

CAPITULO UNDECIMO
ASPECTOS PROCESALES DE LA SEPARACION PERSONAL,
DIVORCIO VINCULAR Y NULIDAD DEL MATRIMONIO

| | |
|--|------------|
| ARTICULO 227 | 201 |
| 1. Régimen procesal de la separación personal y del divorcio. Aspectos generales | 201 |
| 2. Competencia | 202 |
| 3. Acciones comprendidas | 204 |
| 4. Correlación con disposiciones procesales locales | 205 |
| 5. Otras acciones conexas | 206 |
| 6. Cuestiones procesales vinculadas a la separación personal y al divorcio | 207 |
| a) Legitimación activa | 208 |
| b) Partes en el proceso | 208 |
| c) Notificación de la demanda | 208 |
| d) Extinción de la acción | 209 |
| e) Prescripción | 209 |
| | |
| ARTICULO 228 | 211 |
| 1. Competencia por conexión | 211 |
| 2. Opciones del actor | 212 |
| ARTICULO 229 | 215 |
| 1. Antecedentes | 215 |
| 2. Alcances del artículo | 215 |
| 3. Derivación del contenido. La apariencia de estado | 216 |
| 4. Prohibición de arbitraje | 219 |
| | |
| ARTICULO 230 | 221 |
| 1. Nulidad de la renuncia a las acciones de separación personal y divorcio | 221 |
| 2. Nulidad referida a las causales | 222 |
| 3. Mutuo consentimiento | 222 |
| | |
| ARTICULO 231 | 223 |
| 1. Observaciones generales | 223 |
| 2. Inclusión del reintegro al hogar conyugal | 224 |
| 3. Resguardo procesal de los alimentos provisorios | 225 |

| | |
|--|-----|
| ARTICULO 232 | 227 |
| 1. La prueba de confesión y el divorcio | 227 |
| 2. La admisión de la confesión como medio de prueba | 229 |
| 3. Limitación para la valoración judicial. Excepciones | 230 |
| 4. La confesión y el mutuo consentimiento | 230 |
| ARTICULO 233 | 233 |
| 1. Las medidas precautorias en los juicios de separación personal o de divorcio vincular | 233 |
| 2. Legitimación | 234 |
| 3. Oportunidad | 235 |
| 4. Especies de medidas precautorias | 235 |
| 5. Individualización de bienes o derechos | 236 |
| 6. No exigibilidad de contracautela | 236 |
| ARTICULO 234 | 237 |
| 1. La reconciliación como institución del derecho de familia | 237 |
| 2. La reconciliación en la separación personal y en el divorcio | 238 |
| 3. Formas en que opera la reconciliación | 239 |
| ARTICULO 235 | 243 |
| 1. Ambito normativo de aplicación | 243 |
| 2. Determinación de causal | 244 |
| 3. Declaración de culpabilidad. Excepciones | 245 |

| | |
|--|-----|
| ARTICULO 236 | 247 |
| 1. Contenido y alcances de la norma | 248 |
| 2. Acuerdos previos | 249 |
| 3. Posibilidad de acuerdos insertos en la presentación conjunta. Convenios sobre hijos, alimentos y hogar conyugal | 249 |
| 4. Acuerdos sobre los bienes de la sociedad conyugal | 252 |
| 5. Objeción judicial | 252 |
| 6. Etapa informativa y conciliatoria | 253 |
| 7. Eventual segunda audiencia | 254 |
| 8. Resolución judicial | 255 |
| ARTICULO 237 | 257 |
| 1. Observaciones generales | 257 |
| 2. Reconvencción por divorcio vincular | 258 |
| 3. Reconvencción por separación personal | 259 |
| ARTICULO 238 | 261 |
| 1. Observaciones generales | 261 |
| 2. La conversión del estado de familia | 263 |
| 3. Voluntad individual y función jurisdiccional | 263 |
| 4. Legitimación para solicitar la conversión | 264 |
| 5. Caso de separación personal por las causales previstas en el art. 203 | 265 |
| 6. Conversión y reconciliación | 266 |
| 7. Conversión del divorcio decretado antes de la reforma. Juicios en trámite. Artículo 8° de la reforma | 266 |
| ARTICULO 239 | 269 |
| 1. Observaciones generales. Antecedentes de la reforma | 269 |
| 2. Consolidación del matrimonio nulo | 270 |
| 3. Alcances del nuevo texto normativo | 270 |
| 4. Legitimación del ministerio fiscal | 272 |
| 5. Sentencia declarativa | 273 |

CAPITULO UNDECIMO

**ASPECTOS PROCESALES DE LA
SEPARACION PERSONAL, DIVORCIO
VINCULAR Y NULIDAD DEL MATRIMONIO**

**ARTICULOS 227 - 228 - 229 - 230 - 231
232 - 233 - 234 - 235 - 236 - 237 - 238 - 239**

CAPITULO XVI DE LAS ACCIONES

Art. 227 Las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado.

1. REGIMEN PROCESAL DE LA SEPARACION PERSONAL Y DEL DIVORCIO. ASPECTOS GENERALES

Uno de los aspectos más salientes en el estudio del divorcio lo constituye el de su realización procesal, dadas las numerosísimas particularidades que presenta y la diversidad de problemas que plantea.

La reforma ha pretendido, con loable esfuerzo, reunir en un Capítulo específico lo concerniente a tan importante aspecto. El esfuerzo, lo adelantamos, resulta frustrado ante la imposibilidad de aglutinar sistemáticamente todas las normas vinculadas con la regulación procesal de la separación personal y del divorcio, dada la complejidad de temas y la amplitud de aspectos que necesariamente deben abarcarse para lograr un tratamiento integral.

Es así como, por un lado, quedan sin considerarse tan numerosas como trascendentes cuestiones procesales. Por otra parte, en los restantes Capítulos de la nueva normatización se consagran normas típicamente procesales y originan acciones que no aparecen abarcadas por este Capítulo XVI.

Pero, además, no todas las disposiciones reseñadas en los trece artículos comprendidos en el mismo son típicamente procesales. Así, el artículo 229 consagra un principio que excede el marco meramente formal y el 234 hace referencia a la reconciliación que —como institución del derecho de familia— hubiera requerido un tratamiento separado, siendo la extinción de la acción sólo uno de los efectos que de ella derivan.

Mas, sin perjuicio de lo señalado, debe ponderarse la intención del legislador de reunir metódicamente aquellas normas que guardan relación con relevantes aspectos de la regulación procesal de la separación personal, el divorcio y la nulidad del matrimonio, tema este último al cual haremos referencia en el comentario al artículo 239.

2. COMPETENCIA

La norma en examen hace referencia a la competencia territorial, por lo que cabe señalar antes de entrar en dicho tema que el órgano jurisdiccional que corresponde conforme a la materia es el Tribunal de Familia, único idóneo —por su especialización— para entender en el conflicto conyugal o en la nulidad matrimonial.

Naturalmente que este aspecto de la competencia material podrá ser considerado ajeno a la reforma sobre régimen legal del matrimonio, en tanto corresponderá a cada Provincia y al orden nacional establecer los organismos correspondientes a su organización judicial.

Pero a poco que se repare en el enfoque global de la cuestión se advertirá que la ley no puede ignorar o dejar de considerar el tema de la competencia material. En primer lugar, porque ha venido a consagrar el divorcio con rehabilitación de aptitud nupcial, lo que impone —por su gravedad intrínseca y por las consecuencias que necesariamente reflejan sobre el matrimonio y la familia— que se tenga muy en consi-

deración la estructura judicial argentina y su capacidad real para atender tan delicado aspecto.

Desde otras perspectiva, la propia normatividad presupone una estructura judicial suficiente y acorde a su regulación, en tanto impone funciones como las de conciliación (ver art 236) que imprescindiblemente requieren organismos especializados y numéricamente acordes a la tarea a realizar.

Deteniéndonos entonces en la competencia territorial, advertimos que la norma establece que será competente para entender en las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad del matrimonio, como así también en las vinculadas con los efectos que éste produce, el juez del último domicilio conyugal efectivo o el del domicilio del cónyuge demandado.

La reforma innova, entonces, en un doble aspecto. En primer lugar esclarece la referencia que contenía el derogado artículo 104 de la ley 2393 el cual, por hacer una mención imprecisa al domicilio de los cónyuges, diera lugar a tan abundantes como variadas interpretaciones hasta arribar a la ajustada posición que estableció debía considerarse competente al juez del último domicilio común de convivencia.

Pero, según se advierte, la norma construye una fórmula disyuntiva e incluye la posibilidad de elegir entre el domicilio antes indicado o el del cónyuge demandado. Introduce así la reforma una novedad que concede al tratamiento de estas acciones de estado de familia un carácter similar al de aquéllas que dan lugar a la aplicación del principio *actor sequitur forum rei*.

Si bien dicho principio reviste alcances de generalidad para las acciones personales, conforme lo señala la doctrina procesal y lo consagra la jurisprudencia¹, consideramos que

¹ Así lo señalan ALSINA, Hugo, *Tratado de Derecho Procesal*, t. II, p. 527 y PODETTI, Ramiro, *Tratado de la competencia*, ps. 428 y ss., autor este últi-

no se ajusta a la especificidad de las acciones de estado de familia que comprende la norma que analizamos, pudiendo dar lugar a situaciones conflictivas.

Opinamos que no puede considerarse como optativa la elección del juez competente y que el del último lugar de convivencia conyugal debe ser el que debe entender en los supuestos contemplados por la norma. De tal forma, el del domicilio del demandado sólo operará en defecto de aquél y para los supuestos donde no se pueda accionar en el primero.

Por lo demás, para los casos de separación personal y divorcio por mutuo consentimiento el juez del último domicilio efectivo será el único naturalmente llamado a entender en el proceso.

3. ACCIONES COMPRENDIDAS

La reforma extiende la competencia del juez del último domicilio conyugal efectivo o del juez del domicilio del cónyuge demandado a las específicas acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad del matrimonio, incluyendo además expresamente aquellas que se funden en los efectos que la unión conyugal produce.

Debe al respecto formularse una aclaración previa en relación a estas últimas por cuanto el régimen legal matrimonial civil que se modifica no contempla en forma independiente y metódica los efectos que derivan del acto jurídico matrimonial.

mo que expresa que la ley elige al demandado en razón de que corrientemente no es él el que elige la oportunidad del litigio y de que no debe ocasionarse le más perjuicios que los estrictamente indispensables; de allí que tradicionalmente y en general, la competencia en las acciones personales se determina por el domicilio del demandado (ob. cit., loc. cit.). La jurisprudencia, incluida la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sigue este principio general (C.N. Com. Sala A, E. D., 19-355; Sala C, E. D., 3-145; CSJN, Fallos 213:39).

Por cierto que corresponde entonces remitir a la construcción doctrinaria que tradicionalmente distingue entre efectos personales y patrimoniales. En relación a los primeros es indudable que aparecen regulados en el Capítulo VIII (arts. 198, 199 y 200 del Código Civil) que reseñan los clásicos derechos y deberes conyugales de fidelidad, cohabitación y asistencia.

Pero debe señalarse que los mencionados efectos exceden el marco fijado en los artículos prealudidos, abarcando las cuestiones concernientes a la capacidad de los cónyuges, con su corolario referido a la emancipación, al nombre de la mujer casada, a las cuestiones que podrán plantearse en torno a su nacionalidad y otros conceptos menores.

En cuanto a los efectos patrimoniales, se incluye, por cierto, el esencial aspecto del régimen conyugal de bienes y además todas las cuestiones que puedan suscitarse con motivo del funcionamiento de la sociedad conyugal, siendo comprendidos entonces aquéllos vinculados con la calificación de los bienes; su administración; las deudas de los cónyuges y toda otra cuestión relacionada con la comunidad de bienes conyugales.

Se extiende el conocimiento del juez para abarcar cuestiones que puedan originarse con motivo del beneficio de competencia de que gozan los cónyuges y aquéllas derivadas de la suspensión de la prescripción entre los mismos (arts. 800 y 3969 Código Civil, respectivamente).

