarmonía conyugal, lo cual posibilita la tarea conciliatoria del magistrado y contribuye a formar su convicción acerca de la gravedad de los motivos invocados. Por otra parte, no hay necesidad de exponer los hechos cuando no están controvertidos ⁽⁸²⁾.

e) *La presencia de los letrados.* El clima confidencial de las audiencias unido a la exigencia de la presencia personal de los cónyuges, hizo pensar a algunos jueces que el propósito de la ley fue excluir la intervención de los letrados en dichas audiencias. Este criterio provocó reacciones de entidades profesionales y numerosos trabajos doctrinarios sobre el tema a la par que diversos pronunciamientos judiciales. El Colegio de Abogados de Buenos Aires aprobó un dictámen el 28/11/68 según el cual los objetivos de las dos audiencias no justifican que se excluya al profesional, por lo que "resulta lesivo a la dignidad del patrocinio que los abo-

(82) BORDA, *La reforma de 1968 al C. Civil*, nº 313, y *Familia*, t. I, nº 508-8; LACOMARSINO, *Divorcio por presentación conjunta*, nº 16; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 16.

gados deban quedar afuera de la audiencia a la que sus clientes entran" (83). El Colegio de Abogados de La Plata, a su vez, dictaminó en sentido similar, afirmando que los cónyuges deben actuar con patrocinio letrado durante todo el proceso, aun en las audiencias (84).

Goyena Copello y Mancuso sostienen la necesaria e inexcusable intervención de los letrados durante todo el transcurso de las dos audiencias (85). Cipriano también opina que la naturaleza de la función letrada determina que el patrocinio debe acontecer sin suspensiones ni quebrantos, y que las audiencias del art. 67 bis no impiden la presencia de los letrados (86).

El Superior Tribunal de Entre Ríos en sentencia del 6/8/69 resolvió que los letrados patrocinantes pueden concurrir a las audiencias del art. 67 bis, si no hay disconformidad de las partes (87).

La Cám. Nac. Civil Sala A, integrada por los Dres. de Abelleyra, Garzón Maceda y Llambías, resolvió el 12/8/69 que los jueces pueden disponer la comparecencia individual o conjunta de las partes, sin la presencia de sus letrados, si así lo consideran conveniente, para averiguar la verdad de los hechos invocados como moralmente impeditivos de la convivencia, pues a ello están autorizados no sólo por la norma sustantiva mencionada, sino también por los incs. 2 y 4 del art. 36 del CPC de la Nación. Luego de escuchar a las partes,

(83) Puede verse en E.D. 26-890. LAGOMARSINO, *Div. por presentación conjunta*, nº 19, comparte este dictamen, y también ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 633, pág. 204.

(84) Su texto en el Boletín del Colegio de Abogados de La Plata, junio/julio 1969, nº 67, pág. 7.

(85) GOYENA-COPELLO, *Sobre la necesidad de un fallo plenario (artículo 67 bis, actuación de los letrados)*, E.D. 29-648; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, pág. 267; BELLUSCIO, *Manual...*, t. I, nº 262, p. 401.

(86) CIPRIANO, *La jerarquía del abogado y las audiencias del art. 67 bis de la L.M.C.*, La Ley 136-1516.

(87) S. T. de Entre Ríos, 6/8/69, La Ley 135-897, E.D. 29-651 y JA 1969 - IV - sec. prov. p. 821.

si fuera requerida la presencia de los abogados, los jueces deben acceder al pedido para que la audiencia continúe celebrándose con dicha asistencia, de modo que puedan cumplirse las funciones que a los letrados compete ⁽⁸⁸⁾.

La Sala A elaboró la doctrina que nos parece correcta: los letrados deben intervenir en las audiencias, pero ello no impide que el juez mantenga conversaciones a solas con los cónyuges, separadamente o con ambos en forma conjunta, o con los letrados, si lo estima conveniente para el mejor cumplimiento de la finalidad de las audiencias. Tal es la doctrina mayoritaria ⁽⁸⁹⁾, la conclusión del VI Congreso Nacional de Derecho Procesal (Tucumán, 1970) ⁽⁹⁰⁾, y la solución del Código Civil francés (arts. 231 y 252, reformados por la ley 75-617 de 1975) y de la ley brasileña 6515 de 1977 (art. 3, inc. 3º).

f) *Desarrollo de la primera audiencia.* El art. 67 bis dispone: "El juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas". No establece el plazo para fijar la audiencia, pero se sobreentiende que ha de ser un término breve para no dilatar el procedimiento. Y agrega que "si los cónyuges no comparecieren personalmente, el pedido (de separación personal) no tendrá efecto alguno". O sea, la norma legal presume, en caso de incomparecencia de los cónyuges, un desestimiento que opera la caducidad automática del proceso. Pero la doctrina y la jurisprudencia han interpretado que cuando la incomparecencia es justificada y los cónyuges manifiestan su voluntad de continuar el trámite del jui-

⁽⁸⁸⁾ CNCiv Sala A, 12/8/69, La Ley 137-152 y E.D. 29-647.

⁽⁸⁹⁾ BORDA, *La reforma de 1968 al C. Civil*, nº 309, pág. 436, y *Familia*, t. I, nº 508-4; LLAMBIAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, pág. 611, nº 19; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 15; CRESPI, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, págs. 156/157; HERMIDA, *Los letrados y su intervención en los juicios del art. 67 bis de la ley 2393*, E.D. 30-839.

⁽⁹⁰⁾ La conclusión 6ª del tema 5º, aprobada en el plenario, dice así: "Los letrados pueden estar presentes en las audiencias previstas en el art. 67 bis de la ley 2393, reformada por la ley 17.711, siendo atribución del juez conversar por separado con una o ambas partes sin la presencia de letrados durante la audiencia, según lo aconsejen las circunstancias".

cio, no procede el rechazo de la acción, debiéndose fijar nueva fecha de audiencia (⁹¹).

Si los cónyuges comparecen y media conciliación, el juez deberá homologarla y resolverá el archivo de las actuaciones.

Si no se logra el avenimiento, el juez debe citar a las partes a la segunda audiencia.

Pero si los motivos aducidos por los cónyuges, según la ciencia y conciencia del juez, no son suficientemente graves, y el magistrado se forma decididamente esta convicción ya en la primera audiencia, corresponde que sin más trámite rechace la acción (⁹²).

g) *Plazo y desarrollo de la segunda audiencia.* Esta audiencia se convocará dentro de un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres. Este período responde a la conveniencia de que los cónyuges reflexionen a fin de asegurar la seriedad y firmeza de la decisión adoptada. El plazo mínimo de dos meses no puede reducirse porque es la garantía para que los cónyuges mediten sobre la resolución que han tomado. La prórroga del plazo máximo (tres meses) sería procedente porque al ampliar el término se posibilita la búsqueda de la reconciliación, que es la finalidad querida por la ley, por lo cual no habría inconvenientes en prorrogar el plazo para celebrar la segunda audiencia, a pedido de ambos cónyuges (⁹³). Si sólo hay petición de uno de ellos y oposición del otro, entendemos que no corresponde la prórroga.

(⁹¹) CNCiv Sala D, 20/9/73, La Ley 153-2 y JA 1974 - t. 21 - página 34; C. 1º CC La Plata, Sala III, 10/9/74, E.D. 58-192; C. 1º CC, Sala II, La Plata, 23/2/72, La Ley, Rep. XXXIII; p. 542, sum. número 38; CNCiv Sala D, 20/2/73, E.D. 48-382; ídem, 20/9/73, E.D. 50-474; CRESPI, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, pág. 147; LAGOMARSINO, *Div. por presentación conjunta*, nº 17; LLAMBIAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, p. 610, nº 17.

