

DIVORCIO POR PRESENTACION CONJUNTA:

ART. 67 BIS DE LA LEY 2393 *

SUMARIO: I. La norma legal vigente. II. Valoración crítica de la institución. III. La insuficiencia de la reforma de 1968. IV. Antecedentes del divorcio por mutuo consentimiento y legislación comparada. V. La caracterización del divorcio por mutuo consentimiento y las concepciones del divorcio. VI. Requisitos del divorcio por presentación conjunta. VII. Naturaleza y denominación del divorcio limitado del art. 67 bis. VIII. Convenios complementarios: 1) Alimentos. 2) Tenencia de hijos. 3) Liquidación de la sociedad conyugal. IX. La cuestión de la atribución unilateral de culpa. X. Régimen procesal del art. 67 bis: 1) Naturaleza del juicio de divorcio por presentación conjunta. 2) Competencia. 3) La demanda: a) Presentación conjunta; b) Intervención de apoderados; c) Patrocinio letrado. 4) Las dos audiencias: a) Finalidad de las audiencias; b) Comparecencia personal de los cónyuges; c) La presencia del juez; d) Carácter reservado de las actuaciones; e) La presencia de los letrados; f) Desarrollo de la primera audiencia; g) Plazo y desarrollo de la segunda audiencia. 5) Desistimiento de la acción. 6) Intervención de funcionarios judiciales: a) Agente Fiscal; b) Defensor de Menores. 7) Cambio del juez antes de la sentencia. 8) La sentencia. 9) Efectos. 10) Apelabilidad de la sentencia. 11) Incidencia del divorcio consensual en el régimen del divorcio contencioso.

I. LA NORMA LEGAL VIGENTE

La separación de cuerpos o divorcio limitado por acuerdo de cónyuges ha sido incorporado a nuestra legislación civil por la ley 17.711 al agregar el art. 67 bis a la ley de matrimonio civil, el cual dice así:

“Transcurrido dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal. El juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes

* Este trabajo ha sido elaborado íntegramente por el Dr. FRANCISCO A. M. FERRER.

tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno”.

“Fracasada la conciliación se convocará otra audiencia dentro de un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres. Si también ésta resultare estéril, porque no se logra el avenimiento, el juez decretará su separación personal cuando, según su ciencia y conciencia, 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 indicar cuáles son los hechos aducidos. Esta decisión tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos, pero sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores, los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos”.

“Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta tramitará por vía sumaria”.

“La decisión judicial determinará, a instancia de partes, cuál de los cónyuges quedará al cuidado de los hijos para lo cual tendrá en cuenta lo que aquéllos acuerden, si el interés superior de los menores no aconsejare otra solución. En cualquier caso, podrá modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconsejen las circunstancias”.

La nueva disposición sigue, en cierto modo, las modernas legislaciones civiles, incluso de países de gran tradición católica como Brasil, Italia y Portugal, aunque las vicisitudes que sufrió el proyecto original, como lo advierte Alfredo Orgaz, han concluido por expresarlo en una fórmula híbrida que se aparta de sus fuentes ya que desde luego está lejos de satisfacer la solución del grave problema social del divorcio en nuestra nación.

II. VALORACION CRITICA DE LA INSTITUCION

La separación personal fundada en el acuerdo voluntario de los cónyuges es una de las instituciones más debatidas del

derecho de familia. Los impugnadores del divorcio vincular la rechazan categóricamente por entender que es incompatible con la indisolubilidad del matrimonio y con el concepto de matrimonio institución y además porque facilita el camino al divorcio absoluto. Afirma Llambías: "Es inconciliable la rescisión matrimonial con la defensa de la indisolubilidad del vínculo: la solución híbrida que ahora se ensaya, es de temer que pueda quedar prontamente superada por la dialéctica de la idea de la autonomía de la voluntad individual en el plano de la regulación matrimonial que ahora se adopta. No es necesario apuntar la fuerza que tienen las ideas latentes en una legislación para promover las soluciones que están implícitas en esas ideas. Es lo que le da a la reciente reforma un sentido dramático por la proclividad al divorcio vincular que ella engendra, con abstracción de la convicción adversa a él que puede tener tal o cual gobernante actual" (1).

Sin embargo, otros juristas católicos sostienen la conveniencia de la separación por mutuo acuerdo. Borda afirma que la opinión de Llambías "está imbuida de una excesiva rigidez dogmática", y agrega que, "salvo el principio de la indisolubilidad del vínculo, pilar en el que se asienta la familia argentina, el problema de la separación personal de los esposos debe ser apreciado con un criterio realista. Cuando los cónyuges están de acuerdo en la decisión de separarse, es inútil que la ley pretenda obligarlos a seguir conviviendo, pues de cualquier modo se separarán" (2). Bidart Campos también estima que la solución del art. 67 bis no desarticula la institución familiar, porque fundamentalmente no disuelve

(1) LLAMBÍAS, *Estudio de la reforma del Cód. Civil*, Bs. As., 1969, p. 397, y su exposición en el plenario del IV Congreso Nacional de Der. Civil (Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1971, t. II, págs. 565 y sgtes.). En igual sentido: MOLINARIO y RAFFO BENEGASSASSOT, en los fundamentos de sus respectivas ponencias al IV Congreso Nacional de Der. Civil, a las cuales adhiere la Dra. MÉNDEZ COSTA en este aspecto (*Ob. cit.*, t. II, págs. 526 y sgtes.).

(2) BORDA, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., 1971, n° 397. La misma opinión había adelantado SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, Bs. As., 1968, t. II-vol. 12, n° 221, pág. 606.

el vínculo y además porque no estimula el divorcio, ya que el efecto es el propio de un divorcio por culpa concurrente, y tampoco lo facilita, porque el acuerdo mutuo exige una coincidencia de juicio y de voluntad que sólo se da en una pareja ya desquiciada; o sea, que sólo tiende a regularizar legalmente una situación preexistente en los hechos (3).

Las opiniones también están divididas entre los mismos divorcistas. Bibiloni y Salvat se oponen decididamente por considerar que esta forma de divorcio fundada en la voluntad de los cónyuges, atenta contra la estabilidad del matrimonio y es contraria al orden público, porque el matrimonio no es una institución privada (4). Y aunque estos autores se refieren al divorcio vincular o absoluto por mutuo consentimiento, sus argumentos se pueden aplicar igualmente al divorcio limitado o relativo, porque, como dice Belluscio, en la realidad de la vida el divorcio, considérela la ley absoluto o no, pone fin al matrimonio por más que subsista el vínculo legal (5). Por ello, este último autor, no obstante su opinión favorable al divorcio vincular, rechaza el mutuo consentimiento como fundamento tanto del divorcio absoluto como del relativo, porque tiende a facilitar la separación del matrimonio y la consiguiente disolución de la familia, permitiendo a los jóvenes ir al matrimonio sin la debida reflexión y con el convencimiento de que si se presentan inconvenientes el divorcio se logrará fácilmente (6). Y es también la opinión de López del Carril, partidario no obstante del divorcio absoluto (7).

(3) BIDART CAMPOS, *El nuevo divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley 132-122.

(4) BIBILONI, *Anteproyecto*, ed. Kraft, Bs. As., 1939, t. I, art. 617 y nota (págs. 245/246); SALVAT, *Derecho de Familia*, Bs. As., 1949, nº 263.

(5) BELLUSCIO, *El divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley, 130-998.

(6) BELLUSCIO, su exposición en el plenario del IV Congreso Nacional de Derecho Civil; *ob. cit.*, t. II, págs. 606/607, y *Manual de Derecho de Familia*, Bs. As., 1974, t. I, nº 231.

(7) LÓPEZ DEL CARRIL, véase reportaje en el periódico *La Razón*, de Bs. As., del 13-5-68.

Dassen, otro vigoroso defensor del divorcio vincular, sostiene, en cambio, la conveniencia de admitir en esta materia el acuerdo voluntario de los cónyuges, cuyas ventajas las concreta así: "En primer término, facilita la liquidación de matrimonios que el Estado no tiene ningún interés en mantener ya que son focos de imprevisibles consecuencias dañosas para los cónyuges, para los hijos y para la sociedad. En segundo lugar, produciría un descongestionamiento de la administración de justicia, suprimiendo juicios perfectamente inútiles. En tercer lugar, convertiría en real una situación considerada hasta ahora como simulada, con lo que ganarían dignidad y decoro el concepto mismo de la ley y la autoridad de los jueces. En cuarto término, dejarían de exhibirse inútilmente causales de divorcio que casi siempre salpican no sólo a los cónyuges sino a los propios hijos y a los familiares. En una palabra, se suprimiría el escándalo". Y agrega: "la familia no ha de debilitarse por ello. Al contrario, creo que saldrá robustecida pues sólo quedarán las que están asentadas en verdaderos y sólidos pilares. La ley dispone de muchos medios para consolidar la familia, no siendo el menor de ellos el respeto de la dignidad humana y la libertad individual" (°). Participa de esta opinión Solari Brumana, y muchos años antes ya la había manifestado Díaz de Guijarro (°).

Para introducir el divorcio consensual limitado del art. 67 bis también se han invocado los mismos fundamentos: la conveniencia de evitar pleitos escandalosos y de eliminar la simulación de causales entre cónyuges decididos de todos modos a separarse (1°).

Pues lo exacto es que la experiencia judicial argentina, aunque en su magnitud no sea enteramente igual a la de

(°) DASSEN, *Necesidad de implantar el divorcio vincular por mutuo consentimiento*, La Ley 79-843.

(°) DÍAZ DE GUIJARRO, *El divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges*, JA 24-210; SOLARI BRUMANA, *El divorcio vincular*, Bs. As., 1966, nros. 57 a 93.

(1°) BORDA, *La reforma de 1968 al Cód. Civil*, nº 307.

