

EL ARTÍCULO 67 bis DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL: UNA NORMA DE CARÁCTER ESTRICTAMENTE PROCESAL

PUBLICADO EN REVISTA "LA LEY" - 1986- B- pág. 866

SUMARIO: I. Una norma de carácter estrictamente procesal. II. Proceso atípico. III. Intervención del agente fiscal. IV. Recepción de las audiencias. V. Atribución de culpa. VI. Apelabilidad de la sentencia.

I. UNA NORMA DE CARÁCTER ESTRICTAMENTE PROCESAL

A pesar de la abundante literatura que ha generado el art. 67 bis de la ley de matrimonio (ADLA, XXVIII-B, 1799) no he encontrado suficientemente destacado por la doctrina que el reformador del año 1968 ha introducido una norma de carácter estrictamente procesal.

En efecto, el art. 67 bis de la ley de matrimonio regula un proceso especial por razones jurídico-materiales destinado a satisfacer la pretensión de divorcio cuando ambos cónyuges coincidentemente reclaman su satisfacción y cuya característica fundamental consiste en que se aparta de los principios fundamentales sobre los cuales se asienta el régimen procesal vigente, principalmente al suprimir la actividad de constancia y la actividad probatoria, con lo cual, la actividad de alegación con su modo especial de aportación adquiere un significado del que carece en el régimen procesal general.

Comencé afirmando que el art. 67 bis es una norma de carácter procesal: nótese que no consagra el divorcio ya que éste viene autorizado por el art. 64 de la ley 2393 (ADLA, 1881-1888, 497), tampoco regula sus efectos de los que se ocupan los arts. 72 a 80 de la misma ley, no regula tampoco la tenencia de los hijos menores, los alimentos y la exclusión del hogar conyugal de uno de los cónyuge intertanto se sustancie el divorcio ya que lo hacen los arts. 68 y 68 bis de la ley de matrimonio; simplemente, regula

un proceso especial (especialísimo diría yo) que el legislador ha considerado como más adecuado para satisfacer la pretensión de divorcio cuando ambos cónyuges estén de acuerdo en solicitarlo y estos casi diecisiete años de vigencia han demostrado palmaria y acabadamente su eficacia, bastando reparar en que prácticamente se ha puesto fin a una engorrosa y extensísima litigiosidad matrimonial; los justiciables en más del 95 % de los casos acuden a este proceso y en cuatro meses obtienen la satisfacción de su pretensión.

Esta norma procesal contenida en la ley de fondo constituye un ejemplo típico de inescindibilidad de la regulación sustancial y formal que ha conducido, precisamente, a la reiterada declaración de constitucionalidad de las normas de este tipo a pesar de que la regulación procesal es materia no delegada conforme lo dispone el art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional, porque la atipicidad de este proceso se asienta sobre características propias del divorcio, por eso el art. 67 bis regula un proceso especial por razones jurídico-materiales.

Es un proceso, por cuanto se realiza ante un juez en cuanto tal, o sea, que ha de valorar y decidir conforme a derecho, esto es: ha de juzgar si realmente existen o no causas graves que hacen imposible la vida en común como dice la norma, por ello no basta el simple consentimiento o coincidencia de los cónyuges, el acto propio jurisdiccional es indispensable para obtener el emplazamiento en el estado de divorciados simples; por eso no es exacta la denominación tan en boga de divorcio por mutuo consentimiento o mutuo acuerdo, porque el acuerdo debe existir, indeficientemente, y aun mantenerse a lo largo del proceso, pero no basta por sí solo, que si bastara bien, podría prestarse ante el mismo oficial público ante quien se obtuvo el emplazamiento matrimonial, pero esto no puede ser porque falta lo fundamental: el acto propio jurisdiccional, el juzgamiento que conduce a la satisfacción de la pretensión (actuándola o denegando su actuación), pero satisfaciéndola siempre, en el sentido técnico y no vulgar del término; pero el juzgamiento es lo propio del proceso judicial, por tanto la denominación que me parece más

acertada es aquélla que menciona la característica que singulariza a este proceso especial: divorcio por presentación conjunta o divorcio por petición conjunta.

II. PROCESO ATÍPICO

Escribe Mauro Cappelletti que el proceso no es un fin en sí mismo, es un instrumento y es el instrumento excogitado al objeto de componer las litis garantizando la efectividad –la observancia, y la reintegración para el caso de inobservancia del derecho sustancial (1).

El divorcio por presentación conjunta es un proceso "atípico", usando la terminología de la casación provincial, pero que en general participa de las notas definitorias del proceso contencioso (2): la pretensión que se ejerce conjuntamente es la de divorcio, pero detrás hay un conflicto matrimonial que sólo podrá ser compuesto por la actividad jurisdiccional del juez, ya sea, conciliándolos en las oportunidades que marca la ley o bien decretando el divorcio cuando según su ciencia y conciencia las causas sean de tal gravedad que hacen imposible la vida en común; el juez decide, pero decide sobre las alegaciones no hay actividad de constancia ni actividad probatoria (3).