(⁹²) AYARRACARAY, *estudio citado*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1969, nº 4, p. 464; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV-vol. 1º, pág. 228; LLAMBIAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, pág. 610, nº 17; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 635, pág. 206.

(⁹³) ZANNONI, *Der. de Fam.*, t. II, nº 637; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 12; GOYENA COPELLO, *trabajo citado*, en La Ley, 136-1339. En un caso en que no se había celebrado la segunda audiencia

El objetivo de este segundo comparendo es lograr la conciliación de los esposos (⁹⁴), y también brindar al juez la posibilidad de conocer más ampliamente las causas de la desaveniencia matrimonial para un mejor pronunciamiento sobre la separación solicitada (⁹⁵).

Los cónyuges, por lo tanto, deben comparecer personalmente; no puede sustituirse por mandatarios, porque frustrarían la finalidad de la audiencia, ni tampoco pueden suplirla con un escrito ratificatorio de su voluntad de divorciarse, pues entonces estarían violando la ley al prescindir lisa y llanamente de uno de los requisitos impuestos para la procedencia de la acción. "Los dos audiencias, ha declarado el Sup. Tribunal de Justicia de Chubut, son actos puestos por la ley en función de un interés público y no de las partes, conformando dispositivos de orden público, imperativos e irrenunciables, cuya violación desencadena la nulidad del proceso magüer la voluntad concertada de los intervinientes" (⁹⁶).

La incomparecencia injustificada de uno o ambos cónyuges a la segunda audiencia importará, por lo tanto, un desestimiento automático de la acción e impide al juez dictar sen-

dentro del plazo máximo de tres meses, el juez Civil de la Capital, Dr. GRANDOLI, en fallo firme del 15/XII/77 (La Ley 1978-C-107), estimó que excederse en el plazo temporal previsto por el art. 67 bis para la celebración de la segunda audiencia de conciliación no puede constituir un obstáculo para el dictado de la sentencia, porque la obligación primordial del juez no radica en dictar el divorcio, sino en procurar el avenimiento de los cónyuges, y si éstos en la búsqueda de la reconciliación necesitan más de tres meses, no pueden ser sancionados con la pérdida del derecho a obtener sentencia, si deciden que sus posiciones son inconciliables.

(⁹⁴) Sostienen que la finalidad de la segunda audiencia es exclusivamente el intento de lograr el avenimiento de las partes: MANCUSO, *ob. cit.* en MORELLO-PORTAS, t. IV-vol. 1º, pág. 231; LLAMBIAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, pág. 610, nº 17; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 635, p. 207.

(⁹⁵) Cf.: ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 16, pág. 50; SOSA, *trabajo citado*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1970, nº 2, pág. 225; C.N. Civ. Sala A, 3/11/70, La Ley 141-637 (25.294-S).

(⁹⁶) Sup. Trib. Justicia Chubut, 26/5/77, JA 1978-II-sum. nº 16. Véase doctrina y jurisprudencia citadas en nota 80.

tencia, produciéndose la caducidad del proceso. El juez, en consecuencia, no tiene otra alternativa que rechazar la demanda. Se produce así el mismo efecto que provoca la inasistencia injustificada de uno o ambos cónyuges a la primera audiencia (97).

Si las partes concurren y se logra un avenimiento, corresponderá homologarlo y archivar las actuaciones.

No obtenida la conciliación, el juez dictará sentencia haciendo lugar a la separación, cuando, según su ciencia y conciencia, los motivos alegados por los cónyuges sean suficientemente graves.

5. *Desistimiento de la acción*

Promovido el divorcio consensual, las partes pueden por mutuo acuerdo desistir de la acción, presentando un escrito al juez o no concurriendo ambas a la primera o segunda audiencia. También pueden desistir unilateralmente de la misma forma. Pero la cuestión que se plantea es hasta cuándo pueden efectuarse válidamente los desistimientos aludidos.

(97) C. 1º CC San Isidro, 31/8/69, La Ley 137-452; C.Ap. CC Sala II, Morón, 23/2/78, La Ley 1978-C-92 y JA 1978-III-255; CN Civ. Sala E, 25/11/70, La Ley Rep. XXXI, p. 676, sum. nº 74; CN Civ. Sala C, 8/6/76, E.D. 68-467 y La Ley 1976-D-67; C. 1º CC La Plata Sala III, 10/9/74, E.D. 58-192; CN Civ. Sala F, 27/11/75, La Ley 1976-A-486 (33.180-S); idem, 13/4/78, JA 1978-III-sum. nº 9 y La Ley 1978-C-460; CN Civ. Sala A, 20/2/73, E.D. 48-382; C. 1º CC La Plata, Sala II, 23/3/72, E.D. 42-525, etc. LLAMBIAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, pág. 610, nº 17; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 13; LAGOMARSINO, *Div. por presentación conjunta*, nº 21, pág. 30; CRESPI, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV-vol.1º, pág. 146/147; BELLUSCIO, *Manual de Der. de Familia*, t. I, nº 264. BORDA, *La reforma al C. Civil de 1968*, nº 309, p. 437, y *Familia*, t. I, nº 508-4, pág. 405 y MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV, vol. 1º, pág. 232, afirman los dos que si los esposos no concurren a la 2da. audiencia o no la obvian mediante un escrito, el juez no podría decretar el divorcio y se produciría la caducidad del proceso. En contra, sosteniendo que la inasistencia de uno de los cónyuges a la segunda audiencia no impide decretar el divorcio: Juez Civil Dr. VILLAR, Capital Federal, fallo del 19/9/75, La Ley 1976-A-301.

Habrá entonces que distinguir si se trata de un desistimiento unilateral o bilateral:

a) *Desistimiento bilateral*. Se puede concretar aún después de celebrada la segunda audiencia y hasta que se dicte sentencia (⁹⁸).

b) *Desistimiento unilateral*. Creemos que después de celebrada la segunda audiencia, han concluido las etapas procesales en que los esposos podían retractar unilateralmente su consentimiento. El trámite está terminado y media preclusión. Sólo cabe que el juez dicte sentencia, pues fracasado el intento de conciliación, el acuerdo de los esposos en separarse, o sea el acto plurisubjetivo o plúrimo que emerge de la segunda audiencia y que vincula al juez, no puede suprimirse por la voluntad unilateral de una de las personas que concurrió a perfeccionarlo. No cabe atribuir la facultad de destruir el efecto jurídico a quien no tiene el poder por sí solo de producirlo. Sólo el mutuo acuerdo de los esposos podrá impedir el advenimiento de la sentencia de divorcio luego de celebrada la segunda audiencia (⁹⁹). Además, de esta manera se evitan actitudes de los cónyuges que pueden llevarlos a retractar su consentimiento para el divorcio, después de haberlo ratificado en las dos audiencias, movidos sólo por el ánimo de lograr mayores ventajas económicas (¹⁰⁰). Prestigio-

(⁹⁸) Cf.: ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 20; LLAMBÍAS, *Estudio de la Reforma*, pág. 400; BELLUSCIO, *El divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley 130-1000, nº 18; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 644 página 221; CNCiv Sala B, 22/12/75, JA 1977-I-síntesis, sum. nº 10.

(⁹⁹) Véase voto del Dr. SARRABAYROUSE VARANGOT, en fallo de la SC Bs. As. del 28/5/74, en La Ley 156-476, y el comentario a dicho fallo de SPOTA.