Francia, no es extraña al reproche de Ripert dirigido a los jueces de su país: "La jurisprudencia ha demostrado tal facilidad para admitir los agravios y pronunciar la ruptura del vínculo conyugal que el consentimiento basta. Cuando no existe causa real de divorcio, los esposos se ponen de acuerdo para crear uno ficticio: simulan el adulterio y aportan testimonios comprados o complacientes. Los magistrados no ignoran la comedia que se representa a menudo ante ellos y cierran los ojos" (11).

Sin embargo, la verdad es que los jueces nada pueden hacer frente a la desgraciada situación de un matrimonio disuelto en la realidad de los hechos, como tampoco nada puede hacer la ley que prohíbe el divorcio vincular y hasta la Iglesia en su denodada y nobilísima acción en defensa y protección del matrimonio indisoluble. Si existe un derecho natural a casarse, es indudable que correlativamente la libertad y la dignidad del ser humano exigen también el derecho a separarse cuando la convivencia se ha vuelto imposible, y si los esposos han resuelto poner fin a la unión conyugal, la ley ya no puede impedirlo sin desconocer la realidad y fomentar la simulación, porque ellos en definitiva se separarán con o sin sentencia judicial. El legislador de 1968 no cerró los ojos a tal situación y mediante el divorcio consensual limitado que establece el art. 67 bis ha querido adecuar el derecho positivo a la realidad de la vida social, despejando de obstáculos el camino de la separación legal, para que los cónyuges decididos a vivir separados, puedan regularizar su situación sin obligarlos a tramitar un juicio contencioso, que, aunque no sea siempre simulado, se caracteriza invariablemente por sus resonancias escandalosas, que desde luego afectan la salud moral y el respeto filial de los propios hijos, pues éstos ven exhibidas públicamente las faltas de sus padres, sin

(11) RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol revu et complété*, París, 1948, t. I, p. 392.

descontar que a veces también parientes y amigos son alcanzados por las desalentadoras estridencias de tan azarosos pleitos.

No obstante algunos aspectos que ofrecen reparos, y que luego examinaremos, la sola sanción del divorcio consensual limitado por el art. 67 bis, aunque está contenido en una fórmula híbrida, es ya un hecho encomiable para el legislador argentino, porque esta institución abre la vía legal adecuada para obtener el divorcio sin violentar el respeto por la dignidad de la persona humana, instaurando así un indudable progreso en el derecho positivo en consonancia con las más avanzadas legislaciones contemporáneas.

III. LA INSUFICIENCIA DE LA REFORMA DE 1968

Aun cuando se considere acertada la introducción del divorcio limitado consensual en nuestra legislación, la reforma al Código Civil de 1968 se ha quedado a mitad de camino. La sanción del art. 67 bis debió coordinarse con la consagración del divorcio absoluto o vincular para brindar, por fin, una solución definitiva al problema social generado por el creciente número de cónyuges separados que, haciendo caso omiso de la prohibición de contraer nuevas nupcias, quieren rehacer sus vidas en nuevas uniones ilegítimas, a las cuales a veces pretenden dar una apariencia de legalidad recurriendo al arbitrio del matrimonio extranjero. Pero la ley 17.711 rechazó el divorcio vincular y por ende no resolvió el grave problema social de los matrimonios extranjeros fraudulentos (12). La Comisión Redactora prescindió de antecedentes

(12) Sobre este problema y la necesidad de sancionar el divorcio vincular, véase Francisco A. M. FERRER, *Algunas consideraciones sobre el divorcio absoluto y la realidad social*, en JURIS 47 - sec. doc. 53. LAGOMARSINO hace notar la desafortunada omisión del legislador de 1968 al no resolver ambas cuestiones, matrimonios extranjeros y divorcio vincular, en *El matrimonio en la reciente reforma del C. Civil*, La Ley, 131 - 1221.

legislativos valiosos entre los que se cuenta el *Anteproyecto* de Bibiloni (art. 617 y sgtes.) y el *Proyecto de Reformas* de 1936 (arts. 371 y sgtes.). La ley 14.394, que en su art. 31 introdujo el divorcio absoluto, dejada poco tiempo después sin efecto por otro gobierno de facto y tan acerbamente criticada por lo inusitado e imprevisto de su sanción, se inspiraba, en rigor, en preceptos de Bibiloni (arts. 644 y concordantes del *Anteproyecto*) que permitían, luego de cierto tiempo, convertir en divorcio la simple separación de cuerpos, pero siempre dentro del sistema del divorcio sanción, esto es, causado.

El legislador de 1968 se ha mantenido en esta materia dentro de una posición que se presenta como tradicional. Sin embargo, después de las pautas del Concilio Vaticano II, adoptadas en una manifiesta aproximación a los hermanos separados, la garantía constitucional de la libertad de cultos y la realidad ofrecida por la legislación comparada de casi todas las naciones europeas y americanas que admiten el divorcio vincular, como asimismo el dato no menos innegable de la tácita aceptación en los ambientes sociales de los divorcios obtenidos en fraude de la ley argentina, podía haberse esperado un paso decisivo en esta institución fundamental de la familia.

Belluscio con razón anota: "La reforma ha seguido la línea de quienes se niegan a comprender la realidad que los rodea, y, encasillados en preconceptos de cada vez más reducida vigencia no advierten que el verdadero problema de honda trascendencia social es la ausencia —en la ley pero no en la realidad de la vida cotidiana— del divorcio absoluto, que relega a la ilegalidad a un grande y siempre creciente número de parejas unidas al amparo de legislaciones más humanas, a pesar de que la sociedad las considera tan bien casadas como las que contraen matrimonio legítimo en el país. Frente a un problema de tal gravedad, el que ha tratado de solucionar, si es que existía, resulta minúsculo; la reforma de-

ja sin solución el más serio de los problemas del derecho de familia que existe en la actualidad, y quizás el más grave de todos del derecho civil" (13).

IV. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y LEGISLACION COMPARADA

a) *Derecho romano*. Para tener una idea exacta del divorcio en Roma, es preciso recordar el carácter especial del matrimonio romano (14).

Desde los últimos tiempos de la República adquirió un predominio completo el matrimonio libre, exento de formalidades, de tal manera que puede ser considerado como el matrimonio típico del derecho romano. Las formalidades para celebrar el primitivo matrimonio cum manu (confarreatio, coemptio, usus) desaparecieron durante el Imperio.

El matrimonio ahora se celebra por simple declaración del consentimiento de los contrayentes y exige, para perdurar, un acuerdo continuo de los cónyuges.

El afecto conyugal y la voluntad de permanecer unidos eran para los romanos la base esencial del connubio y estimaban que cuando faltaba ese afecto y esa voluntad el matrimonio dejaba de existir. El divorcio era así una consecuencia natural del concepto mismo del matrimonio y se producía, por lo tanto, toda vez que en ambos cónyuges o en uno de ellos desaparecía la affectio maritalis.

(13) BELLUSCIO, *El divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley, 130-997, nº 14.

(14) Sobre el matrimonio y el divorcio en Roma, puede consultarse: LAURENT, *La repudiation et le divorce par consentement mutuel*, París, 1904, cap. I; SOHM, *Historia e instituciones del derecho privado romano*, Madrid, s/f., trad. P. Dorado, parágs. 92, 93 y 97; ARANGIO RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. de Caramés Ferro, Bs. As., 1952, cap. XXI; BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. Larrosa y Horma, Madrid, 1959, parág. 61.

Cualquiera de los cónyuges, marido o mujer, podía entonces repudiar unilateralmente al otro (*repudium*), disolviendo el matrimonio. Y también ambos esposos podían ponerse de acuerdo en concluir la unión conyugal mediante el divorcio por mutuo consentimiento (*divortium communi consensu*), que fue siempre constantemente practicado en Roma. Hasta Augusto el divorcio no estuvo sometido a ninguna formalidad, por ello, con el objeto de que hubiese un medio seguro para conocer la voluntad de divorciarse, la *lex Julia de adulteriis* (18 a. C.) prescribió que se documentara ante 7 testigos, aunque no había necesidad de acudir a los tribunales y obtener sentencia judicial.

A partir de la reglamentación del matrimonio por Constantino (331), la repudiación es legislada de una manera más severa, estableciendo causas determinadas y penas pecuniarías para la repudiación injustificada.

El divorcio por mutuo consentimiento siguió siendo muy practicado, exento de sanciones y sólo sometido a la publicidad exigida por Augusto (*lex Julia*). El principio de la disolubilidad del vínculo fue también mantenido por los emperadores cristianos.

Pero Justiniano, en las Novelas 117 y 134, intentó abolir el divorcio por mutuo consentimiento, permitiéndolo únicamente cuando los esposos hicieran voto de castidad. La nueva legislación encontró tal hostilidad en la práctica que a los pocos años Justino II, sobrino y sucesor de Justiniano, debió restablecer el régimen legal del *divortium communi consensu* (Novela 140, año 566) lo cual indica cuán arraigado estaba en las costumbres. Ni la repetida conminación de penitencias canónicas sirvió en los siglos posteriores para encerrar dentro de más estrechos límites el arbitrio de los cónyuges.

b) *Edad media*. En el siglo XI la Iglesia se atribuye el derecho exclusivo de legislación y jurisdicción en materia matrimonial, y durante toda la época medieval luchó por imponer el principio de la indisolubilidad absoluta del

matrimonio (¹⁵), no escatimando recursos para vencer la resistencia que le oponían tanto las costumbres sociales, como las pasiones de los príncipes y reyes. Así, cuando en 1184 Felipe Augusto repudia a su esposa Ingeburga el Papa Inocencio III asume la defensa de la infeliz reina y luego de un enfrentamiento de quince años, para asegurar la victoria de la Iglesia, no duda en lanzar la excomunión sobre toda Francia, ante lo cual el rey se somete.

Con los pueblos bárbaros la Iglesia fue más tolerante, y trató de ganarlos haciéndole concesiones.

El antiguo derecho celta, en vigor durante mucho tiempo en Irlanda y en Gales, admitía el divorcio por mutuo consentimiento sin restricciones (¹⁶).