4. CORRELACION CON DISPOSICIONES PROCESALES LOCALES

La nueva regulación, en tanto modifica el aspecto referido a la competencia al agregar la del domicilio del cónyuge demandado con los alcances antes mencionados, viene a alterar la genérica concordancia existente entre la interpreta-

ción de la ley de fondo y lo contemplado por las leyes de procedimientos locales.

En efecto, el Código de Procedimientos de la Nación y, por tanto, los que lo siguen en el ámbito de la República, establece en su artículo 5°, inciso 8°, que será competente en la acción de divorcio o de nulidad del matrimonio el juez del último domicilio conyugal, considerándose tal el que tenían los esposos al tiempo de la separación (artículo 5°, inciso 8°, Código Civil y Comercial de la Nación, cfr. ley 22.434).

Las discordancias no habrán de presentarse, por cierto, en tanto se dé la situación prevista por ambas disposiciones en el sentido de otorgar competencia al juez del último domicilio conyugal efectivo.

Pero sí se producirán cuando se haga funcionar la competencia del juez del domicilio del demandado, no contemplado por las mencionadas leyes procesales locales.

La prevalencia corresponde a la norma incorporada al Código Civil, en tanto se acepta este tipo de regulaciones de claro contenido procesal, cada vez más frecuente en leyes nacionales, pese a su discutible constitucionalidad².

5. OTRAS ACCIONES CONEXAS

Pese a no ser explícitamente mencionadas en el artículo que comentamos corresponderá al juez competente en las acciones que en el mismo se señalan entender en la acción de los alimentos contemplada en el artículo 228, inciso 1°; en la referida a la preferencia del hogar conyugal, guarda de

² Desde la antigua controversia sobre este tema, en la cual el artículo 375 del Código Civil era analizado en las Facultades de Derecho del interior del país con espíritu crítico, se sucedieron numerosísimos casos de regulaciones típicamente procesales en leyes sustantivas nacionales, sin suscitarse conflictos o mayores controversias. Repárese, entre otros ejemplos, las regulaciones del divorcio por mutuo consentimiento o, en otras esferas, las leyes de concursos o de locaciones.

los hijos, alimentos provisorios y expensas procesales (art. 231) y en las medidas precautorias reseñadas en el artículo 233.

Igualmente, su competencia se extiende a la declaración de conversión que consagra el artículo 238 del Código Civil y a otras cuestiones que exceden el marco del Capítulo XVI pero que resultan igualmente abarcadas por la competencia que el presente artículo 227 señala, tales como: relevo del deber de convivencia y su reanudación (art. 199), disenso sobre la fijación de la residencia familiar (art. 200), cesación del derecho alimentario (arts. 210 y 211), solicitud de no partición o liquidación de inmueble (art. 211), establecimiento de renta (art. 211, párrafo segundo), cesación de beneficios del divorciado (art. 218), conversión del divorcio decretado con anterioridad a la vigencia de la ley 23.515 (art. 8°), reconciliación expresa (art. 234), etcétera.

6. CUESTIONES PROCESALES VINCULADAS A LA SEPARACIÓN PERSONAL Y AL DIVORCIO

Las particularidades del juicio de divorcio en general, extensivas al de separación personal atento a la similitud que en este aspecto existe entre ambas instituciones, no se agotan en el tema de la competencia. Excluimos, por cierto, la regulación del mutuo consentimiento, que requiere tratamiento separado, atento su especificidad.

Si bien es cierto que la regulación de diversos aspectos es propia de las procesales locales y —por tanto— aparece ajena a una ley de fondo, consideramos necesario efectuar aquí una somera descripción de circunstancias que evidencian diferenciación entre los procedimientos de este tipo de acciones en su relación con las generalmente observadas.

Así, por ejemplo, podemos mencionar las siguientes:

a) Legitimación activa

La legitimación activa, traducida en la prerrogativa de promover la respectiva acción, corresponde exclusivamente al cónyuge. No se admite la subrogación por terceros en tanto la acción es de carácter personal.

Puede actuarse por mandatario y el mandato puede ser general, pues el supuesto no está contemplado en el artículo 1881 del Código Civil. La acción se extingue en caso de muerte del cónyuge como una consecuencia de la personalidad y ya que al quedar disuelto el vínculo con la muerte pierde todo sentido mantener un proceso de divorcio.

El cónyuge menor puede accionar por sí, atento a su situación de capacidad derivada de la emancipación legal, sólo restringida en los casos legalmente previstos.

El cónyuge demente puede accionar a través de su curador, conforme lo admite la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia. No sería posible dejar al insano inhabilitado se solicitar el divorcio mediando inconductas de su cónyuge tipificantes de causales.

b) Partes en el proceso

Son partes en el proceso cada cónyuge y el Ministerio Fiscal, quien actúa como parte formal en todos los casos, ya que se encuentra comprometido el orden público.

Habiendo hijos menores, corresponde la intervención del Ministerio de Menores, el cual deberá expedirse fundamentalmente en todo lo referido a los intereses de tales hijos, rigiendo lo dispuesto por el artículo 59 del Código Civil.

c) Notificación de la demanda

La demanda debe ser notificada personalmente al cónyuge accionado cuando subsista la cohabitación. Si media separación la notificación debe efectuarse en el lugar de residen-

cia del demandado, aun cuando subsista el domicilio conyugal³.

d) Extinción de la acción

La muerte de cualquiera de los cónyuges determina la extinción de la acción e igual efecto se produce con la reconciliación de los esposos (art. 234 del Código Civil).

e) Prescripción

La acción de separación personal o de divorcio, como todas las concernientes al estado de familia, no prescribe.

Sin perjuicio de ello, pueden dejar de poder ser invocadas cuando se ha producido el perdón de las ofensas.

Caduca con la muerte del cónyuge pues se disuelve el vínculo y se mantiene la discusión acerca de la posibilidad de que los herederos continúen la acción alegando intereses sucesorios, lo que es rechazado por Zannoni con argumentos que compartimos⁴.

³ Cfr. BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t. III, p. 369.

⁴ Ver ZANNONI, E. A., *Derecho de Familia*, t. II, p. 130.

Art. 228 Serán competentes para entender en los juicios de alimentos:

- 1º) El juez que hubiere entendido en el juicio de separación personal, de divorcio vincular o nulidad;**
- 2º) A opción del actor el juez del domicilio conyugal, el del domicilio del demandado, el de la residencia habitual del acreedor alimentario, el del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración del convenio alimentario si lo hubiere y coincidiere con la residencia del demandado, si se planteara como cuestión principal.**

1. COMPETENCIA POR CONEXION

El inciso primero del artículo 228 otorga al juez que haya decidido el juicio de separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio competencia para intervenir en el proceso por alimentos.

Cabe señalar en primer término que se trata del reclamo de alimentos definitivos, por cuanto para los provisorios rige lo dispuesto en el artículo 231, para los casos de separación personal y divorcio.

La extensión de competencia en relación a los alimentos era pacíficamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia anterior a la reforma, interpretando así en modo co-

recto normas procesales que, como la contenida en el inciso 3° del artículo 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y sus similares (art. 6°, inc. 3°, C. P. C. y C. de la provincia de Buenos Aires; art. 6°, inc. 3°, C. P. C. y C. de la provincia de Entre Ríos, etc.), sólo hacen referencia a la atribución de competencia mientras dure la tramitación de los juicios, pero omiten extenderla una vez recaída sentencia final.

Sostiene al respecto Belluscio que la limitación antes señalada no es razonable, pues evidentes razones de conexidad aconsejan someter a la jurisdicción que entendiera en el juicio todas las cuestiones que pudieran plantearse posteriormente entre los divorciados, ejemplificando con las cuestiones sobre tenencia de hijos, fijación o modificación de regímenes de visitas, aumento, disminución o cesación de alimentos, etcétera⁵.

En igual sentido se pronuncia Zannoni, aun cuando limita su interpretación a aquellas cuestiones ya resueltas por el juez durante la tramitación del juicio⁶.

2. OPCIONES DEL ACTOR

El inciso segundo de este artículo 228 otorga al actor una gama de posibilidades que evidentemente se relacionan no sólo con sus intereses sino que también se vinculan con la realidad de la situación existente entre alimentante y alimentado.

En algunos casos el artículo presupone la permanencia del estado de familia matrimonial con sus consiguientes efectos.

Ello así, se trata de supuestos en los cuales no media sentencia de separación personal, divorcio vincular o nulidad,

⁵ BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia*, t. III, p. 343.

⁶ ZANNONI, E. A., *Derecho de Familia*, t. II, p. 127.

pues de otro modo no cabría referirse al juez del domicilio conyugal (arts. 199 y 200 Código Civil).

Esta determinación de competencia a través del domicilio de los cónyuges no operará si, conforme lo dispuesto en el artículo 199, media relevo judicial del deber de convivencia y el demandado ha dejado el hogar conyugal.

Art. 229 No hay separación personal ni divorcio vincular sin sentencia judicial que así lo decrete.

1. ANTECEDENTES

La norma que comentamos adecua lo regulado en el derogado artículo 66 de la ley 2393, de acuerdo a la redacción que le otorgara la reforma de 1968. Conforme a éste, no habrá divorcio sin sentencia judicial que lo decrete y dicho texto vino a reemplazar al originario de la ley de matrimonio civil de 1889 que consagrara: "No hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. Ellos no serán tenidos por divorciados sin sentencia de juez competente".

2. ALCANCES DEL ARTICULO

De lo normado por el artículo que nos ocupa resulta que en nuestro Derecho el único modo de acceder al estado de familia de cónyuge separado personalmente o de divorciado vincularmente es a través de una sentencia emanada de órgano jurisdiccional competente y luego de un procedimiento regular, que haya garantizado los intereses esenciales de los cónyuges. Debe dejarse a salvo lo concerniente a la conversión de la separación personal en divorcio, a cuya especificidad nos referiremos en el comentario al artículo 238.

El emplazamiento en el nuevo estado de familia sólo resulta de la respectiva sentencia constitutiva. Nuestro ordena-

miento jurídico rechaza, por tanto, aquellos sistemas que —aun cuando excepcionales en el Derecho comparado— admiten el acceso a la condición de divorciado a través de la intervención de organismos administrativos.

Ello concuerda plenamente con los principios vigentes en relación al estado de familia, que constituye un atributo de la persona natural que individualiza a ésta por su emplazamiento o falta de emplazamiento en la familia parentesco o en el matrimonio, con los caracteres de indivisibilidad, unidad e inherencia personal.

Del emplazamiento en un estado de familia derivan derechos subjetivos familiares y surgen deberes específicos. Nadie que no muestre el correspondiente título de estado tendrá las prerrogativas o responderá por los deberes inherentes a tal estado, con excepción de supuestos donde sean de aplicación principios de derecho sustentados en la equidad, con los alcances que luego observaremos.

Y en todo lo relativo al estado de familia aparece comprometido el orden público, lo que evidencia el indudable interés social que se refleja en la disposición que comentamos.

3. DERIVACION DEL CONTENIDO. LA APARIENCIA DE ESTADO

De lo consagrado en este artículo deriva que deba ser rechazada toda posibilidad de alegar la existencia de un estado aparente de separado personal o divorciado, a excepción de los supuestos referidos a los terceros de buena fe a que haremos referencia.

En el derecho de familia se originó una corriente doctrinaria que se pronunció por la admisión de la tesis de los estados aparentes, dando así importancia decisiva a la objetivización, es decir, a la materialidad emergente de una situación determinada.

Por esta vía se llegó a una verdadera equiparación entre estado de familia aparente y posesión de estado, sosteniendo Belluscio que nos encontramos ante un estado aparente de hecho cuando existe posesión de estado, pero no hay título, y que el estado matrimonial aparente de hecho tiene lugar en el caso del concubinato⁷.