(¹⁰⁰) CNCiv Sala E, del 15/2/77, La Ley 1977-B-334; SC Bs. As., 28/5/74, La Ley 156-476, E.D. 55-447 y JA 1974 - t. 24, pág. 256; Juzg. Civil y Comercial Tres Arroyos, 26/3/73, JA 1973 - t. 19 - página 649; BELLUSCIO, *El divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley 130-1000, nº 18, y *Manual de Der. de Familia*, t. I, nº 232; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 644; CRESPÍ, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, pág. 153; SPOTA, *El divorcio consensual y la retractación unilateral*, en La Ley 156-475. ESCRIBANO afirma que el desisti-

sos autores sostienen, sin embargo, que el desistimiento unilateral se puede efectuar válidamente hasta la sentencia, pues el acuerdo es la base del pronunciamiento y por ello éste no puede dictarse si el acuerdo ha desaparecido ⁽¹⁰¹⁾.

6. *Intervención de funcionarios judiciales*

a) *Agente Fiscal*. En base a los arts. 116 inc. 6º y 119 de la ley 1893 que establecen la intervención del Ministerio Público en todos los negocios concernientes al orden público y en todas las causas sobre filiación y todas las demás relativas al estado civil de las personas, los tribunales nacionales han declarado necesaria la intervención Fiscal en los juicios de divorcio tramitados por el procedimiento del art. 67 bis. Sostienen que la trascendencia social que reviste el divorcio requiere que el Ministerio Público Fiscal compruebe la existencia de los requisitos que legitimen la presentación de los cónyuges (dos años de matrimonio), la validez de la partida respectiva, la celebración de las dos audiencias, la asistencia personal a ellas en presencia del juez, el transcurso del plazo no menor de 60 días entre las dos audiencias, y que el contenido de la sentencia se ajuste al régimen legal impuesto en la materia por la ley de matrimonio civil. Además, es necesario asegurar el cumplimiento estricto de los alcances que produce la sentencia en orden a lo establecido por el art. 67 bis según el cual no es posible disponer la separación personal por culpa exclusiva de uno de los cónyuges. Esa interven-

miento unilateral después de la segunda audiencia no impide el pronunciamiento, pero su eficacia queda librada al criterio del juez, *Divorcio consensual*, nº 20, pág. 75.

⁽¹⁰¹⁾ CNCiv Sala B, 22/12/75, E.D. 68-467, sum. nº 3; LLAMBIAS, *Estudio de la Reforma*, pág 400, quien sostiene además que el cónyuge que ha desistido debe cargar con las costas. En igual sentido: LAGOMARSINO, *Div. por presentación conjunta*, nº 25. BORDA, *Familia*, i. I, nº 508-3; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, pág. 234; GOYENA COPELLO, *Divorcio por mutuo consentimiento*, pág. 13.

ción se concretará en una vista del expediente antes de dictar sentencia (¹⁰²).

Sin embargo, otros tribunales y una mayoritaria doctrina han entendido que es innecesaria la intervención del Fiscal en los juicios de divorcio por presentación conjunta. Consideran que la intervención de los Agentes Fiscales en las causas de divorcio tenía por objeto evitar la confabulación de los esposos para obtenerlo por mutuo consentimiento en violación de lo dispuesto por el art. 66 LMC, ahora derogado por la ley 17.711. Fuera de tal finalidad se entendió que el Agente Fiscal carecía de calidad de parte en el juicio y no podía sustituirse a los esposos en la defensa de sus derechos. Probada la culpa de uno u otro cónyuge, el divorcio era inobjetable para el Fiscal. Por lo tanto, en los divorcios tramitados según el art. 67 b's, es innecesaria la intervención del fiscal, ya que fundada la petición en el acuerdo de los cónyuges sobre la existencia de causas graves que hacen imposible la convivencia, no tendría sentido el control tendiente a evitar

(¹⁰²) Plenario de la Cám. Nacional Civil del 15/7/77, La Ley 1977-C-352 y JA 1977-III-468; CNCiv Sala A, 5/3/76, JA 1976-III-651 y La Ley 1976-C-292; CNCiv Sala B, 4/8/76, JA 1976-III-652 y La Ley 1976-C-386. En igual sentido: SC Bs. As., 23/11/76, JA 1977-II-573 y E.D. 72-615; C. Civ. y Com. Sala 2ª, Morón, 23/2/78, JA 1978-III-255. En doctrina: CRESPI, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, pág. 160; PÉREZ CORTÉS, *El art. 67 bis de la L.M.C., la intervención del Ministerio Público Fiscal y el avance divorcista en la legislación argentina*, JA 1976-III-778; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, pág. 269/270; COSSIO, *Intervención del Ministerio Fiscal en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley 1976-D-842; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 645, aunque sostiene que es funcionalmente discutible porque se otorgan al Ministerio Fiscal atribuciones que no son las que las leyes tuvieron en consideración al establecer su intervención del Agente Fiscal en el procedimiento que propone en sus IV Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969) establece la intervención del Agente Fiscal en el procedimiento que propone en sustitución del art. 67 bis (*ob. cit.*, t. II, págs. 526/528). LAGOMARSINO, *Div. por presentación conjunta*, nº 22, afirma incluso que el fiscal debe controlar hasta la existencia de causas graves. Pero ello implicaría la participación del representante del Ministerio Público en las audiencias de información y conciliación prescriptas por el art. 67 b's, lo cual violaría la reserva que impone la misma norma, y, por lo tanto, uno de los requisitos esenciales del procedimiento consensual.

una posible colusión. Por otra parte, como los hechos alegados por los cónyuges se mantienen en reserva, y la apreciación de su gravedad queda librada a la ciencia y conciencia del juez, ninguna función le cabe cumplir al Fiscal, a no ser la de contralor de la libre convicción del magistrado, lo cual es inadmisibile (103).

La opinión según la cual debe mantenerse su intervención con el objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos formales, no es aceptable ya que a ese solo fin su actuación resulta superflua en razón de tratarse de circunstancias que no pueden escapar al examen del magistrado o que dependen de éste, a más de que están fuera del objeto reconocido a la actuación del Ministerio Público Fiscal. "Para algo el juez tiene el gobierno del proceso y debe velar por su regularidad", dice Fassi. "No puede ser que se dude de su diligencia hasta el punto de convertir al Agente Fiscal en un vigilante del cumplimiento de cada uno de los recaudos y pasos del procedimiento" (104). Ello implicaría, sin duda, le-

(103) Voto en minoría de los Dres. COLLAZO, CIFUENTES, BELLUSCIO, CICHERO, FLIESS, CARNEVALE y VERNENGO, en el plenario de la CNCivil del 15/7/77, La Ley 1977-C-352 y JA 1977-III-468; CNCiv Sala F, 30/7/76, JA 1976-III-653; ídem, 23/8/76, La Ley 1976-C-386; CNCiv Sala C, 29/6/76, La Ley 1976-C-291 y E.D. 68-467; CNCiv Sala F, 10/5/76, La Ley 1976-C-237 y E.D. 68-468; CNCiv Sala E, 6/7/76, JA 1976-III-653; CNCiv Sala C, 11/3/76, E.D. 67-355. También cabe computar en esta corriente jurisprudencial al Tribunal Colegiado de Santa Fe. FASSI, *Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de divorcio por presentación conjunta*, La Ley, 1976-C-291; y *Cód. Procesal Civil y Comercial*, t. III, pág. 513; BELLUSCIO, *El divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley 130-1002, y *Manual de Der. de Familia*, t. I, n° 263; BORDA, *Familia*, t. I, n° 508-6 y *La reforma de 1968 al C. Civil*, n° 311; GOYENA COPELLO, *Divorcio por mutuo consentimiento*, pág. 19; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, n° 10. LLAMBÍAS adopta una posición intermedia: por una parte acepta que en el divorcio por presentación conjunta no hay lugar para que el fiscal desempeñe su función, porque la admisión y valoración de las causas graves de la desavenencia conyugal, de las que no queda constancia alguna, queda sujeta a la ciencia y conciencia del juez (*Estudio de la Reforma*, pág. 404), y por otra parte, admite que el Fiscal tiene limitada su actuación al contralor del cumplimiento en el proceso de los requisitos estrictamente formales (*Cód. Civil Anotado*, t. I, p. 611, n° 18-b).