La ley Burgondionum (tít. 21, c. 1), admitía el consentimiento mutuo (¹⁷).

El derecho germánico primitivo conoció la libertad absoluta de divorciarse por mutuo consentimiento. Incluso el repudio unilateral disolvía el vínculo aun cuando no tuviera causa justificada, acarreado en este caso sólo sanciones pecuniarias (¹⁸).

c) *El Concilio de Trento*. La doctrina de la indisolubilidad absoluta del matrimonio, elaborada por San Agustín, triunfa en el concilio de Trento (1563), se convierte en dogma de la Iglesia, y queda totalmente prohibido el divorcio. En adelante, sólo la separación de cuerpos era posible, debiendo

(¹⁵) Respecto al problema del divorcio vincular en la historia de la Iglesia y las divergencias de los canonistas sobre el alcance de las palabras de Cristo que sirven de fundamento al principio de la indisolubilidad del matrimonio, véase el panorama que traza Víctor J. POSPISHIL, *Divorcio y nuevo matrimonio*, trad. de Z. NÚÑEZ, Bs. As., 1969, cap. II, y el apéndice con textos de los Padres, de los Romanos Pontífices y de los Sinodos.

(¹⁶) LAURENT, *ob. cit.*, cap. II.

(¹⁷) Era la ley de los burgundios (borgoñeses), antiguo pueblo germánico cuya capital fue Worms. Perseguidos por los hunos, emigraron y se establecieron cerca de Lyon y fundaron el reino de Borgoña, sometido luego por los francos en 534, quienes convirtieron al cristianismo a los borgoñones.

(¹⁸) KIPP-WOLFF, *Derecho de Familia*, trad. Pérez González y Castán Tobeñas, Bs. As., 1948, t. I, parág. 33, pág. 208.

siempre ser pronunciada por la justicia. Tenía lugar por causa de adulterio de la mujer, excesos, sevicias o injurias graves.

Al lado de la separación pronunciada por causas determinadas, estaba también la separación por consentimiento mutuo. Uno de los esposos podía, con el consentimiento del otro, entrar en las órdenes o hacer voto de castidad. El mutuo consentimiento, vestigio del divorcio pagano, servía ahora a la Iglesia para sus propios fines (19).

d) *El derecho revolucionario francés y el Código Civil de 1804* (20). En la euforia de la revolución francesa, la Constitución de 1791 establece que el matrimonio no es más que un contrato civil, y la ley del 20 de setiembre de 1792, para asegurar la libertad plena del individuo, según declara en su preámbulo, admitió el divorcio por mutuo consentimiento. La voluntad de divorciarse de los esposos debía ser manifestada ante un consejo de familia integrado como mínimo por seis de los parientes más próximos y, a falta de ellos, tres amigos elegidos por el marido e igual número por la mujer. Era un procedimiento que se realizaba ante ese cuerpo familiar, sin intervención del juez, y su función consistía en dar consejos a los esposos para reconciliarlos, pero debía inclinarse ante su voluntad formal.

Al discutirse el código civil francés, luego de no pocas vacilaciones, aprobóse el divorcio por mutuo consentimiento. Pero con la finalidad de evitar abusos se pusieron una serie de condiciones. Este medio no podía ser utilizado si el marido era menor de 25 años y la mujer de 21, y hasta que hubiesen transcurrido por lo menos dos años de celebrado el matrimonio (arts. 275 y 276). Tampoco podía ser intentado después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tuviese más

(19) LAURENT, *ob. cit.*, p. 31.

(20) LAURENT, *ob. cit.*, cap. III; COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, trad. D. de Buen, Madrid, 1922, t. I, pág. 402 y sgtes.; PLANIOL-RIPERT-ROUAST, *Tratado práctico de derecho civil francés*, ed. La Habana, 1939, t. 2, nros. 488, 489 y 490.

de 45 (art. 277). Un autor francés decía: "No desdeñes en la estación del otoño aquello que hizo el encanto de vuestra primavera. ¿Dónde encontraréis igual constancia y recuerdos comunes?".

El procedimiento se desarrollaba ante los Tribunales, debiendo los jueces intentar la reconciliación (arts. 278 a 294). Los esposos debían renovar su consentimiento durante tres veces, de trimestre en trimestre, y se requería además la conformidad de sus padres. Debían convenir la educación de sus hijos, y cada uno de los esposos tenía que entregar a sus hijos la mitad de sus bienes. Recién entonces el magistrado, una vez verificado el cumplimiento de las formalidades mencionadas, dictaba sentencia. Los cónyuges podían contraer nuevas nupcias recién después de tres años (art. 297).

Para el legislador revolucionario de 1792 el divorcio por mutuo consentimiento se basaba en la voluntad coincidente de los cónyuges; en tanto para los redactores del Código Civil sólo era un procedimiento para no revelar, por razones familiares y sociales, una causa determinada cuya existencia se suponía. Se atribuye a Napoleón, interesado en la sanción del mutuo consentimiento en vista de su futuro divorcio con Josefina, esta agudeza dicha en el Consejo de Estado, que contiene una innegable verdad y revela la presencia de motivos de interés social en la aceptación de este medio de divorcio: "El consentimiento no es la causa del divorcio, sino un signo de que el divorcio se ha hecho necesario. Así, el Tribunal pronunciará el divorcio, no porque medie consentimiento mutuo, sino cuando haya consentimiento mutuo: se detendrá ante este signo y no irá hasta las causas reales que pueden haber traído la ruptura entre los esposos. Este modo tiene la ventaja de ocultar al público los motivos que no podrían anunciar sin lastimar el pudor"

Con la restauración borbónica, una ley de 1816 suprime el divorcio vincular, en base a un proyecto de De Bonald. Recién en 1884 se legisla nuevamente el divorcio como resultado de

la prolongada campaña de Naquet, pero ya no se lo admite por mutuo consentimiento, el cual sólo será reimplantado en 1975.

e) *Otras legislaciones del siglo XIX* ⁽²¹⁾. En varios países cuyas legislaciones sólo preveían la separación de cuerpos, la aceptaron por consentimiento mutuo: Polonia (ley de 1825), Brasil (ley de 1890) y México (Código de 1884). El Código Civil italiano de 1865 admitía la separación de cuerpos por consentimiento mutuo, debiendo el juez interrogar personalmente a las partes, asegurarse que su voluntad es libre y seria, y luego se limitaba a homologar la separación.

También el Código Civil austríaco de 1811 admitía la separación por mutuo consentimiento. El juez debía intentar una triple conciliación, asegurarse de que quedaban salvados los derechos e intereses de los hijos, y sólo se limitaba a homologar la convención de los cónyuges.

En Inglaterra y Estados Unidos también existía una institución similar: las convenciones amigables de separación.

Otras legislaciones establecían el divorcio vincular, y lo admitieron por mutuo consentimiento, algunas en forma directa, y otras exigiendo previamente la separación de cuerpos.

Bélgica, Luxemburgo y Rumania (Código de 1864) admitieron directamente el divorcio por mutuo consentimiento tal como estaba legislado en el Código de Napoleón.

El Código prusiano de 1794, que rigió hasta 1900, reservó el divorcio por mutuo consentimiento a los matrimonios sin hijos. El juez sólo se limitaba a constatar que el divorcio se hubiera demandado sin ligereza ni precipitación ni presión moral (art. 716).

La ley suiza de 1874 (en vigor desde 1876), que unifica el derecho matrimonial de los diversos cantones, en su art. 45 establecía que cuando los dos esposos demandaban el divorcio, el tribunal lo debía pronunciar si resultaba de las circuns-

⁽²¹⁾ ROGUIN, *Traité de droit civil comparé*, París, 1904, t. I, ns. 265 y sgtes.; LAURENT, *ob. cit.*, págs. 103 y sgtes.

tancias de la causa que la continuación de la vida común era incompatible con la naturaleza del matrimonio. No se trata del verdadero divorcio por mutuo consentimiento, puesto que el juez no sólo constata la doble voluntad de los esposos, sino debe verificar que la vida común se ha vuelto imposible, pero en la práctica funcionó igual que el mutuo consentimiento.

En Holanda, a petición de ambos cónyuges se podía convertir en divorcio vincular la separación de cuerpos, obtenida por mutuo consentimiento, a condición de que haya durado 5 años (Código de 1838, arts. 255 a 261).

El Código austríaco de 1811 prohíbe el divorcio a los católicos, pero admite el divorcio por mutuo consentimiento para los judíos y cristianos no católicos.

En Dinamarca, Noruega y Suecia existía un divorcio por rescripto del príncipe —decreto administrativo— (divorcio ex bona gratia principis), basado en la demanda conjunta de ambos cónyuges, que según Roguin, equivalía al consentimiento mutuo.

Por último, en Guatemala, una ley de 1894, admite la demanda de divorcio por consentimiento mutuo luego de un año de decretada la separación personal.

f) *Legislaciones civiles contemporáneas* (22). En el derecho comparado actual encontramos varios sistemas:

1. El que admite la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, siendo ésta convertible en divorcio absoluto después de cierto tiempo. La separación personal por mutuo acuerdo constituye, en estas legislaciones, la primera etapa hacia el divorcio.

En Dinamarca (ley 276 del 30-6-22), Finlandia (ley 235 del 13-6-29) y Noruega (ley del 31-5-18) se admite la separación por mutuo acuerdo, y transcurrido un año desde la sepa-

(22) Sobre la legislación comparada actual, véase: SIMO SANTONJA, *Divorcio y separación*, Madrid, 1973; PRADER, *Il matrimonio nel mondo*, Padova, 1970; FUGLER, *L'evolution actuelle et les perspectives d'harmonisation du droit de la famille au sein de l'Europe*, en la revista *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 1977.

ración legal, a pedido de ambos cónyuges se puede pronunciar el divorcio.