El juez -ha dicho la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires- no homologa simplemente el acto procesal bilateral formulado en la presentación, su decisión no le da tampoco autenticidad ni certifica la existencia de meros requisitos formales, ya que una cosa es -como, decía Lascano que : "las partes conozcan y estén de acuerdo acerca de la solución que corresponda dar a la litis y otra es que puedan solucionarla directamente, cuando les está vedado hacerlo"(4), veda que aparece expresamente dispuesta por el art. 66 de la ley de matrimonio: "*no hay divorcio sin sentencia judicial que lo decrete*".

De ahí que su conocimiento corresponda a los jueces, con exclusión de todo otro órgano y a los jueces civiles conforme lo dispone el art. 102 de la ley de matrimonio, siendo el competente el del último domicilio conyugal en virtud de lo dispuesto por el

art. 104, 1er. pár. de la misma ley, considerándose tal el que tenían los esposos al tiempo de la separación según la precisa fórmula empleada por el inc 8° del art. 5° del Código Procesal (t. o. ley 22.434 -ADLA, XLI-C, 2975-).

La demanda se presenta por escrito (art. 330 Cód. Procesal) pero con una fundamental diferencia con respecto a los requisitos exigidos en el régimen general que, adherido a la teoría de la sustanciación exige que los hechos en que se funde la pretensión, esto es, aquellos acaecimientos de la vida que la delimitan o acotan, sean explicados claramente (inc. 4°); en el proceso de divorcio por presentación conjunta la ley sólo exige la manifestación de la existencia de causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, no hay alegaciones fácticas de introducción, en la demanda no se exponen los hechos.

La aportación de datos, esto es, la actividad de alegación corresponde a la oportunidad de la primera de las audiencias que prevé la norma con las siguientes características: oral, personal, reservada y con prohibición de constancia.

Los datos se comunican verbalmente con la oralidad más pura, ya que las manifestaciones de los cónyuges "*no constarán en el acta*", característica de particular incidencia en el proceso de impugnación y que adquiere singular relevancia ante la supresión de la actividad probatoria, ya que en este proceso atípico el convencimiento del juez se obtiene pura y exclusivamente a través de la actividad de alegación, el juez maneja puramente el dato comunicado sin posibilidad de contar con ningún otro elemento para formar su convicción, en el caso restringida a la valoración de su gravedad porque los datos se tienen por ciertos.

Debe ser realizada personalmente por las partes que no pueden hacerse representar por abogados, ya que si ambos cónyuges no comparecen personalmente, el proceso se extingue sin llegar a su terminación.

No rige, el principio constitucional de publicidad que consagra el art. 157 de la Constitución Provincial, ya que tiene carácter reservado (art. 125, inc. 1°, Cód. Procesal), limitación que debe ser entendida sin exageraciones carentes de sentido,

porque desde luego esta reserva, obviamente, no puede alcanzar al juez y a quienes figuran como partes y tampoco a los abogados de los cónyuges, que son los primeros jueces del asunto y han adquirido conocimiento de los motivos antes que el titular del órgano jurisdiccional han hecho su valoración profesional y lo han encontrado en principio graves, asumiendo la dirección letrada. De modo que, llevar la reserva exigida por la norma a los abogados significa falsear el concepto al divorciarlo de la realidad.

Reserva que tampoco alcanza a los agentes fiscales en la Capital Federal y en la Provincia de Buenos Aires antes de la reforma introducida al inc. 2º del art. 78 de la ley 5827 por la ley 9354 (ADLA, XV-B, 1117; XXXIX-C, 3187).

III. INTERVENCION DEL AGENTE FISCAL

El agente fiscal en la Provincia de Buenos Aires no debe intervenir en los procesos de divorcio; ello así, de conformidad con lo dispuesto por el art. 78 de la ley 5827 (texto actual), porque sólo debe hacerlo en aquellas causas en que su intervención sea expresamente requerida por la ley, agregando el artículo, que deberá abstenerse de hacerlo en todos los casos en que la intervención del Ministerio Fiscal sea requerida sin fundamento legal. Es decir, que la intervención de este ministerio supone una norma legal que expresamente le confiera legitimación para actuar, legitimación entendida como la aptitud específica para actuar en determinada clase de proceso; si la tal norma no existe debe abstenerse de actuar.

La ley de matrimonio trae diversas disposiciones expresas referidas a la intervención del agente fiscal en materia matrimonial, pero ninguna en materia de divorcio que la propia ley organiza (por ejemplo: arts. 9 inc. 4, 24, 32, 34, 36 de la misma ley y 14 de la ley 14.394 -ADLA, XIV-A, 237-).