(104) FASSI, *nota citada*, en La Ley 1976-C-291.

sionar la autoridad y dignidad de los jueces, que quedarían sujetos al control de su desempeño por funcionarios de inferior jerarquía.

Tampoco corresponde la intervención del Fiscal para asegurar el cumplimiento estricto de los alcances de la sentencia dispuestos por el art. 67 bis e impedir que se declare el divorcio por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, puesto que una resolución en tal sentido no afecta el orden público, satisfecho con que el juez esté convencido de la existencia de causas suficientemente graves, aunque imputables a uno de los esposos.

En suma: el régimen especial del art. 67 bis puede considerarse derogatorio de normas que con carácter general establecen la participación en juicios del Agente Fiscal en resguardo del orden público. Concluimos, entonces, afirmando que es improcedente la intervención del Fiscal en el juicio de divorcio por presentación conjunta.

b) *Defensor de Menores*. Siendo el Ministerio de Menores el representante promiscuo de los mismos y parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que se trate de las personas o bienes de ellos, bajo pena de nulidad de todo acto o juicio que hubiere lugar sin su participación (arts. 59 y 494 del C. Civil), es indispensable su intervención en el juicio de divorcio por presentación conjunta siempre que haya de resolverse la guarda de menores. Por ello la Sala E de la Cám. Nac. Civil, ha declarado nula una sentencia de divorcio por presentación conjunta en la parte relativa a la guarda de los hijos, por no haberse requerido previamente la opinión del asesor de menores (105).

El Ministerio de Menores tiene iguales atribuciones que el juez en cuanto a contacto personal con los padres y con

(105) CNCiv Sala E, 15/5/69, E.D. 29-655 y La Ley 136-657.

el hijo, y puede requerir las informaciones y explicaciones que considere conveniente (¹⁰⁶).

Se ha de asegurar sin embargo la reserva impuesta a las actuaciones sobre lo principal, por lo que el representante del Ministerio de Menores no debe participar en las audiencias que prescribe el art. 67 bis, ni intervenir en ninguna otra actuación referida estrictamente al divorcio (¹⁰⁷).

Para garantizar la reserva de las actuaciones principales se aconseja formar incidentes separados sobre tenencia de hijos y régimen de visitas, en los cuales debe intervenir como parte legítima y esencial el Ministerio de Menores (¹⁰⁸). Pero la reserva impuesta al trámite de divorcio no alcanza a las actuaciones relacionadas con la tenencia de los hijos menores (¹⁰⁹).

Este incidente se puede tramitar en forma paralela al divorcio y resolverse conjuntamente, o bien decidirse con posterioridad a la sentencia que decreta la separación, pues son problemas independientes (¹¹⁰).

En la práctica, cuando los cónyuges llegan a un acuerdo sobre la tenencia de los hijos y el régimen de visitas, normalmente se incluye el convenio en la misma demanda de divor-

(¹⁰⁶) MÉNDEZ COSTA, *Algunos aspectos de la guarda de menores*, JA 1975 - t. 27 - p. 713, nº 13. SAGESSE - PÉREZ CORTÉS, *La intervención del asesor de menores en el juicio de divorcio por causa reservada*, JA 1968-VI-771. C. 1º CC Bahía Blanca, 4/11/69, La Ley 137-453.

(¹⁰⁷) Fallos citados en notas 105 y 106; SAGESSE y PERÉZ CORTÉS, *nota citada*, JA 1968-VI-771; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV, vol. 1º, pág. 270; BELLUSCIO, *Manual de Der. de Familia*, t. I, número 263; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 11. En contra: sosteniendo que el Ministerio Pupilar puede participar en las audiencias: LAGOMARSINO, *Divorcio por presentación conjunta*, nº 23; y BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil...*, t. I, p. 721, nº 5.

(¹⁰⁸) LLAMBÍAS, *Estudio de la Reforma*, pág. 401, y *Código Civil Anotado*, t. I, p. 611, nº 18; BORDA, *Familia*, t. I, nº 508-6; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 32, p. 115.

(¹⁰⁹) Cám. 1ª CC, Mercedes, 27/10/70, La Ley 141-567 y E.D. 37-206.

(¹¹⁰) MÉNDEZ COSTA, *trabajo citado*, en JA 1975 - t. 27 - p. 714, nº 14; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 32, p. 115; BELLUSCIO, *Divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley 130-1000, nº 20.

cio. En estos casos no se forma incidente por separado, pero el juez antes de dictar sentencia debe correr vista al Ministerio de Menores para que se imponga del acuerdo de los cónyuges respecto a los hijos menores.

El incidente por separado deberá formarse cuando no hay coincidencia entre los esposos y uno de ellos plantea la cuestión de la tenencia y régimen de visitas, o cuando el acuerdo presentado no satisface la conveniencia de los hijos a criterio del juez o del Defensor de Menores.

7. Cambio del juez antes de la sentencia

Si por cualquier causa durante el proceso ocurre el cambio de juez, la solución dependerá de la etapa del procedimiento en que se produzca la sustitución del magistrado:

a) Si se produce antes de la primera audiencia, el trámite continúa su curso normal.

b) Si se produce después de la primera audiencia, el nuevo magistrado debe celebrar el segundo comparendo, interiorizándose a través de un diálogo exhaustivo con las partes de las razones aducidas, y también debe intentar la reconciliación ⁽¹¹¹⁾.

c) Si ocurre luego de celebradas las dos audiencias, el nuevo juez debe fijar una sola audiencia más para escuchar a los cónyuges sobre las causas invocadas por éstos, respetando la validez de las audiencias tomadas ante el otro magistrado ⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹¹⁾ ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 21, ap. d), p. 78; LLAMBIAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, nº 23, pág. 612; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, 638; LÓPEZ DEL CARRIL, *Problemática que plantea la norma del art. 67 bis ley 2393 ante la muerte, renuncia, jubilación, remoción o cesantía de magistrado*, JA 1976-IV-p. 645, ap. V.

⁽¹¹²⁾ ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 21, ap. e), p. 78; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 638. En contra: LÓPEZ DEL CARRIL, *nota citada*, en JA 1976-IV-p. 645, ap. IV, quien sostiene que el nuevo juez en este caso debe decretar sin más trámites el divorcio, presumiendo que las razones han sido realmente graves, bastando a tal efecto el hecho demostrativo de la constancia de la irreconciliación en la segunda audien-

Razones de economía procesal y la certeza de que no se verán frustrados los objetivos de la ley y se satisface el presupuesto de la sentencia, nos inclinan por la solución consignada en el tercer caso.

8. La sentencia

Fracasada la conciliación en la segunda audiencia, el juez decretará la separación cuando según su ciencia y conciencia los motivos aducidos por los cónyuges sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando indicar cuáles son los hechos aducidos (art. 67 bis 2do. párrafo). Por lo tanto, si el juez estima que los hechos alegados no son suficientemente graves rechazará la demanda de divorcio⁽¹¹³⁾. Las costas, salvo convenio en contrario, deberán ser soportadas en el orden causado, pues en esta causa no hay vencedores ni vencidos⁽¹¹⁴⁾.