El Código Civil de Venezuela de 1942 establece la separación de cuerpos por mutuo consentimiento (art. 189) y cualquiera de los cónyuges puede solicitar su conversión en divorcio transcurrido dos años desde que la sentencia de separación quedó firme (art. 185). El Código de la Familia de Bolivia, de 1972, estableció también un régimen similar, pero exige que los cónyuges que solicitan la separación tengan dos años de casados (arts. 152 inc. 4 y 157).

El Código portugués de 1966 admite la separación por mutuo consentimiento cuando los cónyuges lleven casados más de tres años y hayan cumplido 25 años de edad (arts. 1773 y 1786), y es homologada por el juez luego de un año (arts. 1787 y 1786). El divorcio puede pronunciarse después de tres años de decretada la separación. Para los católicos la conversión de la separación en divorcio estaba vedada por el Concordato de 1940, prohibición que fue dejada sin efecto por el Protocolo de 1975.

En Nueva York se admite el divorcio un año después de una sentencia de separación o de haber registrado un convenio escrito de separación (reforma de 1972).

En Italia el Código de 1942, reformado por la ley 151 de 1975, admite la separación de cuerpos consensual, que no tiene efectos sin la homologación del juez (arts. 150 y 158). Y de acuerdo a la ley de divorcio de 1970, transcurridos cinco años desde la separación consensual, ambos cónyuges pueden solicitar el divorcio, y aun uno de ellos después de 6 años (ley 898/1970, art. 3, ap. 2º, letra b).

En Brasil, la ley 6515 del 26-12-77 admite la separación judicial por mutuo consentimiento de los cónyuges con dos años de casados, exigiendo la homologación del juez (art. 4). Después de tres años de separación judicial, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la conversión en divorcio (arts. 25, 35 y sgtes.).

2. Otro sistema acepta directamente el divorcio vincular por mutuo consentimiento, sin exigir la etapa previa de la separación judicial.

Bélgica y Luxemburgo lo reglamentan en forma similar al Código de Napoleón, permaneciendo desde la época de la ocupación francesa casi inalterado.

En Holanda, de acuerdo a la reforma de 1970, se autoriza el divorcio demandado conjuntamente por los dos esposos, siempre que exista acuerdo sobre la guarda y cuidado de los hijos, la partición de bienes comunes y la pensión alimentaria.

En Suecia la reforma al derecho de familia de 1977 estableció también el divorcio por mutuo consentimiento directo: si ambos consortes están de acuerdo se les concede el divorcio. Si tienen hijos menores de 16 años se exige un tiempo de meditación de seis meses; si no los tienen, el divorcio se consigue de inmediato.

En Portugal la ley del 27-5-75, que modifica el Código Civil, autoriza directamente el divorcio por mutuo consentimiento, sujeto a los mismos requisitos que la separación de cuerpos.

En Francia la ley 15-617 de 1975 modifica el título de divorcio del Código Civil y reimplanta el divorcio consensual sin expresión de causas, suprimido desde 1816, el cual sólo puede promoverse después de los seis meses de celebrado el matrimonio y debe contener únicamente un proyecto de convenio que regle las consecuencias del divorcio. Los esposos deben reunirse con el juez y sus abogados y luego tienen un plazo de tres meses para reflexionar, y vencido este plazo de reflexión deben renovar la demanda dentro de los seis meses siguientes, bajo pena de caducidad. El juez pronuncia el divorcio si adquiere la convicción de que la voluntad de cada uno de los esposos es real y libre, y debe homologar el convenio sobre las consecuencias del divorcio, pudiendo rechazarlo si constata que no preserva suficientemente los intereses de los hijos o de uno de los esposos (arts. 230, 231 y 232). También prevé otra forma de divorcio por mutuo consentimiento: el

divorcio demandado por uno de los esposos fundado en un conjunto de hechos, que procedan de uno u otro cónyuge, y que hagan intolerable la vida en común, si es aceptado por el otro cónyuge, el juez debe decretarlo y tendrá los efectos de un divorcio por culpa de ambos (arts. 233 y 234).

La ley de reforma al derecho matrimonial y de la familia de Alemania Occidental, en vigor desde el 1-7-77, sustituye el principio de la culpa por el de la constatación de la quiebra definitiva del matrimonio. Se presume destruido el matrimonio cuando los cónyuges han vivido separados por más de un año y promueven conjuntamente la demanda de divorcio. El juez, sin embargo, puede negar la concesión del divorcio si existen graves motivos referidos a los hijos o al cónyuge más débil. Pero no puede negar el divorcio si los cónyuges han vivido separados por más de cinco años.

Entre los países de la órbita socialista cabe destacar a Polonia, cuyo Código de la Familia de 1964 autoriza a los esposos a demandar conjuntamente el divorcio y en este caso los efectos de la sentencia serán como si ambos hubiesen sido inocentes (art. 57).

El Código de la Familia de 1968 de Bulgaria prevé el divorcio por mutuo consentimiento cuando han transcurrido dos años de matrimonio y la decisión es irrevocable y seria. En este caso el Tribunal dictará sentencia sin valorar los motivos. Antes de decretar el divorcio los cónyuges deben acordar la custodia y mantenimiento de los hijos, así como las obligaciones recíprocas de naturaleza económica y habitación (arts. 22, 23 y 24).

En Rusia, la legislación sobre matrimonio y familia de 1968 establece que la Oficina del Registro Civil es competente para registrar, sin previa decisión judicial, el divorcio de esposos que no tengan hijos menores y que den su mutuo consentimiento a la disolución del matrimonio. El certificado de divorcio se libra al cumplirse los tres meses desde el día en que ambos esposos presentan la demanda. La regla general es, sin embargo, el procedimiento judicial, pero como el derecho so-

viético no conoce el divorcio sanción y por tanto no enumera las causas del divorcio, otorga al tribunal un poder soberano de apreciación limitado sólo por la exigencia de que los motivos deben revestir un carácter serio y se constate debidamente que la cohabitación de los esposos y el mantenimiento de la vida familiar son imposibles. La demanda pueden promoverla uno o los dos cónyuges conjuntamente.

En América los códigos civiles de Uruguay (art. 187, inc. 2º), Perú (art. 247 inc. 10) y México (art. 267 inc. XVII) admiten el divorcio absoluto por mutuo consentimiento; lo mismo que el reciente Código de la Familia de Costa Rica (1973, ref. en 1976), y los demás países centroamericanos (Honduras, Nicaragua, El Salvador, Panamá, República Dominicana y Haití).

En Japón (Código Civil de 1898) y en China (ley del 1-5-950) también rige el divorcio vincular por mutuo consentimiento.

3. Otras legislaciones que también aceptan el divorcio absoluto, no lo admiten en forma directa por mutuo acuerdo, pero establecen causales que indirectamente implican mutuo consentimiento, como lo es la separación de hecho durante cierto tiempo (tres años en Austria y Canadá; dos años en Puerto Rico; dos años en Inglaterra, si el demandado consiente el divorcio, y cinco años en los demás casos, según la Matrimonial Causes Act de 1973). Otros países enrolados en la concepción del divorcio remedio no enumeran las causales de divorcio pero establecen como fórmula general que éste es procedente cuando exista una ruptura permanente y grave de la vida conyugal que haga intolerable las relaciones matrimoniales (ley del matrimonio y la familia de 1952 de Hungría; ley de la familia de 1953 de Rumania; Código de la Familia de Checoslovaquia de 1963; ley del matrimonio de 1946 de Yugoslavia; Código de la Familia de la República Democrática Alemana de 1965; Código Civil Suizo de 1907, art. 142). En estos casos la separación de hecho de común acuerdo importa una perturbación de la vida matrimonial que se tiene en cuenta por los

tribunales como causal o bien facilita la declaración del divorcio.

4. Forman otro grupo los países que admiten sólo el divorcio limitado (separación de cuerpos), y a éste no lo aceptan por mutuo consentimiento (España, Irlanda, Malta, San Marino, Chile).

5. Por último, nuestra ley de matrimonio civil, también sólo acepta el divorcio limitado, pero autoriza a los cónyuges a solicitarlo conjuntamente invocando causas graves que hagan moralmente imposible la vida en común, las que deben ser valoradas por el juez para declarar la separación personal.

V. LA CARACTERIZACION DEL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y LAS CONCEPCIONES DEL DIVORCIO

Del análisis de la legislación comparada que admite la separación de cuerpos o el divorcio absoluto por mutuo consentimiento, podemos extraer las características esenciales de este medio de separarse u obtener la disolución del matrimonio:

- 1) Se basa en el acuerdo mutuo de los cónyuges.
- 2) No se expresan las causas de la separación o el divorcio.
- 3) No presupone la culpa de ninguno de los cónyuges.
- 4) La función del juez se limita: a) Verificar que la voluntad de los esposos es real y libre; b) intentar la conciliación; c) controlar si el interés de los hijos menores o de uno de los cónyuges está debidamente preservado.
- 5) Verificada la voluntad real y libre de los esposos, fracasada la conciliación y salvado el interés de los hijos menores y ambos cónyuges, el juez debe homologar el pedido de los esposos, no pudiendo en este caso rechazar la separación o el divorcio.

- 6) Los efectos de la separación o divorcio consensual no dependen de la culpa de uno o ambos cónyuges, quienes de común acuerdo pueden regular las consecuencias patrimoniales y la guarda de los hijos, y a falta de tal convención los efectos serán como si ambos hubiesen sido inocentes.

El divorcio o la separación por mutuo consentimiento es así una derivación lógica de la doctrina que sostiene la naturaleza contractual del matrimonio, pues la voluntad coincidente de los cónyuges de divorciarse expresada en forma auténtica y libre es el único fundamento de la sentencia de separación o divorcio, que sólo se limita a homologar, o sea, otorgar eficacia jurídica, al acuerdo de los cónyuges. Puesto que con el acuerdo de voluntades se forma la unión matrimonial, también de la misma manera se la puede disolver.