Las normas procesales no contienen una norma general que disponga la intervención, sino que regula de un modo "muy circunstancial" la misma; pero el artículo que sí lo legitimaba para actuar en los divorcios era el art. 78 inc. 2º de la ley

5827 al disponer que correspondía a los agentes fiscales intervenir en los juicios de divorcio (5), hasta ahí no había duda estaba legitimado para actuar; pero cuando la ley 9354 modifica ese artículo estableciendo que "*Corresponde a los agentes fiscales:...A.- En materia Civil y Comercial: intervenir exclusivamente en aquellas causas en que la participación del Ministerio Fiscal, por su fuero, sea expresamente requerida por las leyes, debiendo abstenerse de hacerlo en todos los casos en que la intervención sea requerida sin fundamento legal*" y tal la forma en que se ha redactado, veda -a mi ver-, su intervención en los juicios de divorcio (6).

No puede sostenerse que la razón de su intervención se halla en el art. 151 del Código Procesal, ya que este artículo no le confiere legitimación, sino que se limita a establecer las "oportunidades" en que corresponde darles vista y así lo dijo la Casación Provincial vigente el antiguo artículo texto del art. 78 de la ley 5827: "El art. 78, inc. 2º de la ley orgánica de tribunales 5827...dispone que los agentes fiscales deben intervenir en los juicios de divorcio, regulando, el art. 151 del Cód. Procesal las *oportunidades* de esa intervención" (del voto del doctor Peña Guzmán en causa acuerdo núm. 22.065) (7). Más tarde, en el mes de octubre de 1980, en causa acuerdo núm. 28.626 (8), el mismo tribunal se expide por la intervención del ministerio fiscal en los juicios de divorcio, estableciendo que el art. 151 del Cód. Procesal satisface el recaudo del art. 1º de la ley 9354. Contradice este pronunciamiento el anterior, en donde con toda claridad marcó las diferencias entre la legitimación y la oportunidad, y, llevando la palabra el doctor Gnecco al votar en la misma causa, agregó que, la intervención deviene impuesta, porque en todas las normas del derecho de familia está interesado el orden público.

Pienso, en primer lugar, como decía el maestro Clemente Díaz (9), que la defensa del orden público se halla suficientemente amparada por la intervención del juez y en segundo lugar, porque el ministerio fiscal no es un representante de la ley, de la sociedad o del interés público, pues éstos no son entes que puedan

personalizarse y por ello disfrutar de una verdadera representación, sino que se trata de un órgano específico al cual, por mandato expreso de la ley, se le confiere la misión de interponer pretensiones o de oponerse a ellas ante el órgano jurisdiccional, en vez o además de la actividad que en este sentido desarrollan las partes en aquellos casos, taxativamente determinados, en los cuales el Estado no quiere abandonar a la iniciativa particular la existencia de una pretensión o de una oposición a la misma, sin renunciar tampoco al mecanismo procesal con su característica dualidad (10).

Ambas salas de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Martín se han expedido a favor de la intervención del agente fiscal con fundamento en el mismo art. 151 del Cód. Procesal, pero agregando que, los agentes fiscales no están obligados a dictaminar "sino a tomar conocimiento de las actuaciones en resguardo del orden público", agregando "con la consecuencia prevista en la última parte del art. 150 del código ritual"(11). La última parte del art. 150 del Cód. Procesal dice que toda resolución dictada previa vista o traslado deviene inapelable para el que no la haya contestado; entonces, no entiendo como pueda sostenerse que las actuaciones van para que tome conocimiento pero no es obligatorio que dictamine y al mismo tiempo aplicarles la sanción que prevé la última parte del art. 150 del Cód. Procesal si no dictamina. Por lo demás, nuestro ordenamiento procesal, positivo y vigente, prevé que los procesos van en vista a los Ministerios Públicos para que dictaminen con todas las consecuencias procesales que de ello se deriva tal como lo dispone el art. 159 del Cód. Procesal o, van para que se notifique simplemente, conforme lo dispone el art. 135 del Cód. Procesal pero no hay una tercera categoría de remisión.

Pero hay dos fundamentos más en apoyo de esta tesis. Toda la doctrina nacional se encuentra orientada por la supresión de la intervención del ministerio fiscal en los procesos civiles y fue precisamente que, el legislador para hacerse eco de tal posición decide modificar el art. 78 de la ley 5827, baste para ello con leer los fundamentos de la ley 9354 al decir: "la reforma al art.

78..., que regula la intervención del agente fiscal, responde a una clara definición de política jurídica sobre la actuación del referido funcionario. En tal orden de ideas, en materia civil y comercial, se establece que el agente fiscal intervendrá solamente en aquellos supuestos contemplados por la legislación vigente, eliminándose de tal manera la casuística del texto derogado, que preveía vistas consideradas superfluas por un calificado sector de la doctrina nacional".

El otro fundamento lo constituye el plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal. Las Cámaras en pleno el 15 de julio de 1977(12), se expidieron a favor de la intervención de los agentes fiscales en el divorcio por presentación conjunta, ello así porque el art. 119, inc. 6° de la ley 1893 (ley orgánica de los tribunales de la Capital Federal -ADLA, 1881-1888, 200-, es decir, la igual a la ley 5827 provincial) expresamente dispone que el fiscal debe intervenir en los divorcios, nótese que el inciso al que me vengo refiriendo es del mismo tenor que el derogado inc. 2° del art. 78 en su parte respectiva, agregando que, deberá intervenir hasta tanto ese artículo no se derogue.