Si el juez rechaza la demanda, la sentencia no produce cosa juzgada material ni formal, porque nunca se podrá saber si los hechos en que fundaron su pretensión los cónyuges son los mismos que se aducen en el segundo juicio. Faltaría así uno de los requisitos esenciales de la cosa juzgada: la identidad de causas. Por ello, la sentencia denegatoria firme, no

cia. Pero de esta forma el juez tendría que renunciar a su facultad de apreciar según su ciencia y conciencia la gravedad de los hechos aducidos por las partes, lo cual es legalmente inadmisibles.

⁽¹¹³⁾ En contra: MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, págs. 236 y 256, quien sostiene que si el juez ha fijado la segunda audiencia es porque ya está convencido de la existencia de causas graves, y, por lo tanto, si no hay conciliación, sólo le cabe admitir la demanda de separación. No tiene otra alternativa. Creemos que es una conclusión demasiado absoluta. El juez no obstante convocar una segunda audiencia, puede todavía no tener formada la convicción sobre la gravedad de los hechos invocados y recién dilucidar la duda después de ese segundo comparendo.

⁽¹¹⁴⁾ MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, página 238; LLAMBÍAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, p. 611, nº 21.

impide que los cónyuges puedan intentar otra acción de divorcio por el art. 67 bis ⁽¹¹⁵⁾.

9. Efectos

La sentencia tendrá los mismos efectos que el divorcio por culpa de ambos, dispone el art. 67 bis. Se trata de una asimilación de efectos dispuesta por la ley, lo que no implica que necesariamente ambos cónyuges sean culpables. Sí presupone, en cambio, que al menos uno de los cónyuges sea culpable, porque se funda en la existencia de hechos graves que hacen moralmente imposible la vida en común, los cuales son subjetivamente imputables a uno o ambos cónyuges y constituyen violaciones de deberes matrimoniales (véase Cap. VII). El divorcio puede decretarse atribuyendo los efectos de la culpa a uno de los esposos, beneficiándose el otro con la declaración de inocencia, si media pedido expreso de ambos cónyuges, y siempre que tal declaración resulte pertinente "según la ciencia y conciencia del juez" ⁽¹¹⁶⁾.

Al atribuir la ley a la sentencia los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos priva a los dos esposos de la vocación hereditaria, conforme lo dispuesto por el art. 3574 C. Civil; y en cuanto a los alimentos, también ambos pierden derecho a los mismos, salvo que le sean de toda necesidad (art. 80 LMC).

Debido a los efectos asignados por la ley a la sentencia, los cónyuges también pierden el derecho a pensión. Sin embargo, la Cámara Nacional del Trabajo ha desvirtuado esta consecuencia al circunscribir arbitrariamente los efectos de esta sentencia al ámbito civil y considerar que tales efectos

⁽¹¹⁵⁾ LLAMBIÁS, *Estudio de la reforma*, pág. 399, nota 475; PALACIO, *Acerca de la apelabilidad de la sentencia denegatoria del pedido conjunto de separación personal*, Rev. Arg. de Der. Procesal, n° 3, 1971, p. 367; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, página 245; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, n° 646.

⁽¹¹⁶⁾ LLAMBIÁS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, p. 612, n° 25; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, ns. 648 y 649.

son "fictos". Afirma que lo que se requiere en el ámbito previsional es que se concrete y pruebe acabadamente una situación de culpa de la mujer. Por lo tanto, para decidir el derecho a pensión de la viuda divorciada por el régimen del art. 67 bis, cabe entrar a considerar nuevamente si puede o no imputársele a ésta la culpa del divorcio. Tratándose de denegar un beneficio previsional, argumenta el tribunal, debe extremarse el rigor en la apreciación de la prueba que llevará al rechazo de la pensión, siendo el divorcio por mutuo consentimiento insuficiente, por las razones anotadas, para fundar ese rechazo⁽¹¹⁷⁾. Nos parece inadmisibles el criterio de los tribunales del trabajo, porque al darle a una institución distintos alcances en el ámbito civil y en el previsional, directamente desconocen su regulación legal en aras de la necesidad de protección. La amplitud de criterio que es propia del derecho previsional no puede llegar al extremo de desvirtuar totalmente las instituciones civiles. El juez no puede convertirse en legislador y derogar en homenaje a la seguridad social los efectos precisos que la ley civil en una categórica y clara disposición asigna al divorcio por presentación conjunta. Tales efectos son únicos e indivisibles, en el derecho civil y en el derecho de la previsión social, y una vez dictada sentencia de acuerdo al art. 67 bis, el pronunciamiento judicial firme no puede ser revisado en procedimiento administrativo ante las Cajas de Jubilaciones porque ello implicaría una subversión completa del orden jurídico, aunque se comprendan los fines protectores que con esto persiguen los tribunales del trabajo. La cuestión llegó a la Corte Suprema y con buen criterio resolvió que la viuda que se encuentra divorciada del causante bajo el régimen del art. 67 bis ley 2393, queda comprendida

(117) Cám. Ap. del Trabajo, Sala VI, 16/5/77, La Ley 1978-C-546, con nota de Carlos R. Lami, y en Rev. del Trabajo y Seguridad Social, nº 5, 1978, con nota de Bidart Campos. PAYA y VOLONTE, *Pensión a la divorciada por presentación conjunta*, La Ley 1978-D-1208, quienes citan otros pronunciamientos inéditos de las Salas II y VI de la Cámara Nacional del Trabajo.

en el supuesto de culpabilidad que excluye el acceso al beneficio de pensión (^{117 bis}).

La sujeción del divorcio consensual a los efectos del divorcio por culpa de ambos no es, sin embargo, absoluta. La ley prevé en forma expresa que las partes modifiquen algunos de los efectos previstos para el divorcio por culpa de ambos en los siguientes aspectos:

a) *Alimentos*: Los cónyuges de común acuerdo pueden dejar a salvo el derecho de uno de ellos a percibirlos (véase cap. VIII, ap. 1^o). La sentencia debe homologar el convenio, aunque si no lo hiciera ello no autoriza a las partes a prescindir del mismo (¹¹⁸).

b) *Tenencia de los hijos menores*: El art. 67 bis también establece que la sentencia dispondrá, a instancia de partes, cuál de los cónyuges quedará al cuidado de los hijos, para lo cual tendrá en cuenta lo que aquellos acuerden, si el interés superior de los menores no aconsejare otra solución. Por lo tanto, si el juez estima que el convenio de los cónyuges contempla adecuadamente el interés de los hijos menores, debe homologar el convenio, previa intervención del defensor de menores. Pero a falta de acuerdo o por considerar el juez o el Ministerio de Menores que el convenio no satisface los intereses de los hijos, entonces debe resolver la tenencia adjudicando los hijos al cónyuge que sea más apto para educarlos, ateniéndose exclusivamente a la conveniencia de éstos, sin ninguna preferencia para ningún cónyuge que pudiera pesar en la decisión judicial, de acuerdo al criterio establecido en el último párrafo del art. 76 LMC para cuando ambos cónyuges fueran culpables, situación que se asimila a este caso. Si la sentencia de separación admitió la atribución unilateral de culpa, corresponde que al resolver la tenencia el juez haga jugar la

(^{117 bis}) C.S.N. 10/10/78, diario J. A. del 28/3/79.

(¹¹⁸) CNCiv Sala B, 10/10/73, E.D., 51-449; ídem, 29/4/74, E.D. 54-492.

preferencia por el cónyuge inocente que establece el mismo art. 76, 2º párrafo (¹¹⁹).

La posibilidad de que no sea homologado el acuerdo sobre tenencia de hijos o no se resuelva el incidente respectivo, no impide ni puede demorar la sentencia de divorcio, pues, como dijimos, son cuestiones independientes (¹²⁰).