Para Zannoni, resultan conceptos equivalentes posesión de estado y apariencia de estado. Afirma este autor que la posesión de estado importa, independientemente de la titularidad, la apariencia del estado y cuando aquélla no se corresponde con título de estado se da el estado aparente de hecho, el cual tiene aplicación no sólo para los convivientes en concubinato —estado matrimonial aparente de hecho— sino también en el estado filial aparente⁸.

En relación a la adopción por parte de ambos concubinos expresó Smulewicz que la posesión del estado marital es la convivencia dándose las partes el trato de cónyuges⁹ con lo cual se sumó a las opiniones que identifican apariencia de estado de familia con posesión de estado.

Estas equiparaciones entre posesión de estado y estados aparentes de familia derivan de la distinción formulada por Díaz de Guijarro entre la mera apariencia de hecho —estado aparente de hecho— y estado aparente de derecho, la cual fuera realizada por dicho autor ante lo que él mismo califica como un requerimiento espiritual nacido de la observación de que los autores al ocuparse de la apariencia como fenómeno jurídico, sólo secundariamente analizaban el estado de familia aparente y, cuando lo hacían, se dedicaban al exa-

⁷ BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia*, t. I, p. 74.

⁸ ZANNONI, E. A., *Derecho de Familia*, t. I, p. 54.

⁹ SMULEWICZ, Musia, *Interpretación del concepto "matrimonio" en la ley de adopción*, en La Ley 1978-8-966.

men del matrimonio putativo como una hipótesis de matrimonio aparente¹⁰.

Nos resulta inaceptable equiparar posesión de estado con estados aparentes de familia, como así también que análogamente pueda concebirse a los segundos a modo de consecuencia de los efectos propios de la posesión de estado.

Como lo enseñan Planiol y Ripert, la posesión de un estado civil no puede, por sí sola, crear una situación jurídica regular, agregando tales autores que una persona no puede decirse casada porque está en posesión del estado de esposo¹¹.

Por extensión de dicha afirmación, nadie puede considerarse, o pretender hacer nacer derechos o extinguir obligaciones propias del estado de familia de separado personal o divorciado, por "vivir en los hechos" de tal modo, si no cuenta con una sentencia de emplazamiento.

Sí, en cambio, terceros de buena fe podrán ser protegidos en sus intereses en aquellos supuestos donde quienes aparecían en situación de separados personalmente o divorciados los hayan perjudicado. Tal es el ámbito propio de aplicación de la teoría de la apariencia jurídica¹² y no puede admitirse una extensión como la que podría resultar de la construcción formulada por los autores antes mencionados, si bien cabe reconocer que la misma tuvo como finalidad dar respuesta a algunas situaciones que no la encontraban en la regulación legal entonces vigente y que ha quedado derogada con la reforma que comentamos.

¹⁰ DIAZ de GUIJARRO, Enrique, *El estado aparente de familia*, Jurisprudencia Argentina, 1953-II, Sec. Doctr., p. 3.

¹¹ PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, t. 2, p. 213.

¹² Ver D'ANTONIO, D. H., *La apariencia jurídica y los estados de familia*, Jurisprudencia Argentina, 1979-III-681.

4. PROHIBICION DE ARBITRAJE

El Código Civil impide efectuar transacciones que versen sobre el estado de familia (art. 845) y, concordantemente, las leyes procesales prohíben el sometimiento a arbitraje de tales cuestiones (cfr. art. 764, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y sus similares locales). Todo ello reafirma la exigencia contenida en el artículo que analizamos, de contar siempre con una sentencia emanada del órgano jurisdiccional competente.

Art. 230 Es nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal o el divorcio vincular al juez competente, así como también toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos.

1. NULIDAD DE LA RENUNCIA A LAS ACCIONES DE SEPARACION PERSONAL Y DIVORCIO

El artículo que comentamos reproduce parcialmente lo normado por el artículo 65 de la derogada ley de matrimonio civil 2393 en cuanto disponía: “No puede renunciarse en las convenciones matrimoniales la facultad de pedir el divorcio al juez competente”.

Se trata de la aplicación del principio general de irrenunciabilidad del estado de familia y de las acciones que al mismo corresponden.

Acertadamente la reforma ha eliminado la indebida restricción referida a las convenciones matrimoniales, en tanto la renuncia carecía de validez tanto si se formulaba antes como después de celebrado el matrimonio.

Señala Belluscio que a las razones de orden público que impiden tales renunciaciones se agrega el hecho de que las mismas implicarán la dispensa del dolo, prohibida por el artículo 507 del Código Civil para las obligaciones en general, pues suprimiría las sanciones por el incumplimiento de los deberes conyugales¹³, opinión a la que nos adherimos y que impli-

¹³ BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t.III, p. 347.

ca reconocer que en todos los supuestos la separación personal o el divorcio son las resultantes de inconductas conyugales tipificantes de deberes legalmente impuestos.

Cabe agregar que avala la sanción que la norma contiene lo dispuesto por el artículo 1218 del Código Civil, conforme al cual es de ningún valor toda convención entre los esposos sobre cualquier objeto relativo a su matrimonio y toda renuncia del uno que resulte a favor del otro.

Mas no debe confundirse esta prescripción legal con las conductas conyugales que importan perdón de ofensas e implican, por tanto, el no ejercicio de la prerrogativa de accionar como respuesta a la violación del deber matrimonial. Así, tampoco cabe identificarla con la reconciliación, que es una institución del derecho de familia de naturaleza y caracteres específicos (ver comentario artículo 234).

2. NULIDAD REFERIDA A LAS CAUSALES

El artículo 230 sanciona de nulidad toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitar la separación personal o el divorcio vincular.

Se trata de la aplicación de los principios señalados anteriormente, lo que corrobora que en todo lo concerniente al matrimonio se encuentra comprometido el orden público.

3. MUTUO CONSENTIMIENTO

Por extensión, la sanción alcanza a aquellas cláusulas o pactos que avancen respecto a la invocación de causas graves que hacen imposible la vida en común, prevista como presupuesto de la separación personal y del divorcio por mutuo consentimiento (arts. 205 y 215 Código Civil).

Art. 231 Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él; determinar a quién corresponda la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien correspondiere recibirlos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio. En el ejercicio de la acción por alimentos provisionales entre los esposos, no es procedente la previa discusión de la validez del título o vínculo que se invoca.

1. OBSERVACIONES GENERALES

La norma reproduce casi literalmente lo establecido en el artículo 68 (reformado por la ley 17.711) de la derogada ley 2393, con el agregado que luego comentaremos, adicionando a su vez la primera parte del artículo 68 bis de la misma, que fuera introducido por la reforma del año 1968 (ley 17.711).

Trátase de aquellas medidas a las cuales la doctrina en general calificó como previas, para distinguirlas de las reguladas en el derogado artículo 74 de la mencionada ley 2393, las que por referirse a aspectos patrimoniales se designó como medidas precautorias.

Corresponde aplicar en general y en consecuencia, la vastísima elaboración doctrinaria y jurisprudencial producida sobre el tema, deteniéndonos tan sólo en los aspectos novedosos que trae la nueva norma.

2. INCLUSION DEL REINTEGRO AL HOGAR CONYUGAL

El anacrónico depósito de la mujer en casa honesta, regulado en el originario artículo 68 de la ley 2393, el cual reprodujo —a su vez— lo dispuesto en este tema por el artículo 205 del Código Civil, resultó puesto al día a través de la reforma de 1968, que consagró, como una de las cuestiones que podían ser sometidas al juez del divorcio, la atribución de la vivienda común. Se dejó de lado, en consecuencia, cualquier referencia que pudiera importar una diferenciación o menoscabo de un cónyuge por razón de su sexo.

Ajustadamente se señaló que la regla resultaba incompleta, pues aludía exclusivamente al supuesto en que los cónyuges aún conviven y se pretende la exclusión de uno de ellos, dejando de lado el problema de la pretensión de reintegro del cónyuge que se hubiera retirado voluntariamente¹⁴.

Zannoni, luego de recordar que la permanencia de uno de los cónyuges en el inmueble en que durante la unión radicó el hogar conyugal, constituye un aspecto conexo de la prestación asistencial, expresa que la promoción del juicio —o aún antes conforme a la norma— lleva implícita la facultad de cualquiera de los esposos de retirarse voluntariamente del hogar conyugal haciendo efectiva la separación provisional¹⁵.

¹⁴ Cfr. BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia*, t. III., ps. 378/379.

¹⁵ ZANNONI, E. A., *Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges*, ps. 67 y 79/80.

Ello así, la atribución de la vivienda constituye, en principio, una prerrogativa ejercitable por cualquiera de los cónyuges, aún cuando uno de ellos se hubiera retirado voluntariamente y —con mayor razón— si se ha visto forzado a tomar tal actitud ante la inconducta del otro cónyuge.

Por cierto que corresponderá a los jueces una prudente apreciación, dentro de los límites típicos de la medida, a los fines de meritar los motivos que llevaron al cónyuge a alejarse del hogar común. Esta valoración de la situación vendrá a sumarse a los elementos que corresponden considerarse en la adopción de este tipo de medidas, entre las que se destaca la guarda de los hijos menores.

En lo que atañe al procedimiento a observar en relación a esta medida, subsistirán las discrepancias doctrinarias generadas por la atribución de vivienda en la regulación anterior. Nos inclinamos a considerar que se trata de una medida cautelar genérica, compartiendo así la opinión de Zannoni, siendo de aplicación en consecuencia las disposiciones inherentes a tales medidas¹⁶.

3. RESGUARDO PROCESAL DE LOS ALIMENTOS PROVISORIOS

La prestación de alimentos durante el matrimonio constituye uno de los esenciales derechos-deberes que la unión genera y se ensambla con la asistencia que se deben mutuamente los esposos (art. 198 Código Civil).

Siendo ello así, resulta plenamente justificado que, en el reclamo que se formula antes o una vez deducidas las acciones de separación personal o de divorcio, no sean procedentes defensas que son en cambio oponibles en los juicios de alimentos en general.

¹⁶ Cfr. ZANNONI, E. A., *La exclusión o el retiro del hogar conyugal durante el juicio de divorcio*, Jurisprudencia Argentina, 1976-III-690.

Los Códigos de Procedimientos incluyen normas que tienden a garantizar al demandado la posibilidad de demostrar la falta de título o derecho de quien pretende alimentos (art. 643 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y sus concordantes), lo cual —como queda antes dicho— carece de sentido cuando el reclamo se sustenta en la existencia del matrimonio.

La reforma ha suprimido el agregado que en el artículo 68 bis introdujera la ley 17.711 en relación a la posibilidad de discutir la validez del vínculo o título en los casos de matrimonios celebrados en el extranjero.

Tal solución importó desconocer efectos probatorios a las partidas de matrimonios celebrados en el exterior, lo cual colisionaba con lo dispuesto por los artículos 12 y 950 del Código Civil, los que consagran que las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, se rigen por las leyes del país donde se han otorgado.

Sin perjuicio de que lo concerniente a la validez del acto matrimonial se rige por la ley del lugar e impide se vulneren principios de orden público interno, cabe considerar que no nos encontramos en el ámbito de discusión de la validez del vínculo sino en el limitado y particular campo de la prueba del matrimonio.

Como expresara Zannoni en su crítica al contenido del artículo 68 bis, el juez debe valorar la insuficiencia o ineficacia del título que hace a la prueba del matrimonio y no a la existencia del mismo¹⁷.

Por tanto consideramos acertada la reforma, que evitará menoscabos a derechos alimentarios que podrían verse obstaculizados por una eventual discusión del título más allá de lo autorizado, sin que ello importe alteración alguna para nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁷ ZANNONI, E. A., *Divorcio y obligación alimentaria* cit., p. 162.

Art. 232 En los juicios de separación personal o divorcio vincular no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos, a excepción de lo dispuesto en los artículos 204 y 214, inciso 2°.

1. LA PRUEBA DE CONFESION Y EL DIVORCIO

Las particularidades de un proceso dirigido a la obtención de una decisión jurisdiccional referida al estado de familia matrimonial nos pone de resalto en forma inicial que todas sus etapas, y primordialmente la concerniente a la actividad probatoria de las partes, se encontrarán signadas por las peculiaridades de la acción entablada.