IV. RECEPCION DE LAS AUDIENCIAS

En suma, el carácter reservado de esta primera audiencia de alegación y de conciliación no alcanza al juez, a los cónyuges, a sus letrados, y, en la Capital Federal no alcanza al agente fiscal que reviste calidad de parte por disposición expresa de la ley.

Esta primera audiencia además de recoger la actividad de alegación es también de conciliación, porque es deber del juez procurar conciliar a los cónyuges como dice la norma y si fracasa la conciliación debe convocarse otra audiencia dentro de un plazo no menor de 2 meses ni mayor de tres, pues tiene estricto carácter, conciliatorio.

Si la ley dispone recibir audiencia, no pueden las partes pretender»suplir la segunda audiencia con un escrito, porque las partes no pueden alterar las formas procesales expresamente impuestas por la ley. Ello es así no sólo porque las formas

procesales son indisponibles, no sólo porque toda regulación procesal es de orden público en tanto reglamentación de la garantía constitucional de la defensa en juicio sino, fundamentalmente, porque aceptar aquella alteración importa soslayar el rol activo que para procurar el avenimiento y juzgar debe realizar el juez personal e indelegablemente.

Si no se celebra la segunda audiencia con la presencia de ambos cónyuges personalmente ante el juez, no se cumplen los recaudos establecidos por el art. 67 bis de la ley de matrimonio y, por consiguiente, no es posible dictar sentencia.

Esta norma impone al juez los deberes de oír a las partes y procurar conciliarlas, establece que los mismos han de observarse en forma de audiencia e impone a los peticionantes la carga de comparecer personalmente, sólo en el caso de que en la segunda audiencia el juez no logre avenir a los esposos y siempre que éstos mantengan su voluntad común, manifestada en la inicial presentación conjunta y en las dos audiencias, podrá decretar la separación personal.

Es patente que la norma al disponer textualmente que si la segunda audiencia "resultare estéril porque no se logra el avenimiento", está asignando personal e indelegablemente al magistrado un rol activo para procurar la conciliación; las dos audiencias tienen por objeto que el juez procure tal conciliación allanándoles las dificultades por las que atraviesan, según ha declarado reiteradamente la casación provincial (13).

La necesidad de la presencia de ambos cónyuges en la segunda audiencia como presupuesto indeficiente para el logro del avenimiento a que alude la norma, viene señalado por mayoritaria doctrina y jurisprudencia (14). Borda(15) sostiene que, llegado el momento de la segunda audiencia, bastará con que cualquiera de las partes presente un escrito ratificando su voluntad de separarse, agregando que, el espíritu de la ley no es otro que darles a las partes un período de reflexión: pero luego agrega "fracasado el segundo intento de conciliación, el juez decretará la separación"; sí basta con un escrito no advierto cómo puede intentar conciliar a los cónyuges y que tal intento fracase, pues por medio de un

escrito no me parece que en rigor pueda intentarse nada, tampoco me parece posible prescindir de la forma expresamente impuesta por la ley invocando su espíritu, ya que es principio recibido que toda interpretación debe partir de la ley misma, de modo que, cuando es clara se debe aplicar su texto, ya que éste revela la voluntad legislativa.

Es necesario que ambos cónyuges mantengan su voluntad de separarse hasta la oportunidad de la segunda audiencia, momento hasta el cual pueden desistir del pedido, porque aquí a diferencia de lo que ocurre con los principios generales (art. 304, Cód. Procesal), basta el desistimiento de uno solo de los cónyuges para declarar extinguido el proceso porque el consentimiento es un requisito esencial.

Las Cámaras Nacionales Civiles en reciente plenario del 30 de agosto de 1985 –modificando el de fecha 31 de marzo de 1980– (16) y (17) establecieron que uno de los esposos no puede desistir del juicio de divorcio tramitado de acuerdo con la norma del art. 67 bis de la ley de matrimonio, luego de haberse celebrado las dos audiencias que ella prescribe y antes de la sentencia. Criterio que ya había sido sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en causa acuerdo núm. 19.521 y por la Cámara de Apelación Civil y Comercial de San Martín (18).

Sostengo entonces, que ambas audiencias son conciliatorias, que deben ser tomadas personal e indelegablemente por el juez y si fracasa el segundo intento de conciliación el juez dictará sentencia cuando, según su ciencia y conciencia, los motivos alegados por las partes sean de tal gravedad que hagan imposible la vida en común.

La ley no determina cuáles son los motivos graves, pero debe entenderse que ello queda librado al prudente arbitrio judicial, no siendo necesario como a veces se ha sostenido que se trate de las causales previstas en el art. 67 de la ley de matrimonio.

Si bien los jueces están obligados a motivar sus sentencias conforme lo dispone el art. 163 en sus incs. 3° y 4° del Cód. Procesal, el art. 67 bis consagra una excepción a tal principio al disponer una absoluta reserva sobre los hechos que dan origen a la

separación, el juez se limitará a actuar la pretensión si encuentra que según su ciencia y conciencia los motivos son de tal gravedad que hacen imposible la vida en común, caso contrario denegará la actuación de la pretensión.