Con tales características, el divorcio por mutuo consentimiento es una expresión típica de la concepción del divorcio-remedio, según la cual el divorcio procede toda vez que existe una perturbación grave de las relaciones matrimoniales, derivada o no de la culpa de los cónyuges, que haga difícil o sin objeto la comunidad doméstica. La finalidad del divorcio, de acuerdo a esta concepción, es remediar esa imposibilidad o dificultad de la vida en común, prescindiendo de la imputabilidad de tal situación a la culpa de uno o ambos cónyuges.

Esta doctrina, como hemos visto, se ha impuesto decididamente en la legislación comparada, desplazando a la antigua concepción del divorcio-sanción, que sólo justifica la separación personal o la disolución del vínculo cuando existe incumplimiento de los deberes emergentes del matrimonio imputable subjetivamente a uno o ambos cónyuges, considerando la separación o el divorcio como una sanción contra el esposo que no ha cumplido sus obligaciones matrimoniales, debiendo configurar éste incumplimiento alguna de las causales de divorcio establecidas por la ley y que suponen la

culpa de los esposos (23). Indudablemente, la concepción del divorcio sanción se enlaza con la doctrina que concibe al matrimonio como una institución, y cuya ruptura no puede dejarse librada a la voluntad autónoma de los cónyuges. Si bien el divorcio debe ser demandado al menos por uno de los esposos, sólo resulta posible en los casos taxativamente previstos por el legislador y que se fundan en la culpa de los cónyuges.

VI. REQUISITOS DEL DIVORCIO POR PRESENTACION CONJUNTA

Para que proceda la demanda de divorcio por presentación conjunta de acuerdo al régimen del art. 67 bis, se requiere:

- 1) Que exista coincidencia de voluntades de ambos cónyuges para obtener la sentencia que decrete su separación personal. Es suficiente el acuerdo sobre la separación de cuerpos. Las cuestiones sobre tenencia de hijos, alimentos y liquidación de la sociedad conyugal si no son motivos de un convenio, pueden ser controvertidas y resueltas por el juez.
- 2) Que hayan transcurrido más de dos años desde que se celebró el matrimonio. El término debe computarse al momento de la interposición de la demanda, debiendo ésta rechazarse in limine si no se acredita el cumplimiento de este requisito (24). Indudablemente, con

(23) Sobre las concepciones del divorcio: GUASTAVINO, *Divorcio*, en *Revista Forense*, nº 1, Santa Fe, noviembre de 1967; SPOTA, *Tratado de Der. Civil*, vol. 2º - t. 12, nº 204, Bs. As., 1968; MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, trad. Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As., 1959, parte 1ª, vol 4, nº 1412.

(24) LAGOMARSINO, *El divorcio por presentación conjunta*, Bs. As., 1970, nº 5; BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil anotado, comentado y concordado*, t. I, p. 719, Bs. As., 1978; LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado*, Bs. As., 1978, t. I, pág. 607, GARRIDO-ANDORNO, *Reformas al Código Civil*, Bs. As., 1969, t. II, pág. 206.

esta atinada exigencia el legislador ha querido evitar que los esposos jóvenes se decidan apresuradamente por la separación ante las primeras desaveniencias conyugales ⁽²⁵⁾.

- 3) Que ambos cónyuges sean capaces al momento de promover la demanda. Tienen capacidad los menores emancipados (arg. art. 133), los penados (art. 12 C. Penal) y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, desde que si la ley los autoriza a contraer matrimonio, obviamente también pueden separarse. Pero en el caso de los sordomudos, como necesitan autorización de su curador para celebrar matrimonio (art. 10 L.M.C.), igual requisito debe exigírseles para separarse ⁽²⁶⁾. Carecen de capacidad los dementes interdictos, puesto que por tratarse de un acto personalísimo, ni aun por medio de su curador podrían separarse. Tampoco podrían actuar por sí solos durante intervalos lúcidos, porque el período de lucidez del interdicto queda legalmente anulado por la declaración judicial de demencia, careciendo en consecuencia de capacidad jurídica de obrar, hasta que se le levante la interdicción mediante otra sentencia ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ BORDA, *Familia*, 5ª ed., Bs. As., 1973, t. I, nº 508-3; LAGOMARSINO, *El divorcio por presentación conjunta*; nº 5; BELLUSCIO-ZANNONI, *ob. cit.*, t. I, pág. 719.

⁽²⁶⁾ BORDA, *Derecho de Familia*, t. I, nº 508-3; BELLUSCIO, *El divorcio por mutuo consentimiento*, *La Ley*, 130-999, nº 16; BELLUSCIO-ZANNONI, *ob. cit.*, t. I, pág. 719; LAGOMARSINO, *El divorcio por presentación conjunta*, nº 6; ESCRIBANO, *Divorcio consensual*, Bs. As., 1970, nº 6; MANCUSO, *El art. 67 de la L.M.C.*, en MORELLO-PORTAS, *Examen y crítica de la reforma del código civil*, t. 4 - vol. 1º, pág. 217, La Plata, 1973.

⁽²⁷⁾ Arts. 54, inc. 3º, 150 y 1041 del Cód. Civil; BUSO, *Código Civil Anotado*, Bs. As., 1945, t. I, p. 663, nº 45, y t. II; nros. 19 y 20; pág. 1074; SPOTA, *Trat. de Der. Civil*, Bs. As., 1949, t. I, vol. 3-2, nros. 820 y 824; LLAMBIAS, *Trat. de Der. Civil, Parte General*, t. I, nº 767, Bs. As., 1967; DÍAZ DE GUIJARRO, *Anulabilidad del matrimonio celebrado durante intervalo lúcido*, JA 70-105.

- 4) Que los cónyuges invoquen la existencia de causas graves que hagan moralmente imposible la vida en común. Algunos autores sostienen que las causas graves a que refiere esta norma son las taxativamente enumeradas por el art. 67 ley 2393 ⁽²⁸⁾, pero en rigor el art. 67 bis no establece tal remisión en forma expresa, por lo tanto, entendemos que esas causas graves no han de ser necesariamente las del art. 67, y que el régimen del art. 67 bis es más amplio, incluyendo el desquiciamiento subjetivo del matrimonio y cualquier otra causa grave que "haga moralmente imposible la vida en común" ⁽²⁹⁾.
- 5) Que el juez considere, según su ciencia y conciencia, suficientemente graves los motivos aducidos por las partes. A tal fin tiene amplias facultades para indagar la gravedad de las causales invocadas, y, consecuentemente, para admitir o rechazar la demanda.

VII. NATURALEZA Y DENOMINACION DEL DIVORCIO LIMITADO DEL ART. 67 BIS

Los requisitos sustanciales del divorcio por presentación conjunta que dejamos enunciados nos permitirán dilucidar su singular naturaleza. Pero para comprender su originalidad,

⁽²⁸⁾ GOYENA COPELLO, *Divorcio por mutuo consentimiento*, Bs. As., 1969, p. 13; CAFFERATTA, su ponencia y fundamentación en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil (*ob. cit.*, t. II, págs. 535, 536 y 570); REIMUNDÍN, *El art. 67 bis de la ley 2393 y el régimen de divorcio*; JA Doctrina 1972, págs. 735/739.

⁽²⁹⁾ BORDA, *Familia*, t. I, n° 508-3, p. 402; SPOTA, *Trat. Der. Civil*, t. II - vol. 12, n° 247, p. 772; LAGOMARSINO, *ob. cit.*, n° 27; ESCRIBANO, *ob. cit.*, n° 3; GARRIDO-ANDORNO, *ob. cit.*, t. II, p. 207; LLAMBIAS, *Estudio de la reforma...*, pág. 404; VIDAL TAQUINI, *El régimen del divorcio y el art. 67 bis de la ley 2393 en el IV Congreso de Der. Civil*, La Ley, 138-1099; BELLUSCIO-ZANNONI, *ob. cit.*, t. I, pág. 721; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, *Examen y crítica...*, t. 4 - vol. 1º, pág. 203; MÉNDEZ COSTA, *Divorcio por presentación conjunta. Reconocimiento unilateral de culpa*, JA 1973 - t. 18 - p. 571, y *La culpa en el incumplimiento de los deberes conyugales*, JA 1974 - t. 22, páginas 669 y sgtes.

que se destaca en el derecho comparado actual, es preciso recordar que la Comisión Reformadora de 1968 estructuró originariamente la institución con características distintas, organizándola con los elementos propios de una separación por mutuo consentimiento. Ese proyecto, sin embargo, sufrió una serie de vicisitudes que determinaron su modificación con el resultado de su texto actual.

En efecto, el principal autor de la reforma de 1968 reconoce que el propósito de la Comisión fue establecer lisa y llanamente la separación por mutuo consentimiento⁽³⁰⁾, de tal manera que el proyecto primeramente elaborado disponía⁽³¹⁾:

“La separación personal puede convenirse por mutuo consentimiento si hubieran transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio. Los cónyuges deberán presentar una declaración de voluntad común ante el juez competente, quien procurará reconciliarlos. La audiencia será tomada por el juez personalmente bajo pena de nulidad. Si no concurrieran los cónyuges a la audiencia de conciliación el acuerdo no producirá efecto alguno. Si celebrada la audiencia no se lograre la conciliación el juez declarará separados a los cónyuges. Esa resolución judicial producirá los mismos efectos que el divorcio por culpa de ambos, pero el acuerdo puede dejar a salvo el derecho de alguno de ellos a recibir alimentos”.

“Si no obstante la voluntad común de separarse no hubiera acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, se tramitará ésta por vía sumaria”.

“También podrá el convenio determinar quien quedará al cuidado de los hijos y régimen de visitas, y el juez homologará esta parte del convenio, si consultare el interés de los

(30) BORDA, *La reforma de 1968 al Cód. Civil*, nº 306.

(31) Su texto en: *IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1971, t. II, págs. 659; LAGOMARSINO, *El matrimonio en la reciente reforma del código Civil*, La Ley, 131.1218; REIMUNDÍN, *ob. cit.*, JA Doctrina 1972, p. 735; MANCUSO, *ob. cit.*, en MORELLO-PORTAS, *Examen y crítica...*, t. 4 - vol. 1º, p. 194, y ESCRIBANO, *ob. cit.*, pág. 9.

menores, pudiendo modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconsejen las circunstancias”.