Si bien la introducción del mutuo consentimiento en nuestro derecho vino a limitar la trascendencia cuantitativa del aporte probatorio, no por ello éste dejó de revestir la importancia que intrínsecamente posee. Como regla de aplicación general puede decirse que en esta materia el orden público comprometido requiere la presencia de un aporte probatorio certero, que permita arribar a un juicio lógico despejado de dudas, siendo entonces necesario traer a juicio todos los elementos de prueba idóneos a los fines de establecer la verdad en la situación planteada¹⁸.

En tal panorama vino a insertarse la llamada prueba de confesión, clásicamente definida como el testimonio que

¹⁸ Ver entre otros fallos, CN. Cív., Sala C, La Ley, 71-143.

una de las partes hace contra sí misma, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo¹⁹.

Dentro de la confesión se distingue la absolución de posiciones, que es el medio por el cual una parte pretende obtener la prueba a través de las preguntas formuladas en el juicio; la confesión ficta y la confesión extrajudicial. Por extensión, guarda analogía con la confesión ficta el reconocimiento de los hechos derivados de la posición asumida por el demandado o reconvenido al contestar la demanda o reconvenición, o al dejar de hacerlo.

Sentadas estas premisas señalemos que tanto la ley 2393 como la reforma de 1968 vinieron a consagrar la inadmisibilidad de la prueba de confesión en el juicio de divorcio.

Constituyó tal preceptiva una regla que puede considerarse fundamental, aunque con alcances propios según veremos, y fue consagrada en el artículo 70 de la ley 2393, disponiendo que toda clase de prueba es admisible en el juicio de divorcio, a excepción de la de confesión o juramento de los cónyuges.

La primera reflexión que acarreó el aludido precepto fue la de su indudable propósito de responder a la recordada necesidad de arribar a la verdad por parte del juzgador, reforzada por la presencia del orden público comprometido. Pero cierto es que esta amplitud mostrada por la ley debió entenderse como permitiendo una movilización de los sujetos del proceso dentro del marco de la ley formal, donde no encontrarán otras restricciones que las derivadas del propio proceso, cuya actividad no puede ser alterada o cercenada por la circunstancia aludida.

La prohibición de la prueba de confesión debió conside-

¹⁹ FASSI, Santiago C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. II, p. 45 y doctrina citada en nota 1.

rarse vigente aun cuando tuvo como orientación evitar el divorcio por mutuo acuerdo, vedado en el artículo 66 de la ley 2393, el cual fuera derogado por la reforma del año 1968. Pero no pudo considerarse que con motivo de la introducción del divorcio consensual quedara enervada la prohibición del artículo 70 Ley de Matrimonio Civil, por cuanto fue notorio que las disposiciones relacionadas con el divorcio causado —es decir el que tramita fundado en no menos de una causal de las contempladas en el artículo 67 ley 2393— difieren o se apartan de manera absoluta en su relación con las previsiones volcadas en la regulación del divorcio por mutuo consentimiento, cuya naturaleza, finalidades y consiguiente instrumentación legal aparecen como excepcionales y peculiarísimas.

Por otra parte, debe reconocerse que si la reforma producida en la legislación civil por obra de la ley 17.711 se hubiera propuesto eliminar la prohibición a que aludimos así lo hubiera hecho, no pudiendo pensarse en inadvertencia cuando fueron tocados casi todos los artículos del capítulo sobre divorcio.

El tema dividió a la doctrina, la que en su mayor número adhirió a la posición de considerar que la prohibición se mantenía luego de la reforma del año 1968.

2. LA ADMISION DE LA CONFESION COMO MEDIO DE PRUEBA

La reforma ha venido a modificar sustancialmente la posición de nuestro ordenamiento jurídico en este tema. En efecto, el artículo que comentamos sienta como principio general la admisibilidad de la confesión como medio de prueba, tanto en su forma de producción a través de la absolución de posiciones, como en la extrajudicial, ficta o de reconocimiento de hechos.

3. LIMITACION PARA LA VALORACION JUDICIAL. EXCEPCIONES

Al mismo tiempo que la norma establece la admisión de la confesión como prueba en los juicios de separación personal o divorcio vincular, sienta una regla para la valoración judicial de la misma.

Conforme a dicha regla, la confesión nunca bastará por sí sola para fundar el juicio lógico del sentenciante, siendo necesario la confluencia de otros antecedentes probatorios, constitutivos de medios procesalmente admitidos.

Esta regla general reconoce las excepciones que el artículo contempla, es decir, los casos de separación personal o divorcio vincular por causa de interrupción de cohabitación o separación de hecho (arts. 204 y 214, inciso 2º, Código Civil). Esta posición de la reforma merece nuestra crítica, por cuanto permitirá la connivencia entre los cónyuges y ubica al matrimonio estado en la condición jurídica de mera convención.

A la facilitación emergente de la propia instrumentación de los medios por los cuales se puede acceder al divorcio, incluidos el mutuo consentimiento y la conversión, respecto de lo cual ya señaláramos oportunamente nuestra opinión, viene a sumársele este aspecto probatorio que repercute sensiblemente en el orden público.

4. LA CONFESION Y EL MUTUO CONSENTIMIENTO

Como veremos al comentar el artículo 236 del Código Civil, la decisión que recae en los juicios de separación personal o divorcio vincular tramitados por la vía del mutuo consentimiento dista de responder a los principios republicanos dirigidos al conocimiento por parte de los componentes del pueblo del accionar de sus jueces, dada su falta de fundamentación.

Sin embargo, también en este tipo de proceso tan especial el juzgador debe formar su convicción y si bien su decisorio estará regido por lo que le señale su propio juicio no por ello cabe negar que la conclusión positiva o negativa del juez deviene de una fuente de índole probatoria, en este caso conformada por las manifestaciones que con alcances de testimonio-confesión formulan los propios cónyuges.

La reforma ha suprimido toda referencia a la "ciencia y conciencia" del juzgador y cabe concluir que, sin perjuicio de que puedan admitirse medidas para mejor resolver, en el mutuo consentimiento las manifestaciones de los cónyuges constituyen el aporte probatorio por excelencia. Y las mismas, en cuanto puedan significar el reconocimiento de inconductas tipificantes de la violación de deberes conyugales constituirán, por su esencia, prueba de confesión.

Art. 233 Durante el juicio de separación personal o de divorcio vincular, y aun antes de su iniciación en caso de urgencia, el juez dispondrá a pedido de parte, medidas de seguridad idóneas para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro. Podrá, asimismo, ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de que fueren titulares los cónyuges.

1. LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS EN LOS JUICIOS DE SEPARACION PERSONAL O DE DIVORCIO VINCULAR

La promoción de un juicio dirigido a desplazar a los cónyuges del estado de familia matrimonial importa una trascendente medida que proyecta sus efectos sobre el régimen legal económico, representado por la sociedad conyugal de bienes.

Si bien la reforma de 1968 al modificar los contenidos de los artículos 1276 y 1277 del Código Civil, consagrando uno de sus mejores aciertos, vino a poner resguardo a situaciones aflictivas en las cuales uno de los cónyuges —el no administrador— veía generalmente frustrados sus derechos, el tema de las medidas precautorias sigue vigente y su importancia permanece inalterada.

Tales medidas eran contempladas en el artículo 74 ley 2393, mal ubicado por encontrarse entre los destinados a

regular los efectos del divorcio. Expresaba dicho artículo: "Si durante el juicio de divorcio, la conducta del marido hiciese temer enajenaciones fraudulentas, o disipación de los bienes del matrimonio, la mujer podrá pedir al juez de la causa que se haga inventario de ellos y se pongan a cargo de otro administrador, o que el marido dé fianza del importe de los bienes..."

Según se advierte, la norma hacía referencia a la administración marital regulada en el Código Civil en consonancia con la situación jurídica de la mujer casada. Debía ser comprendida conforme al régimen de administración separada instituido con la reforma de 1968 e interpretado como autorizando a cualquiera de los cónyuges a solicitar las medidas cautelares que las leyes procesales contemplan, desde el inventario de los bienes pasando por embargos, inhibiciones de bienes, designaciones de administrador o veedor, prohibición de innovar, etcétera.

El texto derogado no sólo resultaba limitativo en cuanto al momento en que podían solicitarse estas medidas sino que, igualmente, cercenaba infundadamente las especies de resguardos procedentes, mencionando sólo el inventario, la designación de administrador y la fianza marital.

No obstante, una abundante y concordante elaboración doctrinaria y jurisprudencial otorgó al precepto alcances suficientes para el logro de su finalidad, que se ve ahora satisfecho con la nueva redacción.

2. LEGITIMACION

Respondiendo a nuestro sistema de comunidad de bienes conyugales, tipificado como de comunidad relativa, gestión separada con elementos de gestión conjunta y separación de deudas (art. 1276 y 1277 Código Civil y arts. 5° y 6° de la ley 11.357), la norma que comentamos legitima por

igual a cualquiera de los cónyuges para solicitar la adopción de las medidas precautorias.

3. OPORTUNIDAD

Con presteza, y respondiendo a las exigencias de situaciones frecuentes, la norma autoriza que estas medidas puedan solicitarse aún antes de promoverse el juicio respectivo.

Se concuerda así el presente artículo con lo dispuesto en el artículo 1295 del Código Civil, que expresamente permite promover estas acciones antes de la demanda en caso de peligro en la demora.

La previa acreditación del peligro en la demora, es decir de la razón de urgencia que fundamenta el pedido, constituye una cuestión previa a considerar por el juez y su invocación, fuera del limitado campo de conocimiento que tiene el magistrado, deberá ser acompañada de los elementos necesarios para que se forme la convicción necesaria. Podrá eventualmente, recibirse la prueba conducente para acreditar el mencionado extremo.

4. ESPECIES DE MEDIDAS PRECAUTORIAS

La acertada referencia genérica a “medidas de seguridad idóneas” permite a las partes solicitar cualquiera de las medidas cautelares contempladas por las leyes procesales.

En tanto se consideró por la doctrina en general que la enunciación de los artículos 1295 del Código Civil y 74 de la ley 2393 no era taxativa²⁰, la aplicabilidad remitirá a lo dispuesto por las leyes de procedimiento.

²⁰ Cfr. ESCRIBANO, Carlos, *Medidas precautorias en los juicios de divorcio y separación de bienes*, p. 45; BORDA, G. A., *Derecho de Familia* cit., t. 5, N° 441, e); ZANNONI, E. A., *Derecho de Familia* cit., t. 1, p. 705.

Pero, además, puede el juez dar curso a medidas que, sin encuadrar en plenitud en las cautelares legalmente previstas, pueden asegurar los derechos del cónyuge, siempre resguardando las garantías esenciales del debido proceso.

5. INDIVIDUALIZACION DE BIENES O DERECHOS

El sistema de gestión separada de los bienes conyugales y la posibilidad de que un cónyuge dé al otro mandato de administración importa la probabilidad de que se ignore o no se tenga suficiente precisión sobre la existencia o extensión de bienes o derechos conyugales.

Con justeza había ya señalado Zannoni la procedencia de este tipo de medidas, haciendo referencia a las sociedades y al derecho de obtener medidas que tiendan a individualizar los aportes realizados por el otro cónyuge y, en su caso, las utilidades devengadas²¹.

La reforma establece esta posibilidad con alcances amplios y en su ámbito queda comprendida la probabilidad de despejar el carácter de un bien, determinando si se trata de bien propio o ganancial, o la extensión del eventual crédito de la sociedad conyugal.

6. NO EXIGIBILIDAD DE CONTRACAUTELA

Una concordante construcción doctrinaria y jurisprudencial sentó, con referencia a las normas derogadas, la inexigibilidad de contracautela para su obtención.

En nuestra opinión sigue rigiendo tal conclusión, por cuanto el artículo que comentamos omite requerir este tipo de medidas.

²¹ ZANNONI, E. A., *Derecho de Familia* cit., t.I, p. 706.