La sentencia, una vez consentida, adquiere la calidad de cosa juzgada material, tal como también lo ha declarado la Suprema Corte de Justicia Provincial (infra 2) y, al ser constitutiva de estado, debe inscribirse en el Registro de las Personas conforme lo dispone el art. 105 de la ley de matrimonio (art. 66 del Dto-ley 2304/63 y art. 1º ley 7309 -ADLA, XXVII-B, 2111-).

V. ATRIBUCION DE CULPA

Esta decisión -dice la norma- tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos y me parece muy claro que la ley prevé el supuesto que la sentencia no se expida sobre la culpa de alguno de los cónyuges, esto es, no contiene limitación expresa del ámbito de cognición del juez vedándole declarar la culpa de uno de los cónyuges si ambos están de acuerdo y el juez lo juzga pertinente.

Si la norma vedara expresamente esta posibilidad, nada habría que discutir frente a la obligación de fallar conforme al texto expreso de la ley (art. 159, Constitución Provincial); es en virtud del silencio de la ley que se produce la polémica en cuanto a la posibilidad de formular una declaración no prohibida y que a lo largo del tiempo se ha exhibido como necesaria, porque en mi opinión el legislador de 1968 si guardó silencio fue porque pensó que no era necesaria la atribución de culpa o, por lo menos, importante, y que no quedaban márgenes de interés que la hiciera necesaria, pero desde el ángulo previsional sonó la primera campana de alerta cuando se advirtió que el derecho a pensión del cónyuge divorciado correspondía a la mujer si era inocente del divorcio y lo vedaba si era declarada culpable, resultando claro que aquellos efectos de la culpa de ambos, generaban una situación de irritante injusticia, de ahí que se buscó la salida y se dijo que, si había quedado a salvo el derecho a percibir alimentos por

parte de la mujer, debía considerársela inocente, que no deja de ser una salida, pero que exhibe bien a las claras la conveniencia de abrir la posibilidad de pronunciamiento sobre la culpa en la sentencia de divorcio dictada en el proceso que regula el art. 67 bis de la ley de matrimonio y negar los beneficios que importa la sustanciación del divorcio por la vía de este proceso especial obligando a las partes a acudir al ordinario es realmente provocar un efecto no querido por la ley.

La doctrina se pronuncia mayoritariamente (19) en favor de la posibilidad de la declaración de culpa y la jurisprudencia se encuentra dividida, habiéndose pronunciado la Suprema Corte de Justicia Provincial (20) en significativa coincidencia con los argumentos de la mayoría y minoría del plenario de las Cámaras Civiles de la Capital (21).

La Corte Provincial, por mayoría, concluyó que el art. 67 bis de la ley 2393 sólo crea un régimen específico de separación personal por presentación conjunta que no faculta al juzgador a expedirse sobre la culpa, ni decretar que la separación de los cónyuges accionantes haya ocurrido por exclusiva culpa de uno de ellos, porque dicho artículo "se ha cuidado especialmente de sustraer al juez la facultad de atribuir culpas", agregando que, ello significaría desconocer lisa y llanamente las prescripciones del art. 70 de la ley de matrimonio en que se prohíbe de manera expresa admitir la prueba confesional; ya señalé que en mi leer del artículo, no resulta sustraída especialmente tal facultad al juez y si algo resulta novedoso en la regulación de este proceso es la supresión de la actividad probatoria, de modo que el juez no valora pruebas, sino directamente las alegaciones, resultándome incomprensible la referencia a la prohibición del art. 70 de la ley de matrimonio.

La minoría por la que llevara la palabra el Dr. Ibarlucía, en voto al que adhirieron los doctores Colombo y Renom, sostiene que la declaración de culpa contribuye al sinceramiento de un proceso que ha tenido su origen en la falta de quien, con honestidad y quizás con sacrificio de alguna expectativa, se arrepiente en alguna medida y en un gesto último de lealtad y buena fe reconoce

que su cónyuge no tiene culpa en el fracaso matrimonial, agregando que, no admitir esta posibilidad, es poner al cónyuge inocente ante la alternativa de admitir una propia culpa inexistente como solución rápida pero vejatoria o embarcarse en el procedimiento largo, psicológicamente gravoso, del divorcio contradictorio.