De acuerdo a este proyecto, el acuerdo firme y decidido de los cónyuges en obtener la separación obligaba directamente al juez a decretarla, sin necesidad de acudir a otros fundamentos. Se trataba de la propia separación por mutuo consentimiento, basada exclusivamente en el acuerdo de los esposos que el juez sólo debía homologar. Pero la Iglesia tomó intervención en el asunto y sostuvo la conveniencia de mantener el principio de que la unión de los cónyuges no es cuestión que dependa sólo de su voluntad; que la separación debe ser admitida sólo si existen causas graves, y, finalmente, que la apreciación de esas causas debe ser hecha por el juez. Ante la insistencia de la jerarquía eclesiástica, se buscó una fórmula conciliatoria que, respetando el principio de que la separación no se debía fundar en el mutuo consentimiento de los cónyuges, funcionase en la práctica como tal, y de ahí surgió el art. 67 bis vigente ⁽³²⁾, cuya redacción se atribuye a Borda ⁽³³⁾.

El texto vigente exige, como ya vimos, no sólo el acuerdo mutuo de los esposos, sino también la existencia de causas graves que hagan moralmente imposible la vida en común, y el juez decretará su separación si considera, según su ciencia y conciencia, suficientemente graves esos motivos aducidos. Si bien la demanda se promueve sobre la base del consentimiento mutuo de los cónyuges, lo exacto es que ese acuerdo no basta por sí mismo para obtener la separación judicial. Será el juez quien resuelva soberanamente la admisión de la demanda cuando considere suficientemente graves las causas invocadas por los cónyuges.

Esta atribución conferida al juez de rechazar la demanda si no considera graves los motivos aducidos por los esposos,

⁽³²⁾ BORDA, *La reforma de 1968...*, n° 306.

⁽³³⁾ MOLINARIO, *El fallo plenario sobre la atribución de culpa en el juicio establecido por el art. 67 bis ley 2393*, en *La Ley 1977-C-935*, n° III.

bastante para concluir que no estamos en presencia de la separación por mutuo consentimiento. Faltan aquí sus rasgos esenciales, que hemos extraído de la legislación comparada (véase nº V), según los cuales cuando se solicita el divorcio por mutuo consentimiento no se expresan las causas, y el juez una vez que verifica el cumplimiento de los requisitos legales y la protección del interés de los hijos menores, sólo debe limitarse a homologar el acuerdo, por lo cual la separación judicial se basa sólo en el consentimiento mutuo de los cónyuges. En nuestro caso, el fundamento de la sentencia que pronuncia la separación no es ni mucho menos el consenso de los esposos, sino la *gravedad de los motivos aducidos*, que de acuerdo a la apreciación del juez imposibilita moralmente la vida en común de los esposos.

Y precisamente la exigencia de que debe existir una causa grave que imposibilite "moralmente" la convivencia, está suponiendo un hecho ilícito imputable a uno o ambos cónyuges, o sea, está suponiendo la *culpa* de uno o ambos consortes. Y ya sabemos que el régimen propio del divorcio por mutuo consentimiento excluye toda referencia a la culpa de los esposos.

Por último, el art. 67 bis dispone que la sentencia tendrá los mismos efectos que el divorcio por culpa de ambos, o sea que impone una sanción a los cónyuges que han recurrido a este procedimiento. En el divorcio por mutuo consentimiento, en cambio, si los cónyuges no regulan de común acuerdo las consecuencias de la separación o disolución del matrimonio, los efectos de la sentencia serán como si ambos hubiesen sido inocentes.

Por lo tanto, concluimos que el régimen del art. 67 está basado no sólo en el acuerdo mutuo de los esposos, sino también, en la culpa, porque exige necesariamente para su procedencia hechos violatorios de los deberes matrimoniales que tornen imposible la vida en común, imputable a uno o ambos consortes, aun cuando sus conductas, dolosas o negli-

gentes, no configuren ninguna de las causales del art. 67 de la ley 2393, pero en todo caso deben ser siempre suficientemente graves a criterio del juez; y sanciona a ambos cónyuges al atribuirle los efectos del divorcio por culpa de ambos. En consecuencia, el divorcio por presentación conjunta responde indudablemente a la concepción del divorcio-sancción, y técnicamente no constituye "divorcio por mutuo consentimiento" por faltarle elementos esenciales de dicha figura⁽³⁴⁾.

A pesar de que el art. 5 inc. 2º de la ley 17.711 ha suprimido en el art. 66, ley 2393, la prohibición del divorcio por mutuo consentimiento, ello no implica que haya sido recepcionado por nuestra legislación. La derogación de tal principio se hizo para compatibilizar la ley 2393 con el proyecto originario de la Comisión, que a último momento fue modificado, introduciendo el divorcio por presentación conjunta, creándose así una discordancia que ciertamente no contribuye a la comprensión correcta de esta nueva institución.

(34) Conf.: GUASTAVINO, *La posibilidad del reconocimiento de culpa exclusiva antes y después de la separación judicial de los cónyuges*, La Ley 143-193, nº 18; MÉNDEZ COSTA, *Divorcio por presentación conjunta. Reconocimiento unilateral de culpa*, JA 1973 - t. 18 - p. 571, y *La culpa en el incumplimiento de los deberes conyugales*, JA 1974 - t. 22, p. 669/671; MORENO DUBOIS, *Carácter del efecto atribuido a la sentencia de divorcio por presentación conjunta*. La Ley 143-458; QUESADA ZAPIOLA, *Un divorcio de común acuerdo que no es tal*, La Ley 131-1297; GARRIDO-ANDORNO, *ob. cit.*, t. II, págs. 205/207; LAGOMARSIÑO, *El divorcio por presentación conjunta*, nº 1, REIMUNDÍN, *ob. cit.*, JA, Doctrina 1972, página 735, nº I; CRESPI, *Presentación conjunta*, en MORELLO-PORTAS, *Examen y crítica...*, t. 4 - vol. 1º, pág. 154. EN CONTRA: BELLUSCIO-ZANNONI, *ob. cit.*, t. I, págs. 718 y 719, para quienes la sentencia que pronuncia la separación en una demanda conjunta, se basa en el consentimiento de los esposos y, en consecuencia, sostienen que el art. 67 bis introduce en nuestra legislación el divorcio por mutuo consentimiento. En igual sentido, afirmando además que el art. 67 bis responde a la concepción del divorcio-remedio: BELLUSCIO, *El divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley, 130-996, nº 13, y *Manual de Der. de Familia*, t. I, nº 231; LLAMBÍAS, *Estudio de la reforma...*, págs. 393/398; MOLINARIO, su ponencia y exposición en el plenario, en el IV Congreso Nacional de Der. Civil (*ob. cit.*, t. II, págs. 529 y 572/573), y *El fallo plenario...*, La Ley 1977-C-935, nº II; VIDAL TAQUINI, *trabajo citado*, La Ley 138-1099. Comparar: SPOTA, *Trat. de Der. Civil*, t. II - vol. 12, nº 247, páginas 773/774, quien opina que el divorcio del art. 67 bis no des-

En suma: creemos adecuada la denominación "divorcio por presentación conjunta" ⁽³⁵⁾ porque precisamente está indicando su diferencia con el divorcio por mutuo consentimiento, con el cual sólo se asemeja en que la demanda se basa en el acuerdo mutuo de los cónyuges, pero se diferencia en que aquí hay expresión de causas, aunque se manifiesten secretamente al juez y no se requiera probarlas, y en que la sentencia no se funda en el consentimiento mutuo, sino en esas causas, que deben ser suficientemente graves a criterio del juez. Se sustituye así la voluntad de los cónyuges, única causa del divorcio por mutuo consentimiento, por el arbitrio soberano del órgano jurisdiccional.

Así también lo entiende una firme corriente jurisprudencial para la cual no existe en nuestro ordenamiento legal el divorcio por mutuo consentimiento, y si bien el divorcio del art. 67 bis se basa en el acuerdo de los cónyuges, este convenio no puede ser la causa del divorcio, puesto que es necesario

causa en culpa alguna de uno u otro cónyuge, ni en la culpa concurrente, porque la imposibilidad de la vida en común puede venir con prescindencia de toda idea de culpa. ZANNONI (*Der. de Familia*, t. II, n^o 647) también sostiene que el proceso de divorcio del art. 67 bis no presupone una imputación de culpabilidad, pero lo real, afirma, es que la sentencia constitutiva someterá a los divorciados al status previsto por la ley bajo la concepción del divorcio-sanción, cuyo fundamento es la declaración de culpabilidad.

⁽³⁵⁾ Conf. BORDA, GUASTAVINO, MÉNDEZ COSTA, LAGOMARSINO, MORENO DUBOIS, CRESPI, FASSI, GARRIDO-ANDORNO, ZANNONI. La doctrina ha dado otras denominaciones a este instituto de acuerdo a la distinta naturaleza y características que han visto en él. Así, lo llaman "divorcio por mutuo consentimiento" (BELLUSCIO, GOYENA COPELLO, LLAMBÍAS, MOLINARIO, LAFLANDRA (h), ANASTASI DE WALGER, BIDART CAMPOS, CIPRIANO, YÁÑEZ ALVÁREZ). Esta denominación ha recibido consagración legislativa en la ley de adopción 19.134, art. 8, inc. b. También se lo llama "divorcio consensual" (ESCRIBANO), "divorcio declarado sin expresión de causa" (SALAS), "divorcio por causa silenciada" (AYARRAGARAY), y "divorcio por causa reservada" (SAGESSE-PÉREZ CORTÉS). Estimamos que, además de la denominación que a nuestro juicio es correcta (divorcio por presentación conjunta), también se lo puede llamar "divorcio consensual", aunque dicho acuerdo no basta por sí mismo para decretar la separación judicial.

que existan causas graves ⁽³⁶⁾. Y en base a esta doctrina se han rechazado demandas conjuntas de divorcio, ya sea porque no le manifestaron al juez las causas graves que hicieran legítima la separación ⁽³⁷⁾, o porque a criterio del juzgador los motivos aducidos por los cónyuges no revestían suficiente gravedad ⁽³⁸⁾.