Art. 234 Se extinguirá la acción de separación personal o de divorcio vincular y cesarán los efectos de la sentencia de separación personal, cuando los cónyuges se hubieren reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción.

La reconciliación restituirá todo al estado anterior a la demanda. Se presumirá la reconciliación, si los cónyuges reiniciaran la cohabitación.

La reconciliación posterior a la sentencia firme de divorcio vincular sólo tendrá efectos mediante la celebración de un nuevo matrimonio.

1. LA RECONCILIACION COMO INSTITUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

La reforma incluye la regulación de la reconciliación en el Capítulo XVI dedicado a las acciones. Tal temperamento nos resulta inadecuado en razón de que la reconciliación excede el mero marco de las acciones para constituir una típica y específica institución del derecho de familia, cuya naturaleza jurídica ha dado lugar a interesantes construcciones doctrinarias que encuentran variaciones que la consideran un contrato del derecho de familia (Lagomarsino), un acto jurídico familiar (Díaz de Guijarro, Zannoni), un acto jurídico (Mazzinghi) o un acto real (Belluscio).

Por tanto, hubiésemos preferido que atento a su especificidad e importancia, la reconciliación pasara a tener un tra-

tamiento legal separado y una ubicación diferenciada de las meras acciones.

Consideramos que debe distinguirse entre la reconciliación como institución del derecho de familia, la forma en que la misma se produce y los efectos que de ella derivan. Esta distinción permitirá despejar el panorama referido a la esencia de la reconciliación, distinguiéndola de otros aspectos que han sido confundidos con ella.

Así, la reconciliación opera a través de actos jurídicos familiares y de los mismos derivan los efectos de extinción de las acciones de separación personal o de divorcio vincular y cesación de los efectos de la primera.

Cabe advertir que si bien la norma que comentamos alude a la cesación de "los efectos de la sentencia de separación personal" en rigor lo que la reconciliación acarrea es la extinción del emplazamiento de los cónyuges en el estado de familia de separados personalmente y su emplazamiento en el estado de familia originario. De dicha situación deriva la cesación de los efectos propios del estado de familia extinguido y la reanudación de los derechos y deberes conyugales inherentes al estado de familia matrimonial.

De allí que, como se advierte en el supuesto de separación personal, la reconciliación excede en mucho el marco de índole procesal y se proyecta sobre el estado de familia, extinguiendo uno y haciendo renacer el otro. Y de tan trascendental consecuencia derivan la cesación de aquellos efectos que, si bien originados en la respectiva sentencia constitutiva y de emplazamiento, corresponderán al estado de familia específico de separación personal.

2. LA RECONCILIACION EN LA SEPARACION PERSONAL Y EN EL DIVORCIO

Como queda antes expresado, la reconciliación opera

tanto en la separación personal de los cónyuges como en el divorcio vincular.

Conforme a este artículo 234 procede durante la sustanciación de los respectivos juicios o una vez recaída sentencia, pero en el supuesto de divorcio vincular sólo se producirá a través del nuevo matrimonio de los cónyuges divorciados vincularmente.

3. FORMAS EN QUE OPERA LA RECONCILIACION

Corresponde distinguir las formas en que la reconciliación se produce según se trate de juicios de separación personal o divorcio vincular en trámite o de cónyuges emplazados en uno u otro estado de familia.

| | | |
|--|---|--|
| Juicios de separación personal o divorcio vincular en trámite | { | reconciliación expresa |
| | } | reconciliación tácita |
| Cónyuges separados personalmente | { | reconciliación expresa |
| | } | reconciliación tácita |
| Cónyuges divorciados vincularmente | { | reconciliación expresa |
| | } | a través del acto jurídico matrimonial |

La reconciliación expresa adquiere su mayor expresión cuando la voluntad de los cónyuges se manifiesta por escrito, siendo el mismo presentado ante el juez que entiende en el juicio de separación personal o divorcio vincular o que dictó la respectiva sentencia.

Pero, además, incluye toda manifestación de los cónyuges, verbal o escrita, de la cual resulte ser intención el recíproco perdón (art. 917 Código Civil).

En cuanto a la reconciliación tácita, la misma había dado lugar a distintas interpretaciones ya que el artículo 71 de la ley 2 393 disponía que operaba “cuando el marido cohabita con la mujer, después de haber dejado la habitación común”.

Sostuvimos oportunamente que la ruptura de la convivencia conyugal es la consecuencia rigurosa del emplazamiento de los esposos en el estado de divorciados. No se concibe, en efecto, que luego de dictada la sentencia prosiga la cohabitación por cuanto de ocurrir ello se produciría en forma automática la extinción de los efectos del divorcio en razón de haberse operado la reconciliación.

Recordamos también que el derecho-deber de cohabitación comprende un doble aspecto: por un lado abarca la convivencia en el hogar común, y por el otro contempla el débito conyugal, es decir la relación sexual entre cónyuges inherentes a las finalidades reconocidas en el matrimonio.

Consideramos que al referirse la ley a la reconciliación y a los modos en que la misma se produce hacía mención de la cohabitación de los cónyuges luego de que el marido haya dejado la habitación común, y que nada autorizaba en consecuencia a apartarse del texto legal, que con claridad y justicia hacía referencia al derecho-deber aludido en el doble aspecto que el mismo abarca.

Sostuvimos que la reconciliación que la ley presume debe ser apreciada en favor del matrimonio, por cuanto interesa al orden público la permanencia de las uniones legítimas y que a la clara interpretación emergente del propio texto legal se sumaba, en consecuencia, la orientación interpretativa de índole general que debe campear en todo lo concerniente a las relaciones de familia.

Pese a ello, importante doctrina y numerosa jurisprudencia

cia consideró que para que se produjera la reconciliación tácita era necesario que mediara efectiva reanudación de la vida común, no bastando el hecho de la cohabitación de los cónyuges.

La reforma, si bien sin el necesario énfasis que requería una definitiva aclaración de la controversia, ha venido a consolidar la segunda de las posiciones mencionadas.

En efecto, la construcción de la frase, en tanto alude al reinicio de la cohabitación, permite interpretar que se requiere una efectiva reanudación de la vida matrimonial con el ánimo de vivir juntos y prestarse el débito conyugal inherente al estado de familia restablecido.

En cuanto a la reconciliación una vez emplazados los cónyuges en el estado de familia de divorciados vincularmente, que sólo procede a través del nuevo matrimonio de los cónyuges, importa adherir a la unánime posición del derecho comparado, impidiendo se susciten controversias como la que diera lugar el derogado artículo 31 de la ley 14.394²².

No media en nuestro ordenamiento ahora vigente impedimento matrimonial referido a los cónyuges divorciados, ni media preceptiva alguna que limite las segundas nupcias de los mismos entre sí, aun cuando éstas vulneren la prohibición del Antiguo Testamento conforme a la cual no podía el marido tomar nuevamente a la mujer repudiada después de casada con otro si éste a su vez la repudiaba o moría, en tanto ello importaba abominación delante de Jehová y pervertir la tierra que fue dada por Dios en heredad (*Deuteronomio*, Capítulo XXIV, versículos 3/4).

²² Ver al respecto BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t. III, p.

Art. 235 En los juicios contenciosos de separación personal y de divorcio vincular la sentencia contendrá la causal en que se funda. El juez declarará la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges, excepto en los casos previstos en los artículos 203, 204, primer párrafo, y en el inciso 2° del artículo 214.

1. AMBITO NORMATIVO DE APLICACION

El presente artículo procura distinguir entre juicios contenciosos de separación personal o divorcio vincular, oponiéndolos a los canalizados por la vía del mutuo consentimiento que serían para la ley, entonces, juicios voluntarios.

No participamos de este criterio distintivo en tanto, en nuestra opinión, el mutuo consentimiento reviste igualmente naturaleza contradictoria, con partes que evidencian intereses contrapuestos que las llevan —precisamente— a pretender separarse personalmente o divorciarse vincularmente. El acuerdo de voluntades sólo rige para peticionar judicialmente a través de la presentación conjunta y asistir a las audiencias de índole conciliatoria que se contemplan, manteniendo su pretensión divorcista.

Tal ha sido la opinión de Morello, quien sostuvo que media entre los cónyuges un conflicto y oposición de intereses, esto es un litigio que debe ser decidido judicialmente²³.

²³ MORELLO, Augusto Mario, *Carácter contencioso del proceso de separación personal por mutuo consentimiento*, Jurisprudencia Argentina, 1968-VI-387.

Pero la mayoría de la doctrina, exceptuada aquella aislada que vio la presencia de un proceso atípico o anómalo, opinó que se trataba de un juicio voluntario.

Entre los distintos aspectos que denotan lo desacertado de esta última opinión, y por consiguiente del temperamento seguido por la reforma, se encuentra el referido a la imposición de costas. Cuando una de las partes determina, con su conducta, consecuencias gravosas para la otra parte, corresponde que al que actuó de tal forma se le impongan las costas.

Es así como, por ejemplo la no concurrencia injustificada de uno de los cónyuges a la primera audiencia contemplada por el artículo 236 determinará el archivo de las actuaciones. A dicho cónyuge corresponderá cargar con las costas de su conducta procesal, que determina que el pedido no tenga efecto alguno y ello pone en evidencia la presencia de intereses diversos y encontrados de parte vencida y parte vencedora.

2. DETERMINACION DE CAUSAL

La norma que comentamos, luego de la desafortunada determinación de la separación personal y del divorcio causados o por causa expresa como "juicios contenciosos", señala que la sentencia —se entiende la que haga lugar a la demanda o la reconvencción— contendrá la causal en que se funda.

Es notorio que el artículo hace referencia a la sentencia en su parte resolutive, en tanto ésta debe reflejar lo desarrollado en los fundamentos. Estos, a su vez, deberían ser congruentes con las pretensiones ejercidas por las partes para evitar ser pasibles de sanción por nulidad.

Se distinguen entonces el juicio de separación personal por causa expresa y el de divorcio vincular de la misma natu-

raleza, del pronunciamiento que recaiga en los juicios por mutuo consentimiento. En estos, según se verá, la sentencia sólo expresará que los motivos aducidos por las partes hacen moralmente imposible la vida en común, decretando en su caso la separación personal o divorcio simple, o el divorcio vincular o divorcio pleno.

3. DECLARACION DE CULPABILIDAD. EXCEPCIONES

En su párrafo final la norma establece que la sentencia determinará la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges, aspecto de gran trascendencia en atención a los diferentes efectos que resultan del emplazamiento del estado de familia respectivo en calidad de inocente o de culpable.

Como excepciones, no mediará declaración alguna de culpabilidad cuando la separación personal se hubiera decretado por causa de alteración mental grave permanente, alcoholismo y drogadicción (artículo 203) o por interrupción de cohabitación (artículo 204) o si el divorcio vincular se decretó por la causal de separación de hecho (artículo 214, inciso 2° Código Civil).

La primera de las excepciones es justificada, por cuanto no puede sostenerse haya aquí culpabilidad del cónyuge que dio lugar a la promoción de la acción.

Distinta resulta la situación cuando se trata de la separación de hecho. En realidad, si el cónyuge inocente quiere resguardar sus derechos deberá ejercer la pretensión de inocencia que contempla el segundo párrafo del artículo 204, para el caso de separación personal o divorcio simple.

Pero si se abstiene de requerir tal pronunciamiento judicial la sentencia no contendrá declaración alguna de culpabilidad, con lo que quedará emplazado en el estado de familia de cónyuge separado personalmente "equiparado a la condición de culpable" para ciertos efectos, tales como la pérdida

de los derechos sucesorios, conforme lo establecido en el artículo 3574 del Código Civil en su nueva redacción.

Según se observa, la no declaración de culpabilidad adquiere relevancia primordialmente en los casos del artículo 203 del Código Civil, ya que para la separación de hecho, tanto en la separación personal como en el divorcio vincular el artículo 3574 impone la privación de los derechos sucesorios. Se exceptúa tal consecuencia si en la separación de hecho se ha determinado la inocencia del respectivo cónyuge (artículos 204, párrafo segundo y 3574, párrafo tercero Código Civil).