Es que, como bien se destaca, si algo positivo tiene el art. 67 bis es constituir una válvula de escape para situaciones que otrora debían solucionarse a través de medios insinceros y por lo tanto moralmente objetables. La ley no reglamenta pero tampoco prohíbe, que los cónyuges estén de acuerdo en que se decrete el divorcio por culpa de uno solo de los cónyuges y el juez puede denegarlo si lo considera injustificado; la ley lo que no quiere es que salgan a la luz las causas del fracaso matrimonial, pero nada más, y la propia norma ha previsto situaciones que apuntan a la culpa de uno de los cónyuges, por ejemplo: tenencia de hijos, alimentos, etc. No se infringe tampoco el orden público, porque éste en materia matrimonial está constituido por la conformación legal de la institución, inderogable por los particulares al decir del artículo 21 del Código Civil, pero cuando la propia ley prevé que los cónyuges por presentación conjunta pueden pedir el divorcio sin recurrir a la demostración de los hechos, pueden otorgarse alimentos, pueden convenir la tenencia de los hijos, pueden disponer de los bienes, parece un contrasentido permitir eso y sostener que la atribución unilateral del culpa vulnera el orden público. Tampoco se infringen las disposiciones del art. 848 del Código Civil que prohíbe la transacción sobre derechos eventuales de la sucesión y del art. 1175 del mismo código que no puede ser objeto de contrato una herencia futura, ya que en rigor no se convendría nada sobre herencia futura sino sobre vocación hereditaria, que es cosa bien distinta.

La ley no exige que los hechos que hacen moralmente imposible la vida en común provengan de la acción conjunta de ambos cónyuges, por lo que no es lícito afirmar que el solo hecho de participar en el consentimiento de la vía procesal a seguir implique un reconocimiento de la propia culpa: dice la ley "*tendrá los mismos efectos*", esto no necesariamente significa que ambos

cónyuges sean culpables: no hay que confundir culpas con asimilación de efectos, lo que la ley presupone es que al menos uno de los cónyuges es culpable, porque de no ser así, el divorcio carecería de sustento fáctico.

Tenemos en nuestra legislación dos procesos: el contradictorio o el de presentación conjunta, estas dos vías existen pero no hay en la ley ninguna indicación de que no pueda elegirse la más constructiva para la pareja, para los hijos y para la función judicial.

Pienso, en suma, que la evolución de la jurisprudencia, entendida como la indeclinable elaboración de soluciones cada vez más justas y adecuadas a los requerimientos legítimos de la sociedad a cuyo servicio se encuentran los jueces, ha de reencauzarse por el rumbo que marcan los pronunciamientos que hoy aparecen en minoría (22).

VI. APELABIIDAD DE LA SENTENCIA

Otro de los arduos problemas que nos exhibe la práctica judicial es si es apelable la sentencia que deniega la pretensión de divorcio, es decir, cuando el juez entendió que los motivos alegados por las partes no son lo suficientemente graves para hacer imposible la vida en común.

Sostengo que el art. 67 bis es una norma procesal que regula un proceso especial por razones jurídico-materiales destinado a satisfacer la pretensión de divorcio cuando ambos cónyuges coincidentemente reclaman su satisfacción, pero esta norma no modifica la regulación de fondo en punto al divorcio.

El recurso de apelación, procede -reza el art. 242 del Cód. Procesal-, salvo disposición expresa en contrario, contra las sentencias definitivas. No hay dudas respecto a que ésta es una sentencia definitiva y que la norma procesal del art. 67 bis no consagra su inapelabilidad, es decir, no hay norma expresa en contrario.

Es cierto que la doble instancia no tiene raigambre constitucional, pero también lo es que nuestro derecho procesal,

positivo y vigente la previó como garantía legal de mejor justicia tornándose los procesos de única instancia en la excepción y se encuentran previstos en forma expresa por la ley.

La falta de actividad de constancia o de actividad probatoria no es óbice para fundar la imposibilidad de revisión por la alzada, porque en este proceso no hay una revisión como imponen las normas procesales para los supuestos típicos de apelación que supone verificar el acierto o error del juez al valorar los actos instructorios, sino que, y aquí hay otra diferencia con el régimen general: el art. 67 bis supone un novum iudicium, hay una renovación del proceso primitivo hecha en términos sustancialmente no diferenciados (23).

En este proceso especial el elemento subjetivo y el personal enfoque ético-psicológico del magistrado de primera instancia tiene una gran relevancia, los motivos alegados por las partes en la primera audiencia pueden ser lo suficientemente graves y el juez rechazar la pretensión y la única solución que tienen las partes es la apelación. Esto también significa una efectiva actuación del principio de economía procesal porque antes que los interesados acudan a otro juez formalizando una nueva pretensión, es preferible que se agote tal posibilidad en la alzada.

No interesa que los cónyuges magnifiquen los hechos o den una, versión distinta a la de primera instancia, porque la Cámara no juzga el acierto o desacierto del juez, sino, simplemente si los hechos alegados son de tal gravedad que hacen imposible la vida en común, el riesgo de que falten a la verdad, también se corre en primera instancia y cuando más se cercene el derecho de apelar más posibilidades hay de que se falte a la verdad.

La posibilidad de apelar la sentencia denegatoria del divorcio ha sido sustentada por minoritaria doctrina, a la que adhiero (24) y, por la minoría del plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal (25).