Esta situación indudablemente contradice la intención del legislador de 1968, que a modo de transacción, imaginó una extraña modalidad consensual de divorcio sanción para que funcione en la práctica como divorcio por mutuo consentimiento, original simbiosis que evidentemente no logra impedir la simulación que se denunció como vicio del procedimiento contencioso de divorcio, y que por lo mismo se invocó como motivo principal para la introducción del art. 67 bis. Porque ahora ocurre, como dice Vidal Taquini, que la comedia judicial es quizás mayor, ya que los esposos deseosos de convencer al juez no titubean en exagerar las "causas graves" o recurrir a manifestaciones tales como una larga separación de hecho, que al juez le es imposible comprobar. Actualmente,

⁽³⁶⁾ CNCiv Sala D, 14/12/73, E.D. 53-276; CNCiv Sala F, 28/10/69, JA 1970 - t. 5 - p. 550; SC Bs. As., 28/5/74, La Ley 156-476; C. Civ. y Com. Sala 2ª, Morón, 23/2/78, La Ley, 1978-C-92; voto Dr. GNECCO, fallo de la CNCiv Sala D, 11/4/78, La Ley, 1978-D-139; CNCiv Sala B. 22/4/70, La Ley 141-643 (25.331-S); CNCiv Sala F. La Ley 140-827 25.075-S); CNCiv Sala E. 24/6/69, La Ley 136-1145 (22.615-S); etcétera.

⁽³⁷⁾ Dr. SANZ, Juez Civil Ira. Inst., Cap. Federal, reseña en diario *La Nación* (Bs. As.), del 12/8/78.

⁽³⁸⁾ Dr. BURNICHÓN, Juez Civil, Capital Federal, reseña en diarios *La Prensa* del 7/9/78, y *La Nación* del 5/9/78, ambos de Bs. As. Hay registrados otros casos en que los Tribunales han acogido recursos de apelación interpuestos contra sentencias de primera instancia que rechazaron la demanda conjunta de divorcio: CNCiv Sala A, 8/7/69, La Ley 138-255; CNCiv Sala B, 8/7/69, JA Reseñas, 1971, p. 19, nº 24; Trib. Sup. Neuquén, Sala Civ. y Com., 8/5/75, JA 1976-I-616; o han declarado mal concedido el recurso de apelación: CNCiv Sala C, 7/8/69, La Ley 137-141 y JA 1970 - t. 5 - p. 301; C. 1ª C.C. San Isidro, 19/8/69, La Ley 138-259. Todo ello nos revela que han sido numerosos los casos en que los jueces han ejercido su facultad legal de apreciar soberanamente los motivos aducidos por los cónyuges, rechazando la demanda de divorcio por no considerarlos suficientemente graves; ello sin entrar a considerar el problema de si la sentencia denegatoria del divorcio solicitado conjuntamente es apelable o no, que es otra cuestión.

dice, la mentira es más corta⁽³⁹⁾. En verdad ahora ya no son los testigos los que incurren en falso testimonio, sino los propios cónyuges que se inclinan a preocuparse más de la idoneidad de los motivos para obtener la separación, que de su veracidad. Y ante una demanda conjunta de divorcio desestimada, es seguro que los cónyuges se presentarán ante otro tribunal amplificando los motivos ya expuestos o agregando causas nuevas más contundentes para obtener esta vez una sentencia favorable. Y a todo esto, la actuación del magistrado es la de un confesor laico impotente de comprobar la gravedad de las causas invocadas, circunstancia sobre la cual paradójicamente debe fundar su sentencia.

Por todo ello, coincidimos con Díaz de Guijarro⁽⁴⁰⁾ y Lagomarsino⁽⁴¹⁾ cuando afirman que más hubiera valido que se hubiese sancionado directamente el art. 67 bis tal como estaba proyectado por la Comisión. Creemos que así habrá de resolverse en el futuro.

VIII. CONVENIOS COMPLEMENTARIOS

En la demanda de divorcio por presentación conjunta, los cónyuges, además de manifestar su acuerdo en requerir la separación personal por existir causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, pueden también efectuar convenios sobre la prestación de alimentos, tenencia de hijos y liquidación de la sociedad conyugal, que deberán ser homologados por el juez. Examinaremos separadamente la posibilidad de esos convenios:

1) *Alimentos*. Según dispone el art. 67 bis la sentencia tendrá los efectos del divorcio por culpa de ambos. En con-

(39) VIDAL TAQUINI, *trabajo citado*, La Ley 138-1102.

(40) DÍAZ DE GUIJARRO, *La frustración del mutuo consentimiento como causa de divorcio*, en revista *Extra*, de Bs. As., año IV, nº 35, junio 1968.

(41) LAGOMARSIANO. *El matrimonio en la reciente reforma del Código Civil*, La Ley 131-1218.

secuencia, ambos cónyuges perderán el derecho a los alimentos y la vocación sucesoria. Sin embargo, agrega la misma norma, "en el escrito inicial o en las audiencias posteriores, los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos". Indudablemente esa reserva del derecho a percibir alimentos debe contar con el consentimiento expreso del otro cónyuge, es decir, debe haber un convenio o acuerdo expreso entre los esposos referente al derecho alimentario ⁽⁴²⁾, que se puede concretar en la misma demanda, en otro escrito o en las audiencias posteriores, pudiendo establecer el plazo, monto y modalidades de la prestación alimentaria.

Se discute el carácter legal que tienen estos alimentos, y se han elaborado varias teorías:

- a) De acuerdo a la opinión de Goyena Copello estos alimentos son los del art. 80 LMC, o sea, aquellos establecidos a favor de cualquiera de los cónyuges aun del culpable, en el caso de que sean de "toda necesidad" ⁽⁴³⁾.
- b) Según Llambías ⁽⁴⁴⁾ estos alimentos son de carácter convencional, y no legal.
- c) Para Borda, de ser exacta cualquiera de las dos teorías anteriores, la norma del art. 67 bis sería inocua, puesto que según la primera los alimentos corresponden también al culpable (art. 80 LMC), y por la segunda también sería inútil, porque es obvio que todo cónyuge, culpable o no, puede convenir con el otro el pago de una pensión alimen-

⁽⁴²⁾ LAGOMARSINO, *El divorcio por presentación conjunta*, nº 35.

⁽⁴³⁾ GOYENA COPELLO, *Divorcio por mutuo consentimiento*, pág. 26.

⁽⁴⁴⁾ LLAMBIÁS: *Estudio de la reforma...*, pág. 401, ap. c); CNCiv Sala B, 19/6/72, E.D. 44-342; CNCiv Sala A, 24/6/73, E.D. 51-446; ídem, 5/2/74, E.D., 56-259, sum. 45. Comp. ZANNONI: *Der. de Familia*, Bs. As., 1978, t. II, nº 653; quien afirma que el acuerdo sobre alimentos que homologa e. juez, si bien está subordinado a la sentencia de divorcio, tiene por objeto sustituir el régimen legal de los arts. 79 y 80, ley 2393, por el que emerge del convenio.

taria. Pero el art. 67 bis sólo se refiere al derecho a los alimentos, no a la cantidad ni a su monto, y ese derecho alimentario es del mismo carácter legal que el admitido por el art. 79 LMC ⁽⁴⁵⁾. Coincidentemente, argumenta Escribano ⁽⁴⁶⁾ que el régimen del art. 67 bis somete a los cónyuges a los efectos de la culpa recíproca, y ese sometimiento opera, entre otras cosas, la pérdida del derecho a los alimentos en caso de no dejárselos a salvo. Resulta claro, entonces, que lo que se sustrae a esa pérdida es el derecho alimentario legal preexistente a la separación y derivado del matrimonio. Tales alimentos se rigen por el art. 79 LMC, porque el supuesto de inocencia que éste contempla es el que coincide con el de los alimentos que se sustraen al efecto de la culpa recíproca. Exceptuar a uno de los cónyuges de los efectos de la culpa, concluye este jurista, por vía de la salvedad que prevé el art. 67 bis, es tanto como beneficiarlo con los efectos de la inocencia.

Creemos, coincidiendo con la última doctrina, que lo que permite dejar a salvo el art. 67 bis es el derecho alimentario legal, vigente durante el matrimonio y que subsiste atenuado luego de la separación en virtud del oportuno acuerdo de los esposos, pues de lo contrario se extinguiría por efecto de la culpa recíproca. Ese derecho alimentario dejado a salvo coincide con los alimentos que corresponden al cónyuge inocente regidos por el art. 79 LMC, puesto que a falta de convenio expreso de los cónyuges ninguno de ellos podrá reclamar alimentos, salvo que le sean de toda necesidad, como lo requiere para el cónyuge culpable el art. 80 LMC.

⁽⁴⁵⁾ BORDA, *Familia*, 5ª ed., t. I, nº 508-9, pág. 411.

⁽⁴⁶⁾ ESCRIBANO, *Los alimentos dejados a salvo en el divorcio consensual*, La Ley 152-907. También: MOLINARIO, *El fallo plenario...*, La Ley 1977-C-935, nota 16.

Lógicamente, el cónyuge a cuyo favor se dejó a salvo el derecho alimentario, puede perderlo si incurre posteriormente en adulterio, infidelidad o actos de grave inconducta moral de acuerdo a lo dispuesto en el art. 71 bis LMC (⁴⁷).