En cualquier caso, siempre podrá modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconsejen las circunstancias (art. 67 bis, último párrafo).

c) *Sociedad conyugal*: La sentencia opera la disolución automática de la sociedad conyugal con retroactividad a la fecha de interposición de la demanda. Si bien el art. 1306 retrotrae los efectos a la fecha de notificación de la demanda, por la naturaleza de este proceso cabe concluir que la retroactividad se extiende a la fecha de promoción conjunta de la demanda, porque implica notificación recíproca para ambos cónyuges (¹²¹). Los cónyuges pueden acordar la forma de liquidar la sociedad conyugal, y si el acuerdo se presentó junto con la demanda o durante el transcurso del proceso, deberá homologarlo la sentencia (véase cap. VIII, ap. 3º).

10. Apelabilidad de la sentencia

Ante el silencio del art. 67 bis, se ha planteado otra cuestión acerca de si es apelable la sentencia que deniega el pedido de divorcio por presentación conjunta.

(¹¹⁹) MÉNDEZ COSTA, *trabajo citado*, en JA 1975 - t. 27 - pág. 714, nº 15; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 656.

(¹²⁰) Véanse autores y trabajos citados en nota 110.

(¹²¹) MÉNDEZ COSTA, *Incidencia de la ley 17.711 sobre el régimen de disolución y liquidación de la comunidad conyugal de bienes*, JA Doctrina 1969, p. 226; LAGOMARSINO, *Divorcio por presentación conjunta*, nº 33; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 31; LLAMBÍAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, nº 30, p. 613; BELLUSCIO, *Manual de Der. de Familia*, t. I, nº 233; AYARRAGARAY, *trabajo citado*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1969, nº 4, p. 457; MANCUSO, *ob. cit.*; en MORELLO-PORTAS; t. IV - vol. 1º, pág. 249.

Por un lado se argumenta que aunque el art. 67 bis no se refiera a la posibilidad de apelación, de tal circunstancia no se puede deducir válidamente que la sentencia sea inapelable. La regla en nuestro derecho procesal es que toda sentencia definitiva es apelable, salvo disposición en contrario, que en este caso no existe. Además, la doble instancia es una garantía legal de mejor justicia. La falta de reglamentación del recurso en segunda instancia, las notorias dificultades de orden técnico para expresar agravios, y la carencia de todo elemento fáctico para que la Cámara juzgue acerca del acierto o error del juez en la sentencia impugnada, no constituyen impedimentos insalvables, pues quedan superados si el Tribunal convoca a una única audiencia para oír a las partes, quienes podrán exponer todos los hechos en que fundan su acción tal como lo hicieron en primera instancia, de conformidad al espíritu y a las pautas que señala el art. 67 bis. La absoluta originalidad de la nueva situación procesal determina que la Cámara arbitre esta solución. El riesgo de que los cónyuges ante el tribunal superior invoquen causas distintas de las que adujeron en primera instancia, o las adulteren, tampoco es motivo para negar la apelación, pues también ello puede ocurrir en primera instancia o en un nuevo juicio promovido ante otro juez. El vicio en realidad está en el propio procedimiento secreto que instaura el art. 67 bis. En definitiva, lo que interesa juzgar no es el acierto o error del juez, sino la razón que tienen los cónyuges para separarse, y el tribunal de alzada a tal efecto, también puede valorar si los hechos aducidos hacen o no moralmente imposible la vida en común (122).

(122) BORDA, *Familia*, t. I, n° 508-7 y *La Reforma de 1968 al C. Civil*, n° 312; COLOMBO, *Cód. Procesal Civil y Comercial*, Bs. As., 1969, t. III, p. 772, n° 10; BELLUSCIO, *Recurso de apelación contra la sentencia que deniega el divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley 138-255 y *Manual de Der. de Familia*, t. I, n° 265; QUESADA ZAPIOLA, *nota citada* en La Ley 131 - 1297; BRODSKY, *trabajo citado*, en La Ley 135-897; PIATIGORSKY, *La sentencia dictada en el juicio de divorcio por mutuo consentimiento es apelable*, La Ley 139 - 937; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, págs. 250/256; es también la conclusión 7ª del tema 5º, aprobada por el VI Congreso Na-

Otros autores y tribunales, sostienen, en cambio, la inapelabilidad de la sentencia que rechaza la demanda de divorcio por presentación conjunta. Se basan en la forma verbal con que los cónyuges exponen los hechos y fundan su pedido al juez, de todo lo cual no queda constancia alguna en autos, y en que por imperativo legal el juez debe omitir en la sentencia toda alusión a los motivos invocados por los esposos, careciendo la Cámara de elementos fácticos para juzgar sobre el acierto o error de la apreciación hecha por el juez para rechazar la demanda, pues el material de conocimiento que tuvo para resolver no consta en autos. Si bien la regla es la apelabilidad de toda sentencia definitiva, salvo disposición expresa en contrario, lo exacto es que se hace imposible aplicar al recurso contra una sentencia denegatoria el procedimiento regular que para la instancia de apelación establecen los códigos procesales, y la invocación de aquella regla no cabe hacerla prescindiendo de la posibilidad o imposibilidad de observar en la práctica el procedimiento que el Código Procesal ordena. En cuanto a que la Cámara celebre una audiencia con los dos cónyuges, también es una solución objetable, porque, en primer lugar, se instauraría un procedimiento oral especial no previsto legalmente; en segundo término no se podría asegurar que los hechos que allí aduzcan los cónyuges sean los mismos que fueron sometidos a la apreciación del juez a quo, con fundamento en los cuales éste formó su convicción para resolver, y en consecuencia, la Cámara nunca podría establecer si hubo o no una errónea interpretación de los hechos por

cional de Derecho Procesal (Tucumán, 1970). LAGOMARSINO, *Divorcio por presentación conjunta*, nº 29, y VERA TAPIA, *Procedimiento de segunda instancia en la apelación de la sentencia de juicio de divorcio reglado por el art. 67 bis*, La Ley 140-915, admiten igualmente el recurso de apelación, pero sostienen que la Cámara también debe escuchar al juez de 1ª instancia que falló el juicio. En jurisprudencia se registran tribunales que admitieron el recurso de apelación y lo sustanciaron con una audiencia para escuchar a los cónyuges: CNCiv Sala B, 8/7/69 (voto en mayoría de los Dres. FLIESS y MARTÍNEZ, disidencia del Dr. NAVARRO), La Ley 138-256 y E.D. 29-653; Sup. Trib. de Justicia de Neuquén, Sala Civ. y Com., 8/5/75, JA 1976-I-616.

parte del juez de primer grado, circunstancia que hace al objeto mismo del recurso de apelación. Y por último, si dicta sentencia fundada en los motivos que invocan los cónyuges en la segunda instancia, la Cámara ya no actuaría como tribunal de apelación, en función de control de la sentencia impugnada, sino que habría ejercido toda la jurisdicción propia de la primera instancia, y, en consecuencia, habría dictado un nuevo pronunciamiento. Habría dos primeras instancias (123).

A juicio nuestro, la naturaleza y originalidad del proceso poco menos que secreto de divorcio por presentación conjunta, no debe impedir la apelabilidad de la sentencia definitiva que rechaza la demanda, desde que la propia ley que adopta ese sistema no la declara inapelable. Por lo tanto, forzoso es estar al régimen común de la doble instancia, sin que la falta de constancia de lo actuado ante el juez de la causa prive al tribunal de segundo grado conocer la gravedad de los motivos aducidos por los cónyuges para obtener el divorcio. No creemos que exista impedimento legal alguno para la nueva audiencia que deberán decretar los jueces de la alzada, pues esta solución se halla dentro de las atribuciones propias de los magistrados en todo caso de silencio, insuficiencia u obscuridad de la ley (arg. art. 16 C. Civil, y 698, C.P.C. de Santa Fe).