La ley 7861 del año 1972 (ADLA, XXXII-B 2476) (26), que consagró la oralidad en la Provincia de Buenos Aires, permitía que los cónyuges optaran en el escrito inicial del proceso por presentación conjunta, por un juez, el llamado juez del trámite,

ante quien se iba a sustanciar y luego iba a sentenciar el divorcio, pero preveía que la sentencia que el juez del trámite dictara era susceptible de recurso de reconsideración ante el tribunal en pleno (art. 830); nadie dijo, cómo iban a hacer si la ley no preveía la forma, pues ésa no era otra que una nueva audiencia para que el tribunal en pleno escuchara a los esposos sobre las causas graves.

No puede argumentarse, como se ha hecho, que no corresponde la apelación porque no se previó el procedimiento. El recurso debe ser concedido sin la calificación a que alude el art. 243 del Cód. Procesal; elevado el expediente, la Cámara haciendo uso de las facultades que le confiere el propio art. 67 bis convoca a una audiencia a la que deben comparecer las partes personalmente, en esta oportunidad los esposos expondrán al tribunal, en forma verbal y reservada, sin que quede constancia alguna en acta, los motivos graves que tornan imposible la vida en común, luego de lo cual la Cámara dictará sentencia valorando simplemente la gravedad de las alegaciones según la ciencia y conciencia de los señores magistrados.

(1) CAPPELLEITI, Mauro, "El proceso civil en el derecho comparado", p. 17, Ed. Jurídicas Europa América.

(2) Ac. 19.521, 28/5/74, "D. de M., A.M.F. c, M.,H.J.L.", divorcio y tenencia, Rev. LA LEY, t. 156, p. 476; REIMUNDIN, "El artículo 167 bis de la ley 2393 y el régimen del divorcio", J.A., 1972-Doctrina, p. 735; MORELLO, "Carácter contencioso del proceso de separación personal por mutuo consentimiento", J.A. 1968-VI-381; SOSA, "El artículo 67 bis de la ley de matrimonio civil, desde el punto de vista procesal", Revista Argentina de Derecho Procesal, 1970, p. 214; FASSI, "Código Procesal Civil y Comercial", t. III, p. 510, núm. 3162.

(3) DI IORIO, "Temas de derecho procesal", El concepto de jurisdicción, ps. 3 y siguientes.

(4) LASCANO, "Jurisdicción y competencia", pág.48, 1944.

(5) Art. 78 de la ley 5827: "Corresponde a los agentes fiscales: ...2) intervenir en los juicios sobre oposición, nulidad de matrimonio,...divorcio,... y en todo asunto relativo al estado civil de las personas".

(6) ADLA, XXXIX-C, 3187.

(7) 23/11/76, Rep. LA LEY, t. XXXVII, A-I, p. 650, sum. 83.

(8) 21/10/80, D.J.J.B.A., t. 120, p. 79; E.D., t. 92, p. 819

(9) DIAZ, "Instituciones de derecho procesal", t.II, V.A., p. 495.

(10) Cám. Civ. Y Com. Morón, sala I, c. 6710; Sensus, XXVI-491; GUASP, "Derecho procesal civil", t.I, p. 162, 3; PALACIO, "Derecho procesal civil", t. II, p. 586.

(11) Sala I, c. 10.005; Sala II, c. 10.076.

(12) "C.E.J. y otra", Rev. La Ley, t. 1977-D, p.352; t.1977-B, p.433; t.1977-C, p.352

(13) Ac. 22.605, infra 7

(14) "Obligatoriedad de la asistencia de los cónyuges a la segunda audiencia que prevé el art. 67 bis", nota de A. R. en Revista Argentina de Derecho Procesal, 1971, p. 57; AYARRAGARAY, "El artículo 67 bis", en la misma revista, 1969, p.464, 9ª; Belluscio, "El divorcio por mutuo consentimiento", Rev. La Ley, t. 130, p.988 y "Código Civil...", t. I, p. 772, nº8; CRESPI, "Ley de matrimonio civil", Examen y Crítica de la reforma al Código Civil, t. 4, vol. I, Familia, p.146 "d"; ESCRIBANO, "Divorcio Consensual", p. 49, nº 13; GOYENA COPELLO, "Es apelable la sentencia dictada en un juicio de divorcio por mutuo consentimiento" Rev. La Ley, t.136, p. 1342, nota 16; HERMIDA, "La segunda audiencia que prescribe el art. 67 bis de la ley de matrimonio civil, desde el punto de vista procesal", Rev. Arg. de Derecho Procesal; 1970, p.225; ZANNONI, "Derecho de Familia", t. II, p. 636; MAZZINGHI, "Sobre la presencia personal de los cónyuges en la segunda audiencia por presentación conjunta", Revista La Ley, t.1977-C, p.227; MIRAS, "Sobre asistencia personal de los cónyuges a la segunda audiencia del procedimiento por presentación conjunta", E.D., t.86, p. 879; LLAMBIAS, "Código...", T.I, p.609, nº13; S.C.B.A., D.J.J.B.A., t.110, p.38; J.A. 1977-II, p.573; Cám. Apelac. Morón, Sala II,

Rep. La Ley, 1978-C, p. 92, fallo 75.974; Cám. C. y C. San Isidro, S. I, Rev. La Ley, t. 137, p. 452.

(15) BORDA, "Familia", t. I, p. 394, núms. 508-4.