2) *Tenencia de hijos*. Los cónyuges también pueden convenir en el mismo escrito en que demandan conjuntamente su separación o en otro posterior, cuál de ellos tendrá la tenencia de los hijos menores y establecer un régimen de visitas. La sentencia del juez, dispone el art. 67 bis, “determinará a instancia de partes, cuál de los cónyuges quedará al cuidado de los hijos, para lo cual tendrá en cuenta lo que ellos acuerden, si el interés superior de los menores no aconsejare otra solución. En cualquier caso podrá modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconsejen las circunstancias”.

El juez, entonces, debe evaluar la conveniencia de lo acordado y siempre podrá apartarse del convenio dando sus razones si el interés de los menores no está contemplado adecuadamente (⁴⁸). Por lo demás, lo resuelto en esta materia siempre tiene carácter provisorio y se modifica de acuerdo a las circunstancias.

Si los cónyuges no llegan a un acuerdo sobre la tenencia y régimen de visitas de los menores, la cuestión debe resolverse en incidente separado. En este caso el juez resolverá teniendo presente la pauta legal que surge del art. 76 LMC: “Si ambos cónyuges fueran culpables, el juez resolverá el régimen más conveniente al interés de los hijos, según las circunstancias del caso”. Debe, entonces, otorgar la tenencia al progenitor que ofrezca mayores garantías para el cuidado y educación de los hijos.

(⁴⁷) LAGOMARSINO, *Divorcio por presentación conjunta*, n° 36; ZANNONI: *Der. de Familia*, t. II, r° 655.

(⁴⁸) No están de acuerdo con el principio establecido RAFFO BENE- GAS y SASSOT, para quienes hubiera sido acertado establecer como regla general que los menores deberán ser confiados al cónyuge más apto (*La tenencia de los hijos y el divorcio. Arts. 67 bis y 76 ley 2393, JA Doctrina 1971, págs. 811/183*).

3) *Liquidación de la sociedad conyugal*. El penúltimo párrafo del art. 67 bis dispone: "Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta se tramitará por vía sumaria".

O sea que los esposos de común acuerdo pueden convenir la forma en que van a partir los bienes gananciales. El juez en este caso debe homologar el acuerdo de las partes. Si no se llegare a ese acuerdo, la controversia deberá dirimirse después de dictada la sentencia a través de un incidente al que se le imprime el trámite del juicio sumario.

Se ha suscitado una cuestión respecto a la oportunidad en que los esposos pueden concretar el acuerdo sobre el modo de liquidar la sociedad conyugal.

Algunos sostienen que la regla en nuestro código es que la contratación entre cónyuges es excepcional, y en lo que respecta a los bienes de la sociedad conyugal la facultad de contratar queda limitada a las convenciones prenupciales, siendo nula y de nulidad absoluta toda convención sobre dichos bienes durante el matrimonio, por aplicación de los arts. 1218 y 1219. Pero una vez disuelta la sociedad conyugal por algunas de las causas que la ley admite, es lógico que su liquidación puede ser llevada a cabo por la forma y medios que las partes acuerden, ya que se aplican las reglas de la partición hereditaria (arts. 1313 y 3462). Pero para ello es preciso que la disolución se haya operado, porque de otra manera toda convención al respecto es llevada a cabo dentro del matrimonio y vigente la sociedad conyugal, de modo tal que queda alcanzada por la nulidad que establecen los artículos citados. El régimen del art. 67 bis no ha alterado la estructura del Código Civil en esta materia, que es de orden público. Por lo tanto, recién una vez dictada la sentencia de divorcio, que opera la disolución automática de la sociedad conyugal con efecto retroactivo en este caso al día de la presentación conjunta (art. 1306, véase infra n° X-9), recién entonces, después de la sentencia de divorcio, podrán los cón-

yuges efectuar el convenio sobre liquidación de la sociedad conyugal, ya disuelta la misma. Si los cónyuges no se ponen de acuerdo, la partición se llevará a cabo por la vía judicial como incidente del juicio principal de divorcio, del cual no es sino su consecuencia (49).

Para la otra doctrina, la cual compartimos, el art. 67 bis, si bien no modifica sustancialmente el régimen del Código Civil en esta materia, la innova en cuanto autoriza, por razones de economía procesal, la posibilidad de que el acuerdo sobre la partición de los bienes gananciales se implemente con la demanda de divorcio o tenga lugar durante el transcurso del juicio, debiendo el juez homologarlo al dictar sentencia. Estos convenios carecen por sí mismos de eficacia disolutoria, ya que todo lo relativo al nacimiento, vida y extinción de la sociedad conyugal es materia de orden público, pero son legalmente inobjetables si se los considera como acuerdos condicionados tácitamente al hecho contingente futuro de que la disolución de la sociedad conyugal se produzca mediante la sentencia de divorcio. La propiedad de los bienes adjudicados por estos convenios, naturalmente no se adquiere por los adjudicatarios sino recién después de quedar firme la sentencia de divorcio, y en virtud de la misma tienen efectos retroactivos al día de la presentación conjunta. Estos acuerdos obligan, por lo tanto, en forma definitiva a los cón-

(49) AYARRAGARAY, *El acuerdo para la liquidación de la sociedad conyugal* (art. 67 bis), en La Ley 140-1123; BOSSERT, *Convenios de liquidación entre cónyuges*, La Ley 149-968 n° V; GOYENA COPELLO, *Nulidad de los convenios anticipados de liquidación de la sociedad conyugal*, La Ley 1977-C-285; FASSI-BOSSERT, *Sociedad Conyugal*, Bs. As., 1977, t. I, comentario art. 1219, parág. 9, pág. 110. Hay fallos que siguen esta doctrina: C. 1° Civ. y Com. Mendoza 10/3/69, La Ley 136-2; C. N. Civ. Sala F. 31/3/60, La Ley 100-785; C. N. Civ. Sala B, 27/5/57, La Ley 88-453; CNCiv. Sala C, 6/2/70, La Ley 139-785 (24.211-S); Cám. 1ª C.C. La Plata, Sala 1ª, 23/10/59, JA 1960-I-611; SC Bs. As., 29/2/72, La Ley 147-376. Comp. ZANNONI: *Der. de Familia*, t. I, n° 485, quien sostiene que los convenios anticipados no son ilícitos, pero sí inoponibles en caso de retractación unilateral o desconocimiento, rectificándose así de su anterior criterio, expuesto en nota en La Ley 136-1.

yuges⁽⁵⁰⁾, y durante el trámite del divorcio no cabe admitir, en principio, que una de las partes deje sin efecto el convenio de separación de bienes, modificando unilateralmente los fundamentos de la presentación conjunta. Puede desistir en todo caso de la demanda de divorcio, no concurriendo a la segunda audiencia o presentando un escrito de desestimiento, pero no se admite que pretenda beneficiarse con la separación personal y desconozca a la vez los acuerdos patrimoniales, porque importaría dividir arbitrariamente, en menoscabo de una de las

(⁵⁰) GUAGLIANONE, *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Bs. As., 1985, n° 436 y 437; SPOTA, *Trat. de Der. Civil*, t. II - vol. 12, n° 203, pág. 472; ARAUJO, *Validez de los acuerdos patrimoniales entre cónyuges anteriores a la sentencia de divorcio*, *Juris t.* 42, sec. doc. página 209; ZANNONI, *Los convenios de liquidación y partición de la sociedad conyugal previos a su disolución*, La Ley 136-1; CRESPI, *Presentación conjunta*, en MORELLO-PORTAS, *Examen y crítica...*, t. IV-vol. 1º, pág. 158; ESCRIBANO, *La negociación de la culpa en el divorcio consensual*, La Ley 151-817 (apart. a), pág. 822), y *Reforma de la ley de matrimonio civil*, E.D. 25-853, cap. VII. En jurisprudencia se afirma la tendencia que acepta esta doctrina: C.N. Civ. Sala D, 21/4/70, JA 1970-t.6-p.495; C.N. Civ. Sala A, 4/10/73, JA 1974-t.22-p.258 y E.D. 51-479; C.N. Civ. Sala E, 13/4/77, E.D. 73-472; C.N. Civ. Sala D, 13/8/74, La Ley 156-283; C.N. Civ. Sala D, 13/3/68, La Ley 133-978 (19.345-S); C. 1º C.C. Mar del Plata, 5/2/70, E.D. 36-726; C.N. Civ. Sala D, 22/7/71, E.D. 41-733; C.N. Civ. Sala B, 26/2/75, E.D. 60-471; C.N. Civ. Sala B, 29/11/76, E.D. 75-668; C. 1º C.C. Bahía Blanca, 20/8/71, E.D. 38-808; etc. MAZZINGHI, por su parte, opino que si con posterioridad a la disolución los cónyuges manifiestan su acuerdo para que el convenio realizado anteriormente se aplique, tal decisión sería válida porque se basaría en una declaración de voluntad posterior a la disolución de la sociedad conyugal, que implica un nuevo convenio y no la confirmación del celebrado antes, que por su nulidad absoluta no puede ser confirmado. Pero si uno de los cónyuges le desconociera eficacia y pretendiera dividir los bienes con criterio distinto del convenido, los términos del convenio resultarían ineficaces. Admite que la ineficacia no sería total, podría tenerla en cuanto implica el reconocimiento de ciertos hechos, como por ejemplo la manifestación sobre el carácter propio o ganancial de un bien determinado (*Derecho de Familia*, Bs. As. 1972, t. II, n° 367, pág. 571 y nota 1074). En el sentido de la validez parcial, véase también: BORDA, *Familia*, 5ª ed., t. I, n° 444, pág. 331; FASSI-BOSSERT, *Sociedad Conyugal*, Bs. As., 1977, t. I, comentario art. 1219, parág. 7, pág. 108, y t. II, Bs. As., 1978 comentario art. 1299, parág. 148, págs. 296 y sgtes. Y desde luego, si como consecuencia del convenio previo a la disolución, uno de los cónyuges ha entregado al otro una parte de los bienes comunes, esa entrega debe reputarse como anticipo de lo que realmente le corres-

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

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

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

IX. LA CUESTION DE LA ATRIBUCION UNILATERAL DE CULPA

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

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

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

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