(123) LLAMBÍAS, *Estudio de la reforma*, pág. 399 y nota 475; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 646; AYARRAGARAY, *estudio citado*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1969, nº 4, pág. 467, nº 12; BIDART CAMPOS, *trabajo citado*, en La Ley 132-124, parág. VIII; GOYENA COPELLO, *Divorcio por mutuo consentimiento*, pág. 25, y *¿Es apelable la sentencia dictada en un juicio de divorcio por mutuo consentimiento?*, en La Ley, 136-1339; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 24, págs. 87 y sgtes.; YAÑEZ ALVAREZ, *Divorcio por mutuo consentimiento: inapelabilidad de la sentencia que lo desestima*, JA Doctrina 1969, p. 575; CIPRIANO, *El silencio de la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento y el recurso de apelación*, La Ley 145-725; CRESPI, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, pág. 159; PALACIO, *nota citada*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1971, nº 3, p. 365; SOSA, *trabajo citado*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1970, nº 2; SIRKIN, *Inapelabilidad de la sentencia denegatoria en el proceso voluntario de separación personal*, E.D. 43-492. En jurisprudencia: fallo plenario de la Cám. Nacional Civil del 20/7/72, La Ley 145-392, JA 1972 - t. 15, p. 280 y E.D. 43-492; CNCiv Sa'a C 7/8/69, La Ley 137-141 y JA 1970 - t. 5, p. 301; C. 1º CC San Isidro, 19/8/69, La Ley 138-259 y E.D. 32-624.

Asimismo, con respecto a la índole del juicio, hemos adherido a la tesis que sustenta la naturaleza voluntaria del juicio de divorcio por presentación conjunta. Y precisamente, el art. 667 del C.P.C. de Sta. Fe, con referencia a los actos de jurisdicción voluntaria que no estuvieran legislados en el Código, prescribe que se sustanciarán en lo pertinente por el trámite del juicio sumario, y el art. 668 dispone que procederá el recurso de apelación y sólo en efecto devolutivo si la demora hubiere de irrogar perjuicio al solicitante.

El Código Procesal de la Prov. de Buenos Aires, ley 7225, en el cap. VII, del libro VII, sobre *Normas complementarias*, en el art. 823, referido a casos no previstos, cuando se promuevan actuaciones para "acordar autenticidad o relevancia a hechos o situaciones que puedan producir efectos jurídicos", reglamenta el procedimiento que debe observarse en tanto no estuviere expresamente previsto en el código, y en el inc. 5º establece: "Las resoluciones que aprueben, homologuen o desechen el pedido son susceptibles de apelación en relación".

El Código Procesal de Entre Ríos, ley 4870, en el cap. VII, del Libro VII, art. 814, reproduce idéntica disposición.

Si para los actos de jurisdicción voluntaria no previstos expresamente por los códigos procesales se establece el recurso de apelación, con mayor razón debe regir para el divorcio por presentación conjunta, que es el acto de jurisdicción voluntaria de mayor trascendencia social.

Pensamos, del mismo modo que Borda, que el criterio negativo es desvalioso y que no se justifica que decisiones de este tipo inciten a los cónyuges a promover otro juicio ante distinto juez, si como es sabido las sentencias que recaen en estos procedimientos no están destinadas a producir cosa juzgada.

El código procesal civil de Santa Fe, ley 5531, art. 541, atribuye competencia para entender en los juicios de divorcio a un tribunal colegiado de instancia única, en trámite oral. Por lo tanto, no se daría en toda su magnitud el problema de la apelación de la sentencia denegatoria. Pero no obstante exis-

te, porque contra la sentencia desestimatoria el código admite un recurso de apelación extraordinario, en casos muy restringidos (arts. 564, 565 y 566). Se trata de una verdadera casación, toda vez que se hayan violado las formas prescriptas con anulación o restricción de la defensa, o se haya violado la ley o la doctrina legal.

Naturalmente, mientras la ley de fondo no resuelva concretamente el problema, ya sea admitiendo o negando la apelación contra la sentencia que desestime el divorcio así postulado, será muy difícil lograr la apertura de la apelación extraordinaria, aunque puede esgrimirse que la ley civil habría sido violada al no estimar el Juez como causas graves las aducidas para lograr el divorcio.

11. *Incidencia del divorcio consensual en el régimen de divorcio contencioso*

La reforma de 1968 al introducir el divorcio fundado en el acuerdo de los cónyuges ha dado lugar al cuestionamiento de los principios fundamentales que gobiernan el procedimiento contencioso de divorcio de acuerdo al régimen del art. 67, y además se ha planteado la posibilidad de convertir el trámite contradictorio en procedimiento consensual.

Antes de la reforma el art. 66 LMC prohibía el divorcio por mutuo consentimiento. Derivaciones necesarias de tal prohibición eran la carencia de efectos del allanamiento en el juicio causado y la proscripción de la prueba de confesión o juramento de los cónyuges dispuesta por el art. 70 LMC, porque tanto el allanamiento como la confesión suponen la colusión de los cónyuges para lograr el divorcio por mutuo acuerdo.

Pero el art. 66 ha sido derogado, y el art. 67 bis introduce la posibilidad de decretar el divorcio por acuerdo de las partes. Ello ha dado lugar a que se considere que ya no hay motivos para privar de eficacia al allanamiento y a la incontestación de la demanda en el divorcio contencioso, pues si

ahora el divorcio puede acordarse por mutuo consentimiento, el reconocimiento de la propia culpa no viola principio alguno. Además, no existe regla en la ley de fondo ni en la procesal que determine la inaplicabilidad, en el juicio de divorcio, de las normas adjetivas relativas a las consecuencias de tales situaciones procesales (¹²⁴).

Cabe señalar, para refutar esta doctrina, que actualmente existen dos procedimientos distintos para obtener el divorcio: uno es el del art. 67, fundado en las causales que taxativamente enumera dicha norma, y regido todavía por los mismos principios y reglas que imperaban antes de la sanción de la ley 17.711, incluso la prohibición de la prueba de confesión establecida en el vigente art. 70 LMC. Otro es el del art. 67 bis, que admite el acuerdo de los cónyuges para solicitar el divorcio. Quien promueva demanda contenciosa de divorcio, debe probar las causales que alega. La confesión ficta por incontestación de la demanda o reconvenición no exime al actor o reconviniente de la prueba de los hechos en que fundó su pretensión. Los tribunales han declarado que sólo puede constituir un elemento de convicción si los hechos relatados en aquélla aparecen corroborados por otras pruebas (¹²⁵). La prueba de confesión sigue siendo inoperante y el allanamiento del demandado o reconvenido tampoco tiene eficacia (¹²⁶).

(¹²⁴) CNCiv Sala C, 12/7/77, JA 1978-I-442 (mayoría Dres. CIFUENTES y BELLUSCIO; disidencia Dr. ALTERINI); BELLUSCIO, *Manual de Der. de Familia*, t. I, nº 241, y *Divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley 130-1001, nº 23.

(¹²⁵) CNCiv Sala D, 11/4/78, La Ley 1978-D-139.