(16) "M.V.C. y F.S.", Rev. La Ley, t. 1985-D, p. 333.

(17) "Cerrato, Angel y otra", Rev. La Ley, t. 1980-B, p. 251.

(18) Tribunal de Jurisprudencia de San Martín. 13/7/82, p. 4.

(19) REIMUNDIN, "El art. 67 bis de la ley 2393 y los efectos del divorcio", J. A. 1972-Doctrina, p. 735; MANCUSO, "El art. 67 bis de la ley de matrimonio civil", en Examen y crítica de la reforma al Código Civil", t. 4, Vol. I, p. 191; MORENO DUBOIS, "Carácter del efecto atribuido a la sentencia de divorcio por presentación conjunta", Rev. LA LEY, t. 143, p. 443; COYENA COPELLO, "Divorcio por mutuo consentimiento", ps. 26, 27, pár. b, 1969, y "El reconocimiento unilateral de culpa en el divorcio por mutuo consentimiento", Rev. LA LEY, t. 150, p. 128; MUÑOZ, "El régimen de la culpa en el art. 67 bis de la ley de matrimonio civil", J. A., 1974-Doctrina, p. 594; CRESPI, "Ley de matrimonio civil", en Examen y crítica de la reforma del Código Civil, t. 4, V. 1, p. 125; MENDEZ COSTA, "Divorcio por presentación conjunta. Reconocimiento unilateral de culpa", J.A. 18-1973, p. 566; LLAMBIAS, "Ley 17.711. Reforma del Código Civil", J. A. 1969-Doctrina, p. 124, núm 11; BORDA, "la reforma del Código Civil: Divorcio por presentación conjunta". E.D. t. 32, p. 875, núm.5; GUASTAVINO, "La posibilidad de reconocimiento de culpa exclusiva antes y después de la separación judicial de los esposos", Rev. La Ley, t. 143, p. 192; "Nuevamente sobre la adjudicación de los efectos de la culpa a uno solo de los cónyuges en el juicio de separación consensual ". Rev. La Ley, t. 15, p. 498; ZANNONI, "Derecho de Familia". T. II, p. 648, en J.A., 25-1975, p. 395 y en Rev. La Ley, t. 150, p. 378; BELLUSCIO, "Derecho de Familia", t. III, p. 624; PALACIO, "Derecho Procesal Civil", t. VIII, p. 337, "V., A. y F., A. Div." (art. 67 bis).

(20) Ac. 23.411, 19/12/78, Rev. LA LEY, t. 1979-A, p. 285.

(21) 18/5/77, Rev. LA LEY, t. 1977-B, p. 433.

(22) 1º Instancia Civil, nª 11, E.D. t. 54, p. 379; 1º Instancia Civil, nº 17, E.D., t. 48, p. 382; 1º Instancia Civil y Comercial,

Mar del Plata, Juz. núm. 3, E.D., t.48, p. 384; Cám. Civ., Sala A, voto doctor Moncayo, Rev. La Ley, t. 1976-D, p. 7; Cám. Civ., Sala F, voto Dr. Durañona y Vedia, Rev. La Ley, t. 1976-D, p. 36; Cám. Apel. C.C. Concepción del Uruguay, Sala II, J.A., 1982-II, p.311.

(23) GUASP, "Derecho procesal civil", t. II, ps. 730, 1.

(24) BORDA, "Familia", t. 1, núm. 508 y "La reforma del Código Civil por presentación conjunta", E. D., t. 32, p. 980; LAGOMARSINO, "Divorcio por presentación conjunta", p. 32; BELLUSCIO, "Recurso de apelación contra la sentencia que deniega el divorcio por mutuo consentimiento", Rev. LA LEY, t. 138, p. 255, "Derecho de familia", t. III, p. 514; QUESADA ZAPIOLA, "Un divorcio de común acuerdo que no es tal", Rev, LA LEY, t. 131, p. 1297; BRODSKY, "La materia procesal en el art. 67 bis de la ley de matrimonio civil. Audiencias. Asistencia letrada. Sentencia. Recursos de apelación. Trámite de segunda instancia", Rev. LA LEY, t. 135, p. 897; VERA TAPIA, "Procedimiento en segunda instancia en `la apelación de la sentencia en juicio de divorcio reglado por el art. 67 bis", Rev. LA LEY, t. 140, p. 915; COLOMBO, "Códigos...", t. III, p. 772; PIATIGORSKY, "La sentencia dictada en el juicio de divorcio por mutuo consentimiento es apelable", Rey. LA LEY, t. 139, p. 937; SALAS, "Código...", t. 1, p. 106; FASSI, "Código...", t. III, p. 516.

(25) 20/7/72, "B. de O., M. y O., C. F.", Rev. LA LEY, t. 147, p. 392.

(26) Ley 7861, art. 1º (ADLA, XXXII-B, 2476) agregó como libro VIII a la ley 7425 los arts. 827 a 844, derogada por la ley 9200 (ADLA, XXVIII-C, 3960; XXXVIII-D, 3725).