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

- 1º) Tenencia y régimen de visitas de los hijos;
- 2º) Atribución del hogar conyugal;
- 3º) Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización.

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

El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos.

Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno. Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres en la que las mismas deberán manifestar personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación.

Si el resultado fuere negativo el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren.

1. CONTENIDO Y ALCANCES DE LA NORMA

El artículo que pasamos a comentar reúne numerosos aspectos de singular trascendencia, los que se incluyen en lo que aparece como la regulación procesal de la separación personal y el divorcio vincular por mutuo consentimiento, presentación conjunta o causa reservada.

Desde esta perspectiva la norma origina variadas cuestiones interpretativas que ya han sido formuladas en relación al artículo 67 bis de la derogada ley 2393, el cual a partir de su introducción en nuestro ordenamiento jurídico, es decir desde el año 1968, dio lugar a una tan abundante como diversa elaboración doctrinaria y jurisprudencial.

Podría decirse que el esquema o la estructura del nuevo cauce procesal del mutuo consentimiento no difiere esencialmente de los que mostraba la norma anterior. A punto tal ello es así que pueden aprovecharse en gran medida aquellos aportes a los que hemos aludido pero, al mismo tiempo, le son aplicables las críticas a que se hizo acreedor el recordado artículo 67 bis.

Nos remitimos en tal sentido a lo expuesto en el Capítulo IV, donde efectuáramos el comentario al artículo 205 del Código Civil, especialmente al § 2, donde analizamos las observaciones en particular que nos merece la nueva regulación.

Pasamos en consecuencia a segmentar los distintos temas que abarca este artículo 236, señalando los aspectos diferentes que pueda mostrar en relación con su similar antecedente.

2. ACUERDOS PREVIOS

La reforma consagra un sistema similar al anteriormente vigente en tanto permite que los cónyuges convengan sobre determinadas cuestiones en su presentación conjunta o demanda, como denomina a aquella la norma que comentamos.

La solución seguida se aparta de la originariamente prevista en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, el cual otorgaba a tales acuerdos la calidad de cuestiones previas sobre las cuales debía concordarse para poder admitir la presentación conjunta de separación personal o de divorcio vincular.

Sobre los alcances y caracteres de dichos acuerdos y respecto de la opinión que nos merece la posición finalmente adoptada por la reforma nos remitimos a lo expuesto en el comentario al artículo 205 del Código Civil (Capítulo IV, § 2, e).

3. POSIBILIDAD DE ACUERDOS INSERTOS EN LA PRESENTACION CONJUNTA. CONVENIOS SOBRE HIJOS, ALIMENTOS Y HOGAR CONYUGAL

La norma posibilita que los cónyuges acuerden en relación a los temas que generalmente acompañan al conflicto matrimonial y suelen generar disputas que exceden el marco del propio divorcio.

Trátase de cuestiones que atañen a los hijos y refieren a la tenencia y régimen de visitas, a los alimentos entre los mismos cónyuges y los que se deben a los hijos menores y lo concerniente a la atribución del hogar conyugal.

En lo relacionado al otorgamiento de la tenencia para la guarda de los hijos menores, no rigen en principio las previsiones de los artículos 206 y 217, ya que los cónyuges pueden apartarse del régimen previsto en los artículos mencio-

nados aun si se tratare de hijos menores de cinco años. Pero cabe destacar que en este aspecto corresponderá una efectiva y amplia ponderación judicial, avalada —en su caso— por la opinión del Ministerio de Menores, conforme a lo establecido en el párrafo tercero de este artículo 236.

De todos modos, el acuerdo de los progenitores constituye un principio general de aplicación para estas cuestiones (ver comentario artículo 206).

La atribución del hogar conyugal, generalmente acordada al cónyuge a cuyo cargo quedan los hijos menores, puede verse complementada con el ejercicio de la acción que contempla el artículo 211, una vez recaída la sentencia de separación personal o de divorcio vincular (ver comentario artículo 211 Código Civil).

En lo que respecta a la eventual concordancia de voluntades en torno a la prestación de alimentos, tanto para el cónyuge como para los hijos menores o incapaces, la misma evita tener que adicionar al régimen del mutuo consentimiento la dilucidación de un tema que requiere pronta solución.

Se simplifican así los procedimientos y se da respuesta a situaciones que pueden ser apremiantes.

En relación con los alcances que tienen estos convenios sobre alimentos en la separación personal o divorcio vincular por mutuo consentimiento recordemos que en el anterior régimen legal (artículo 67 bis, ley 2393, cfr. ley 17.711) en lo concerniente a la liquidación de la comunidad conyugal de bienes y el derecho alimentario conyugal, lo acordado por los cónyuges adquiría naturaleza vinculatoria, sin que el juez pudiera apartarse de lo convenido, a no ser que medien circunstancias excepcionales que comprometan el orden público.

Concordando las voluntades conyugales y expresándose las mismas dentro del marco de legalidad requerido, no podía el juez que entendía en el proceso de divorcio por mutuo consentimiento sino convalidar lo acordado.

Por cierto que la decisión del órgano jurisdiccional mostraba los alcances propios de las resoluciones en materia de alimentos, es decir que hace a la esencia de ellas la mutabilidad derivada de la acreditación de variaciones en los presupuestos del deber alimentario.

Pero interesa evidenciar aquí el valor que poseía el acuerdo conyugal al cual nos hemos referido, destacando que en nuestra opinión la exigibilidad de la suma fijada resultaba del mismo convenio, sin necesidad de actividad homologatoria alguna²⁴.

Concordando con esta posición sostenía Borda que lo acordado por convenio judicial o extrajudicial tiene valor similar a la sentencia dictada en el juicio sumario de alimentos, siendo una de sus consecuencias que el acuerdo puede dar origen a ejecución judicial²⁵.

La jurisprudencia en tanto, afirmaba que el convenio por alimentos celebrado en juicio verbal o entre las partes en un juicio de divorcio era válido y tenía los mismos efectos de una sentencia, tratándose de un acto jurídico concluido, como así también ha sostenido que los convenios privados sobre alimentos, formalizados entre los esposos, tienen el mismo valor que los fijados judicialmente²⁶.

Pero esta solución ya no rige en la nueva regulación concretada por la reforma por cuanto ya no se reserva a la ponderación judicial sólo el tema referido a la tenencia de los hijos, como lo hacía el derogado artículo 67 bis de la ley 2393 en su párrafo cuarto, utilizando palabras que no dejaban lugar a dudas en cuanto a la amplitud de la prerrogativa jurisdiccional. En este artículo 236, por su párrafo tercero, el juez puede objetar —con los alcances que más adelante pre-

²⁴ D'ANTONIO, D. H., *Alimentos convenidos por los cónyuges en el divorcio por mutuo consentimiento*, Zeus, t. 17-0-57.

²⁵ BORDA, G. A., *Familia* cit., t. II, p. 390.

²⁶ C. C. Cap., Sala C, *Jurisprudencia Argentina*, 1953-IV-442; ídem, Sala D, *La Ley*, 83-525.

cisaremos— una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados, entre los que se incluyen los vinculados con la prestación alimentaria.

4. ACUERDOS SOBRE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La terminología empleada por la reforma que comentamos puede dar lugar a serios conflictos y originar innumerables situaciones controvertidas. Todo ello, conforme a lo que hemos señalado al comentar el artículo 205 del Código Civil, donde evidenciáramos que sólo corresponde interpretar que los acuerdos a que pueden arribar los cónyuges se refieren a aspectos de la etapa liquidatoria de la sociedad conyugal (ver Capítulo IV, § 4).

5. OBJECION JUDICIAL

El tercer párrafo del artículo 236 posibilita que el juez merite lo acordado por los cónyuges en la presentación conjunta y acuerda al órgano jurisdiccional la facultad de apreciar si los mismos no afectan gravemente los intereses de uno de los cónyuges o el bienestar de los hijos.

Según señaláramos esta posibilidad se extiende en relación a todos los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo de voluntades conyugales.

Para formar juicio en todos los temas que atañen al interés de los hijos —la ley prefiere mencionar su bienestar, eludiendo utilizar aquella palabra, que nos resulta más precisa—, será necesario contar con la opinión del Ministerio de Menores.

Igualmente, nada impide que el juez ordene la producción de una medida probatoria, incluso una pericia, para mensurar debidamente la cuestión.

¿Qué debe entenderse por “objetar”? A nuestro parecer la norma ha procurado evitar toda idea de rechazo de carácter definitivo, permitiendo que los cónyuges vuelvan a considerar la cuestión y, eventualmente, satisfagan las observaciones judicialmente formuladas.

6. ETAPA INFORMATIVA Y CONCILIATORIA

Presentada la demanda se pasa a la etapa donde al juez se le impone nada menos que la función de índole conciliatoria, que nuestra legislación reitera siguiendo el temperamento menos aconsejable, ya que asigna tal delicada tarea a un juez en general no especializado, que por regla no cuenta con organismos auxiliares que puedan suplir sus carencias y, además, contemplando la conciliación en un estado tan avanzado del conflicto matrimonial que —precisamente— ha determinado la promoción de la presentación conjunta de los cónyuges solicitando su separación personal o el divorcio vincular.

Hemos insistido reiteradamente acerca de la imprescindible necesidad de estructurar una etapa conciliatoria previa al juicio de divorcio, que atienda el problema antes de que tome estado judicial y con intervención de organismos especializados²⁷.

Por cierto que no se cumple acabadamente el mandato constitucional del artículo 14 bis si no se instrumentan medios para la protección del grupo familiar que, como los servicios de orientación y conciliación, evidencian una amplia difusión y reconocidos éxitos en distintos países del mundo. Y mucho menos se satisface aquel dispositivo poniendo en vigencia una ley que, al mismo tiempo que restaura el divorcio con restablecimiento de la aptitud nupcial, mantiene un

²⁷ D'ANTONIO, D. H., *Derecho de Menores*, 2a. Edic. N° 79; 3a. Edic. N° 15.

sistema conciliatorio que responde a su antecesor, signado por la ineficacia inherente a su deficiente estructuración.

Pero además de la tarea de índole conciliatoria, en la audiencia señalada por el juez éste deberá oír a los cónyuges —quienes deben concurrir personalmente a esta primera audiencia— para poder apreciar en qué consisten los hechos que determinan la presentación conjunta y que tipifican “causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común” (arts. 205 y 215 Cód. Civil).

7. EVENTUAL SEGUNDA AUDIENCIA

Oído lo expresado por los cónyuges a modo de testimonio-confesión (ver comentario art. 232 Código Civil), y para el supuesto de haber fracasado el intento conciliatorio o no dado sus frutos el “avenimiento” a que debe el juez instar a las partes, se convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres.

La finalidad de esta segunda audiencia no es conciliatoria como ocurría en el derogado artículo 67 bis de la ley 2393 ya que se señala sólo a los fines de que los cónyuges expresen si han arribado a una reconciliación.

La comparecencia a esta segunda audiencia ya no requiere ser personal, pudiendo ser representado el cónyuge por apoderado con mandato especial.

Esta reforma implica poner fin a la controversia suscitada en torno a la necesidad o no de concurrencia personal de los cónyuges a la segunda audiencia, en relación a la norma derogada.

Puede decirse que este artículo 236 sigue una posición contraria a la opinión de la mayoría de la doctrina²⁸ pero adviértase que ahora la segunda audiencia no tiene finalidad

²⁸ Ver BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia*, t. III, p. 506 y nota N° 611.

conciliatoria, con lo que quedan superados los argumentos referidos a que era imperiosa la presencia de los cónyuges a los fines de que el juez pueda intentar la conciliación.

Del mismo modo, con este artículo se agrega otro supuesto de necesidad de mandato especial a los enumerados en el artículo 1881 del Código Civil.

No se soluciona, en cambio, el problema planteado por la corriente que consideró innecesario celebrar la segunda audiencia del artículo 67 bis de la ley 2393 y que podría trasladar su posición a la nueva normativa²⁹.