(¹²⁶) SC Bs. As., 15/6/76, JA 1978-I-síntesis sum. nº 13; CNCiv Sala A, 20/9/76, La Ley 1977-A-26; Tribunal Colegiado Rosario, 31/8/70, Juris 39-136. DÍAZ DE GUIJARRO, *La familia en la reforma de la ley 17.711*, Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, nº 20, página 394; BORDA, *La reforma de 1968 al C. Civil*, nº 318, y *Familia*, t. I, nº 508-13; LAGOMARSINO, Ponencia al IV Congreso Nacional de Der. Civil (Córdoba, 1969) (*ob. cit.*, t. II, pág. 525), *El matrimonio en la reciente reforma del Cód. Civil*, La Ley 131-1219, y *Divorcio por presentación conjunta*, nº 26; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 5; CRESPI, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV - vol. 1º, pág. 161. En contra: BELLUSCIO, quien afirma que mantener subsistente el art. 70 L.M.C. que

porque de lo contrario se facilitaría un divorcio por mutuo consentimiento sin los recaudos establecidos en el art. 67 bis (127).

Por lo tanto, sólo cabe admitir la eficacia del allanamiento incondicionado del demandado o reconvenido, si se cumplen los requisitos sustanciales y formales del art. 67 bis: que los cónyuges tengan dos años de casados, se celebren las dos audiencias de información y conciliación, y que el juez controle y verifique la gravedad de los hechos determinantes de la culpa de uno o ambos cónyuges. La misma solución corresponde aplicar en caso de ofrecerse como prueba la absolución de posiciones o el juramento del cónyuge imputado. La sentencia en estos casos, observa con razón Borda, ya no será el resultado del allanamiento (o de la confesión), sino del cumplimiento del proceso establecido en el art. 67 bis (128).

La conversión del procedimiento contencioso al divorcio consensual también se puede lograr mediante petición expresa y conjunta de ambos cónyuges, debiendo en tal caso adecuar el mismo juicio de divorcio al procedimiento establecido en el art. 67 bis. La doctrina y la jurisprudencia lo aceptan por razones de economía procesal (129). Se sostiene sin em-

prohíbe la confesión, es una grave incoherencia, pues su finalidad es impedir el divorcio por mutuo consentimiento, y ahora éste está admitido (*Divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley 130-1001, nº 22, y *Manual de Der. de Familia*, t. I, nº 253).

(127) BORDA, *obras y lugares citados*, en nota anterior.

(128) BORDA, *obras y lugares citados*, en nota 126; LLAMBÍAS, *Estudio de la Reforma*, págs. 402/403; GUASTAVINO, *trabajo citado*, en La Ley, 143-193, nº 5. Además este prestigioso civilista aclara que la confesión es admisible como prueba del juicio previsto en el art. 71 bis de la L.M.C., y también el allanamiento completo e incondicionado sería suficiente, porque este juicio no incide sobre el estado de familia de los cónyuges, sino sobre las condiciones del régimen jurídico de los cónyuges separados (nº 25). En igual sentido: voto del Dr. LLAMBÍAS en el fallo de la CNCiv Sala A 9/12/70, anotado por GUASTAVINO (La Ley 143-195).

(129) LLAMBÍAS, *Cód. Civil Anotado*, t. I, nº 8, pág. 608; BORDA, *Familia*, t. I, nº 508-12; GUASTAVINO, *trabajo citado*, La Ley 143-193, nº 4; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 639; GOYENA COPELLO, *Divorcio por mutuo consentimiento*, pág. 29; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV-vol. 1º, pág. 222; SOSA, *trabajo citado*, en Rev. Arg. de Der. Procesal, 1970, nº 2; CN Civ. Sala A, 7/7/69, E.D. 27-236;

bargo que no es correcto transformar un proceso contencioso de separación en otro por presentación conjunta, continuando el trámite en el mismo expediente, porque se dejaría constancia escrita de los hechos que fundan la pretensión de los cónyuges, lo cual prohíbe el art. 67 bis ⁽¹³⁰⁾. Tal argumento es refutado por Guastavino, quien señala que la reserva de los hechos constituye un derecho o beneficio a favor de los cónyuges y éstos pueden renunciar al mismo ⁽¹³¹⁾.

Evidentemente, la conversión del procedimiento implica el desistimiento tácito del juicio contradictorio y el surgimiento de un nuevo juicio, porque se trata de dos procesos que tienen naturaleza distinta ⁽¹³²⁾.

Ahora bien, se plantea el problema de saber si convertido el proceso contradictorio en proceso de divorcio por presentación conjunta, puede el actor, o, en su caso, ambas partes, solicitar la prosecución de los trámites de aquél en el supuesto de que se haya operado alguno de los supuestos de desistimiento del divorcio consensual. El interrogante lo contestamos en sentido afirmativo si la reanudación de los trámites del juicio contencioso, fracasado el intento de divorcio por presentación conjunta, la solicitan ambos cónyuges de común acuerdo porque no se viola ningún principio procesal. El desisti-

idem 7/3/69, La Ley, 135-1170 (21.331-S); idem 8/10/70, La Ley 141-665 (25.447-S); idem, 12/2/75, E.D. 61-193; CN Civ. Sala F, 14/3/75, E.D. 61-221.

⁽¹³⁰⁾ El problema fue planteado por Alberto B. EPPSTEIN y Pedro LEÓN FEIT en su ponencia al IV Congreso Nacional de Der. Civil (Córdoba, 1969), *ob. cit.*, t. II, pág. 525; y lo sostiene ARANDA LAVARELLO, ¿Autoriza el art. 67 bis la documental invocación de las causas de divorcio? ¿Es admisible la transformación de un divorcio contencioso por otro sustentado en el art. 67 bis?, en la Ley 1975-C-689. La CN Civ. Sala E 17/11/78, dispuso por esta razón que las actuaciones anteriormente cumplidas no integren el nuevo juicio consensual que se deberá tramitar en expediente separado (diario La Ley del 18/12/78).

⁽¹³¹⁾ GUASTAVINO, *trabajo citado*, La Ley 143-193, n° 7.

⁽¹³²⁾ LLAMBIÁS, *Cod. Civil Anotado*, t. I, p. 608, n° 8; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, t. IV-vol. 1º, pág. 222; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, n° 639, pág. 212; CN Civ. Sala A, 7/7/69; E.D. 27-236; CN Civ. Sala D, 21/9/72 E.D. 47-311; CN Civ. Sala F, 28/12/77, La Ley 1978-D-807 (34.775-S).

miento que los cónyuges hicieron del juicio contencioso, fue del proceso, y no del derecho, por lo tanto podrían iniciar un nuevo juicio por las mismas causales. En consecuencia, y por razones de manifiesta economía procesal, pueden continuar el trámite del mismo juicio anteriormente desistido. Incluso al desistir del juicio de divorcio contradictorio pueden prever esta situación y reservarse el derecho a continuar el trámite del mismo, en caso de fracasar el procedimiento de separación consensual. Sólo en tal supuesto cabría admitir un pedido unilateral de reanudación del juicio contencioso (¹³³).

A su vez, si estando en trámite el proceso de divorcio por presentación conjunta, uno de los cónyuges promueve juicio contencioso de separación, tal circunstancia configura una retractación unilateral de la petición conjunta, y no procedería la excepción de litis pendencia entre la demanda contenciosa y la consensual anterior, ya que ésta debe considerarse tácitamente desistida por la interposición de aquélla (¹³⁴).

(¹³³) ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, nº 17; ZANNONI, *Der. de Familia*, t. II, nº 639 a 642; ZANNONI-BOSSERT, *El desistimiento en la conversión del divorcio contencioso en mutuo consentimiento*, E.D. 72-743. La CN Civ. Sala D, 21/9/72, E.D. 47-311, no admitió la retractación unilateral del desistimiento conjunto del divorcio contencioso.

(¹³⁴) CCC Sala Ira., Sta. Fe, 18/11/77, diario ZEUS del 7/1/78.