Es decir, que según esta opinión no sería necesario esperar el transcurso del plazo que la ley establece para fijar esta segunda audiencia, pudiendo los cónyuges requerir el dictado de la sentencia.

Consideramos que pese a que las razones antes expuestas podrían verse ahora reforzadas al carecer la segunda audiencia de entidad conciliatoria, no por ello se autoriza a prescindir de etapas que la ley señala expresamente y que responden, aun cuando mínimamente, a garantizar el orden público, comprometido en todo lo concerniente al estado de familia matrimonial.

8. RESOLUCION JUDICIAL

Recibida la manifestación de los cónyuges —sea personalmente o por apoderado especial— en el sentido de que no ha mediado reconciliación el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular cuando “los motivos aducidos” sean suficientemente graves.

Adviértase que deben correlacionarse estas expresiones

²⁹ Ver BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil-Familia*, Ed. 1984, t. I, p. 493 y abundante jurisprudencia (La Ley, 1983-C-578; 1977-C-288; E. D. 85-333; 86-771; Jurisprudencia Argentina, 14-1972, 106, etc.).

con las contenidas en los artículos 205 y 215 del Código Civil, los que hacen referencia a “causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común”. Ello reafirma nuestra opinión en el sentido de que debe tratarse de inconductas que importen la violación de deberes conyugales y tipificantes de causales de separación personal o divorcio (ver comentario artículo 205).

En todos los demás aspectos que hacen a las particularidades de la resolución judicial nos remitimos a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial sobre el tema recaída en relación con el artículo 67 bis de la derogada ley 2393, por ser de aplicación dada la similitud de contenido normativo (ver Capítulo IV, § 3).

Art. 237 Cuando uno de los cónyuges demandare por separación personal podrá ser reconvenido por divorcio vincular, y si demandare por divorcio vincular podrá ser reconvenido por separación personal. Aunque resulten probados los hechos que fundaron la demanda o reconvenición de separación personal, se declarará el divorcio vincular si también resultaron probados los hechos en que se fundó su petición.

1. OBSERVACIONES GENERALES

Las posiciones que puede adoptar quien es demandado por separación personal o por divorcio son diversas y no se agotan, por cierto, en las enunciadas en el presente artículo 237.

En primer lugar cabe consignar que el accionado puede abstenerse de contestar la demanda o, haciéndolo, reconocer los hechos que la sustentan en forma expresa o implícita en función de una negativa insuficiente.

Tal proceder dará lugar a las consecuencias contempladas en el artículo 232, Código Civil, debiendo recordarse que siempre estará vigente el orden público, que debe ser suficientemente garantizado.

En segundo término corresponde señalar que la demanda de separación personal puede ser objeto de reconvenición por separación personal y la demanda de divorcio vincular reconvenida, a su vez, por divorcio vincular.

Igualmente, el demandado por separación personal o por divorcio con restablecimiento de la aptitud nupcial puede contrademandar por nulidad del matrimonio. En tal caso, la acción de nulidad desplazará en preferencia de tratamiento a la de separación personal o divorcio vincular, en tanto éstas presuponen la existencia de un matrimonio válido³⁰.

Es notorio, en consecuencia, que la norma que comentamos sólo alude a posibilidades propias del nuevo régimen doble de divorcio instaurado por la reforma y, desde esa perspectiva, resulta acertada al dejar aclaradas las situaciones que pueden derivarse ante la respuesta del demandado, conforme al sistema dual que ahora rige en nuestro derecho.

2. RECONVENCIÓN POR DIVORCIO VINCULAR

Quien ha sido demandado por separación personal conforme las causales previstas en los artículos 202, 203 y 204 Código Civil, podrá reconvenir por divorcio vincular alegando la presencia de causales contempladas en los artículos 202 y 204 del mismo Código (artículo 214).

De conformidad a lo establecido en el segundo párrafo de este artículo 237, si se acreditan los hechos que sustentaron demanda y reconvencción la decisión jurisdiccional acogerá el divorcio vincular, en este caso requerido a través de la contrademanda.

Pero en razón de que las causales previstas en el artículo 203 no constituyen causales de divorcio vincular, cabe interrogarse cuál debe ser la sentencia en caso de que se demande la separación personal por enfermedad mental, ebriedad o drogadicción y se reconvenga por divorcio vincular basado en la presencia de cualquiera de las causales que autoriza la

³⁰ D' ANTONIO, D. H., *El juicio de divorcio*, Zeus, t. 27-D-51.

ley, resultando ambas pretensiones acreditadas probatoriamente.

Consideramos que en este caso el demandado por separación personal, aun cuando por encontrarse encuadrado en alguna de las causales del artículo 203 no podía ser accionado por divorcio vincular, deberá soportar las consecuencias de haber reconvenido y, por tanto, quedará emplazado en la situación de cónyuge divorciado vincularmente.

No se nos escapa que la gravedad de las consecuencias de tal solución, que lo llevará, verbigracia, a perder el beneficio del artículo 208 y su vocación hereditaria (art. 3574), podría determinar que el demandado se abstenga de reconvenir por divorcio vincular existiendo causas reales. Pero debe recordarse que el accionado tiene la posibilidad de contrademandar por separación personal y, ejercitando tal prerrogativa, no se producirán los resultados antes indicados.

3. RECONVENCION POR SEPARACION PERSONAL

La norma contempla la posibilidad de reconvenir la demanda de divorcio vincular o pleno por la de separación personal.

Además de los atendibles motivos de índole personal que pueden sustentar tal actitud, posibilitada por el acierto de la reforma de consagrar un doble régimen de divorcio, puede darse la circunstancia de que el actor se encuentre encuadrado en alguna de las causales del artículo 203 Código Civil, por lo cual sólo podrá ser contrademandado por separación personal.

En dicho supuesto, dándose la situación prevista en el segundo párrafo del presente artículo, igualmente corresponderá se decrete el divorcio vincular, pues el actor deberá cargar con las consecuencias de haber ejercitado la acción de divorcio vincular.

Art. 238 Transcurrido un año de la sentencia firme de separación personal, ambos cónyuges podrán solicitar su conversión en divorcio vincular en los casos de los artículos 202, 204 y 205. Transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular en las hipótesis de los artículos 202, 203, 204 y 205.

1. OBSERVACIONES GENERALES

La conversión del estado de familia de separado personalmente en el de divorciado vincularmente constituye un instituto propio de aquellos sistemas que implantan el doble régimen de divorcio.

Su vigencia en nuestro ordenamiento legal plantea diversas cuestiones, algunas de ellas directamente relacionadas con aspectos que atañen a valores jurídicos prevalentes y que, por tanto, determinan serias impugnaciones a la implementación de dicho instituto.

Sin pretender agotar las mismas, y antes de entrar en el análisis concreto de la disposición normativa, haremos referencia a ciertos aspectos que se destacan en un análisis general.

2. LA CONVERSION DEL ESTADO DE FAMILIA

Aun cuando el artículo 238 gramaticalmente se refiere a

la conversión de la sentencia firme de separación personal en divorcio vincular, lo cierto es que se trata de la modificación del estado de familia en que los cónyuges quedaron situados con motivo de aquella sentencia y de la constitución de un estado de familia nuevo y distinto, del que resultan derechos y deberes igualmente diferentes.

Esta situación ya nos evidencia una trascendente repercusión sobre el estado de familia de la persona y, en particular, sobre el carácter de estabilidad de este atributo. Señala Belluscio en relación con dicho carácter que la regulación del estado de familia por normas de orden público importa la imposibilidad de modificarlo por la libre voluntad de los interesados³¹.

Mas, no siendo inmutable, cabe la modificación del estado de familia a consecuencia de determinados hechos o actos jurídicos, incluyéndose entre estos últimos el acto jurídico procesal constituido por la sentencia que acoja una específica acción de estado.

La conversión del estado de familia de separado personalmente en el de divorciado vincular quedará comprendida, en consecuencia, entre aquellos actos jurídicos que dan lugar a la modificación del mismo, como excepción al carácter de estabilidad. Mas al adquirir decisiva relevancia la voluntad particular, según se expondrá seguidamente, la conversión aparece como un elemento abiertamente vulnerante del mencionado carácter de estabilidad del estado de familia, como lo hemos precisado al procurar delimitar su naturaleza jurídica (ver Capítulo VII, comentario al artículo 216, § 2).

³¹ BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t.I, p. 53.

3. VOLUNTAD INDIVIDUAL Y FUNCION JURISDICCIONAL

Pero a poco que se repare en la forma de implementación del instituto se advierten dos aspectos que comprometen la específica aceptación del mismo. En primer lugar, la ley admite que la conversión pueda resultar de la voluntad unilateral conyugal (artículo 238, párrafo segundo), lo cual constituye una grave vulneración del principio general del cual resulta la limitadísima incidencia de la voluntad individual en el Derecho de Familia, máxime tratándose de la expresada unilateralmente.

Desde esta perspectiva, recordemos que en opinión de Spota los derechos de familia tienen un fundamento de orden público, es decir, son inderogables por la voluntad de los particulares³². Corresponde por tanto plantearse la cuestión derivada de la modificación sustancial del estado de familia a través de la voluntad particular y, específicamente, las consecuencias que se derivan para el otro cónyuge cuando uno de ellos, actuando por sí solo, determina la conversión de su estado de familia en otro del cual resultan derechos y deberes distintos.

Otro aspecto igualmente trascendente lo constituye la naturaleza que reviste la intervención judicial ante la presentación conjunta o individual de los cónyuges solicitando la conversión aludida.

Adviértase que el juez actuará en estos supuestos con alcances muy diversos a los que conforman su intervención ejerciendo la potestad jurisdiccional que le es propia. Ni siquiera puede considerarse que se trate de jurisdicción voluntaria, si se parte de que es errónea la concepción de que ésta sirve para la creación de derechos³³. Si se define a dicha jurisdicción como “una alternativa de política jurídica median-

³² SPOTA, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t.I, vol. 3^o, p. 85.

³³ Ver ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, p. 74.

te la cual se ha atribuido a los jueces tomar resoluciones de tipo jurídico en beneficio de uno o varios sujetos y atendiendo al interés privado de éstos, previo examen de las circunstancias”, como lo hacen Morello, Sosa y Berizonce³⁴ podrá entonces cuestionarse si la resolución que se toma es efectivamente beneficiosa para los cónyuges y eventualmente para los hijos; si cabe atender exclusivamente al interés privado o deberá tenerse presente antes que ello el interés general y si el examen de las circunstancias puede ir más allá de los presupuestos de admisibilidad de la petición (sentencia firme de separación, transcurso del plazo requerido, etc.) para valorar la incidencia que el emplazamiento en el nuevo estado de divorciado vincular puede tener sobre los derechos y deberes de los cónyuges y sobre los intereses de los hijos.

Si se considera a la jurisdicción como voluntaria por cierto que no podrá el juez ir más allá de lo que constituye una mera intervención de constatación u homologación, según los casos.

Y, por ese camino, se advierte que la reforma ha instaurado el divorcio vincular por consentimiento puro, es decir, donde la voluntad de los cónyuges es vinculante para el juzgador y el mismo no puede apartarse de lo requerido por las partes, aun expresada unilateralmente tal voluntad.

4. LEGITIMACION PARA SOLICITAR LA CONVERSION

Los únicos legitimados para requerir la conversión de la separación personal en divorcio pleno son los propios cónyuges emplazados en el primero de los estados de familia mencionados, sea que su actitud en el respectivo juicio haya sido

³⁴ MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; BERIZONCE, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de Buenos Aires y de la Nación*, t. I, p. 709.

la de actor, demandado, o reconviniente, o que se trate de cónyuge culpable, inocente o no determinado en culpabilidad, esto último conforme a lo dispuesto en el artículo 235.

Ello nos pone en evidencia una incongruencia de la ley, ya que se permite obtener el divorcio vincular a quien, por ejemplo, no ejerció pretensión alguna ni reconvino de acuerdo a lo autorizado por el artículo 237. Es así como, entonces, el cónyuge culpable puede adoptar una posición relativamente pasiva en el juicio y, decretada la separación personal por su culpa, determinar con el ejercicio de la prerrogativa que le otorga este artículo que el cónyuge inocente de la separación personal sea ubicado en la condición de divorciado vincularmente, obteniendo él —a su vez— dicho emplazamiento.

La ley legitima además a los cónyuges que obtuvieron la separación personal por mutuo consentimiento, a través de su presentación conjunta. El requerimiento puede efectuarse tanto en forma voluntaria por ambos como a través del pedido unilateral, según los plazos que señala para uno u otro supuesto la norma en examen.

5. CASO DE SEPARACION PERSONAL POR LAS CAUSALES PREVISTAS EN EL ARTICULO 203

El artículo 238 permite acceder al estado de divorciado vincularmente también en los casos de separación personal decretada por alguna de las causales previstas en el artículo 203 del Código Civil.

Se trata de una de las resoluciones más criticables de la reforma por cuanto, a las cuestiones suscitadas con el establecimiento como causales de separación personal de situaciones donde no se advierte incumplimiento alguno de deberes conyugales por parte del cónyuge afectado del respectivo padecimiento, se le agrega la posibilidad de transformar en divorcio vincular la separación personal decretada.

Es más, resulta absolutamente desajustado que se permita que el propio cónyuge que padece de alteraciones mentales graves, alcoholismo o adicción a la droga pueda manifestar su voluntad de que opere la conversión sin que el juez pueda adoptar medida alguna para confrontar los reales alcances de tal expresión, conforme lo que señaláramos en el § 3.

La ley pretende remediar estos graves defectos ubicando este supuesto entre los que requieren un plazo de tres años para que pueda solicitarse la conversión y, al hacerlo, sólo contempla que la pretensión sea deducida en forma unilateral.

6. CONVERSION Y RECONCILIACION

Aun cuando la resolución judicial que decreta la conversión de la separación personal o divorcio simple en divorcio vincular o divorcio pleno no constituye, estrictamente, la sentencia de divorcio vincular a que hace referencia el artículo 234, opinamos que la reconciliación de los cónyuges emplazados en el estado de familia de divorciados vincularmente por el mecanismo previsto en este artículo 238 sólo se producirá como consecuencia del nuevo matrimonio de los cónyuges entre sí.

7. CONVERSION DEL DIVORCIO DECRETADO ANTES DE LA REFORMA. JUICIOS EN TRAMITE. ARTICULO 8° DE LA REFORMA

Dispone el artículo 8° de la ley de reformas al régimen del matrimonio civil lo siguiente: "Transcurrido un año de la sentencia firme de divorcio obtenida con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular con los efectos de los artículos 217, 218 y 3574 del Código Civil.

En los casos de los juicios en trámite al momento de entrar en vigencia esta ley, las partes de común acuerdo podrán solicitar al juez antes del dictado de la sentencia de primera o segunda instancia, que dicha sentencia lo sea de divorcio vincular con los efectos mencionados en el párrafo anterior. Si no lo hicieren la sentencia tendrá los efectos de los artículos 206 a 212 y 3574 del Código Civil. En este último caso, transcurrido un año de la sentencia firme, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión a divorcio vincular con los efectos de los artículos 217, 218 y 3574 del Código Civil”.

Aun cuando el tema exceda de lo regulado en el artículo 238 que analizamos, resulta oportuno hacer referencia a la conversión que contempla el artículo 8° de la ley 23.515 y que permite transformar el divorcio constituido por aplicación de la derogada ley 2393 en divorcio vincular, luego de transcurrido un año de la sentencia firme respectiva.

Se aplican a esta conversión los aspectos generales a que hicieramos referencia anteriormente.

Para los juicios en trámite, si las partes no han expresado su voluntad de que la sentencia sea de divorcio vincular, la sentencia recaída —que tendrá los efectos de la separación personal— podrá convertirse en divorcio una vez transcurrido un año de encontrarse firme y a solicitud de cualquiera de los cónyuges (artículo 8° cit.).

Art. 239 La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de ambos esposos.

Uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiera la nulidad del anterior, se juzgará previamente esta oposición.

El supérstite de quien contrajo matrimonio mediante impedimento de ligamen puede también demandar la nulidad del matrimonio celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior. La prohibición del primer párrafo no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez del matrimonio y su nulidad absoluta fuere invocada por descendientes o ascendientes.

La acción de nulidad de matrimonio no puede ser promovida por el Ministerio Público sino en vida de ambos esposos.

Ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo.

1. OBSERVACIONES GENERALES ANTECEDENTES DE LA REFORMA

Este artículo procura complementar las referencias que

contiene el artículo 227, que hace mención a la competencia, regulando lo concerniente a la acción de nulidad en lo que respecta a la procedencia, aspectos vinculados con la legitimación y caducidad. Igualmente, consagra un principio idéntico al expresado en el artículo 229 en relación a las acciones de separación personal y divorcio vincular.

Muchos de estos aspectos fueron objeto de una regulación legal no siempre suficientemente clara y corresponde establecer que la norma que comentamos no comprende todos los temas que se relacionan con la actividad procesal en materia de nulidad matrimonial.

2. CONSOLIDACION DEL MATRIMONIO NULO

El primer párrafo de este artículo 239 reproduce lo establecido por el artículo 224 del Código Civil en su originaria redacción.

El artículo 86 de la ley 2393 agregó a la mencionada disposición originaria un párrafo conforme al cual uno de los cónyuges puede accionar en todo tiempo por nulidad del segundo matrimonio del otro. En caso de que se opusiera la nulidad del primer matrimonio, correspondía resolver previamente dicha oposición.

Luego de diversas posiciones interpretativas, determinadas por la redacción de las normas, se llega a la reforma de 1968, la cual agregó que la prohibición de accionar por nulidad acaecida la muerte del cónyuge no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez de la unión, cuando la nulidad se funda en los impedimentos de ligamen, incesto o crimen, y tal acción era intentada por ascendientes o descendientes.

3. ALCANCES DEL NUEVO TEXTO NORMATIVO

El artículo 239 no contiene mayores modificaciones en

relación con el texto derogado (art. 86 ley 2393, cfr. ley 17.711).

El primer párrafo alude al principio general ya observado en los antecedentes conforme al cual la acción de nulidad de matrimonio caduca con la muerte de uno de los cónyuges.

Cabe señalar en este aspecto que Belluscio se planteó oportunamente el problema resultante de la modificación introducida en el texto de la ley 2393 por la ley 17.711 cuando hizo referencia a “los esposos” en lugar de “los dos esposos”, como expresaba el artículo 86 originario, calificando a la nueva redacción de ambigua, sin perjuicio de interpretar que la caducidad continuaba produciéndose como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges³⁵

La reforma ha venido a otorgar absoluta precisión al tema. En efecto, la acción de nulidad del matrimonio caduca con la muerte de uno de los cónyuges, en tanto su ejercicio sólo procede “en vida de ambos esposos”.

En el segundo párrafo la nueva norma reproduce lo que estableciera el originario artículo 86 de la ley 2393, legitimando al cónyuge superviviente a demandar la nulidad del siguiente matrimonio del pretense bigamo. Si a esta acción se le opone la nulidad del anterior matrimonio, deberá juzgarse previamente esta oposición.

Mas el tercer párrafo de este artículo 239 introduce en nuestro derecho una importante modificación que viene a atemperar las controversias que suscitara la norma derogada en lo que atañe a las críticas formuladas por limitar el accionar del cónyuge de buena fe del bigamo, quien sólo podía “oponer” la nulidad del primer matrimonio.

Con el nuevo texto que incorpora la reforma estará igualmente legitimado para demandar la nulidad de su matrimonio el cónyuge de quien tenía impedimento de liga-

³⁵ BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia*, t. II, p. 205.

men, siempre que sea de buena fe (ver comentario art. 224).

El párrafo cuarto, en tanto, establece la excepción a través de la cual se permite accionar aún después de la muerte de uno o de ambos cónyuges a sus descendientes o ascendientes, siempre que evidencien un interés jurídico que torne necesario examinar la validez del matrimonio y que su pretensión se funde en la presencia de alguno de los impedimentos previstos en el artículo 219 del Código Civil.

Acertadamente la reforma ha suprimido la enumeración de los impedimentos dirimentes, no siempre efectuada con suficiente precisión por la norma derogada, haciendo referencia a los mismos a través del efecto que deviene de su presencia, es decir, que acarreen la nulidad absoluta del matrimonio (art. 166, incisos 1, 2, 3, 4, 6 y 7).

4. LEGITIMACION DEL MINISTERIO FISCAL

La reforma deja aclarada de forma expresa una situación controvertida en la vigencia de la anterior regulación, referida a la legitimación del Ministerio Fiscal para accionar por nulidad del matrimonio luego de la muerte de uno o ambos cónyuges.

El párrafo quinto del artículo 239 que comentamos niega a dicho Ministerio tal posibilidad, razón por la cual pasa a regir a su respecto el principio general consagrado por el párrafo primero.

La necesidad de establecer tal prohibición con particular referencia al Ministerio Fiscal resultó, primordialmente, de una cuestión resuelta por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la que entendió que dicho Ministerio podía ejercer la acción a los fines de evitar la consolidación de matrimonios celebrados en el extranjero, en fraude a la ley argentina.

Esta solución fue severamente criticada por la doctrina,

expresando Belluscio —entre otros fundamentos— que de los antecedentes del artículo 86 de la ley 2393 no surgía una interpretación en tal sentido y que en la redacción dada por la ley 17.711 a dicho artículo tampoco podía considerarse a dicho Ministerio como parte interesada³⁶.

Es este último argumento el que, seguramente, ha llevado a la reforma a excluir al Ministerio Fiscal de la calidad de legitimado para accionar *post mortem*. Es que la representación y la defensa de los intereses de la sociedad no resultan presupuestos vigentes en estos casos y ya aparecen suficientes las excepciones que la norma contempla, en resguardo de los intereses de quienes pueden resultar afectados si no se atacara la validez del matrimonio viciado de nulidad.

Debemos criticar que se haya efectuado una referencia genérica al Ministerio Público cuando, en rigor, se dirige al Ministerio Público Fiscal. El Ministerio Público es el órgano estatal encargado de hacer valer ante el órgano jurisdiccional la representación y la defensa de los intereses públicos y sociales del Estado³⁷ y el Ministerio de Menores integra dicho Ministerio³⁸, razón por la cual hubiera sido más ajustado precisar que la norma alude al Ministerio Fiscal.

5. SENTENCIA DECLARATIVA

El sexto y último párrafo del artículo 239 sienta el principio de la necesidad de una sentencia firme declarativa de la nulidad del estado de familia originado en el matrimonio viciado, y que desplace a los cónyuges del mismo.

En rigor, la disposición hubiera encontrado mejor ubicación en su similar del artículo 229, que se refiere a los su-

³⁶ BELLUSCIO, A., *Derecho de Familia*, t. II, págs. 215 y ss.

³⁷ DIAZ, Clemence, *Instituciones de derecho procesal*, t. II-A-p. 458.

³⁸ D'ANTONIO, D. H., *Derecho de Menores*, 3a. Edic., p. 338.

puestos de separación personal y de divorcio, ya que el capítulo pretende englobar a las tres acciones y en su primer artículo, es decir en el artículo 227 referido a la competencia, se regula lo concerniente a todas ellas.

La mención a la necesidad de un proceso promovido por parte legitimada debe correlacionarse con lo expuesto en los puntos anteriores y complementársela con los requerimientos de todos los demás presupuestos de un proceso válido, que garantice la defensa en juicio, con ajuste a las respectivas leyes procesales, y los aspectos más generales que hacen a la garantía del debido proceso, el cual no se agota con el resguardo de la primera sino que debe complementarse con el sometimiento al juez natural, la oportunidad de único juzgamiento, al amparo de la cosa juzgada y otros aspectos igualmente importantes³⁹.

³⁹ Cfr. FASSI, Santiago C., *Código Procesal Civil y Comercial*, t. I, N° 13.