

Voces: DIVORCIO ~ AUDIENCIA ~ CONVIVENCIA CONYUGAL ~ CONYUGE ~ NACIMIENTO ~ HIJO ~ DESISTIMIENTO ~ DESISTIMIENTO DEL PROCESO ~ DIVORCIO POR PRESENTACION CONJUNTA ~ RETROACTIVIDAD DE LA SENTENCIA ~ EFECTO RETROACTIVO ~ EFECTOS DE LA SENTENCIA ~ PRUEBA

Título: Audiencias en el divorcio

Autor: Bosch Madariaga, Alejandro F. (h.)

Publicado en: DJ09/09/2015, 21

Fallo comentado: [Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I ~ 2014-11-26 ~ L., R. I. y A., M. A. s/ divorcio vinc. mutuo acuerdo, disoluc. y liq. de la soc. conyugal p/ rec. ext. de inconstit. - casación.](#)

Cita Online: AR/DOC/2174/2015

Sumario: I. Introducción.- II. Validez de la Segunda Audiencia.- III. Nacimiento de un hijo Deber de Convivencia.- IV. Retroactividad

I. Introducción

El presente fallo consiste en que se transforma un divorcio contencioso en UN mutuo acuerdo. Se habrían celebrado las dos audiencias que fija el artículo 236 CC, Supuestamente ambas audiencias se concretaron, sin embargo no se habría celebrado la segunda, del expediente surge que falta una foja, las partes no piden que se dicte sentencia.

Transcurrieron cuatro años sin que el expediente tuviera movimiento, presentándose una de las partes manifestando que desiste del juicio, dicha petición es rechazada. El Tribunal en su resolución deniega el pedido atento a que ya se celebraron las dos audiencias.

El marido pide el dictado de la sentencia. En el lapso de esos cuatro años de quietud (del expediente) nace un hijo.

El Tribunal dicta sentencia fijando los efectos con el dictado de la última sentencia.

II. Validez de la Segunda Audiencia

a) Los cónyuges concurren a la 2º audiencia, una de las partes desiste unilateralmente siendo considerado por el Tribunal improcedente dicho desistimiento.

El artículo 236 CC establece dos audiencias de conciliación, la más importante es la primera, sin perjuicio de ello en ambas busca conciliarlas. Lo manifestado por los cónyuges tiene carácter reservado y no consta en el acta.

En el fallo objeto de este comentario la segunda audiencia se habría llevado a cabo.

b) El artículo 236 CC establece que "Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.

Cifuentes manifiesta que la Primera audiencia tiene un aspecto de fondo y otro procesal, por un lado si los cónyuges asisten personalmente admiten la vía del artículo del 236 CC ya que si alguna de ellas no concurre sin justificación el pedido de separación o divorcio no tiene efecto.

El segundo es que el Juez debe tratar de conciliar a las partes y tomar conocimiento de los motivos de la separación para luego dictar sentencia. (1)

La presencia del Juez es medular a fin de escuchar los motivos de la separación y si efectivamente hay causas que hacen moralmente imposible la vida en común.

Incluso la Primera audiencia reviste peculiar importancia ante la posibilidad de tratarse temas vinculados a la tenencia de los hijos, régimen de visitas, atribución del hogar conyugal, régimen de alimentos etc.

La Segunda audiencia, se debe concretar en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres meses.

El juez debe intervenir al igual que la primera audiencia, pero no es fundamental la presencia de las partes si no concurren las partes tendrá efecto alguno.

c) La Doctrina está dividida en este sentido, respecto a que una parte considera que la segunda audiencia no tiene efecto alguno y otro sector le atribuye efectos al igual que la primera, considerando que si los cónyuges no asisten equivale a desistir del divorcio.

Cifuentes sostiene que es evitable (2).

Para Mazzinghi la incomparecencia por sí o por apoderado implica un desistimiento tácito del ausente (3).

Mizrahi considera que la segunda audiencia cumple la función de comunicar al Tribunal si hubo reconciliación o no (4).

Azpiri entiende que las partes deben concurrir a la 2º audiencia al tratarse de los propios interesados (5)

Según Graciela Medina se infiere que la Segunda audiencia, es meramente formal, intrascendente. (6)

d) En el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones, la minoría, encabeza la posibilidad del

desistimiento unilateral posterior a la segunda audiencia, admite el valor de la primera (7).

d1-La mayoría sostiene que luego de celebrada la Segunda audiencia no se puede desistir del proceso. Los principales argumentos son:

No hay controversia, las partes están de acuerdo en la separación, es el paso previo para que el juez a través de su ciencia y conciencia resuelva si hay motivos suficientemente graves, la voluntad de uno solo de los cónyuges de desistir del divorcio por mutuo acuerdo destruiría el acuerdo arribado por ambos y manifestado ante el Juez.

Hasta la celebración de la segunda audiencia, dice la mayoría se puede desistir del proceso si no se concurre por apoderado o la parte personalmente.

Celebrada la Segunda audiencia se operó la preclusión, cerrando la posibilidad del desistimiento unilateral

Aceptar esa conducta se estaría ante un abuso, una mala maniobra, deslealtad.

Es vinculante para las partes intervinientes.

d2) Los argumentos de la minoría radican en que, el art. 67 bis contiene normas de fondo y de forma en consecuencia el derecho de de Fondo no puede estar por encima del Derecho Procesal.

Por ello no son susceptibles de aplicación los lineamientos del Código Procesal (art. 304) que regula juicios contenciosos y no para los voluntarios como lo son los encuadrados en el art. 67 bis dado que la voluntad de los cónyuges debe existir durante todo el proceso por ser ella el alma la razón de ser de la norma

Y esa voluntad coincide con obtener la separación por la culpa de ambos, en consecuencia ambos cónyuges pueden petitionar luego de la Segunda audiencia su voluntad de no continuar la vía establecida por la ley 17.711.

Es por ello que el acuerdo debe sostenerse hasta el momento de dictar sentencia,

Hasta no finalizar el proceso de mutuo acuerdo queda abierto para las partes recurrir a la vía contradictorio conforme el cap IX de la ley de matrimonio civil 2393. (8)

e) Nos adherimos a la postura de la mayoría. Las partes tienen tiempo suficiente luego de la primera audiencia de no continuar por la vía del mutuo acuerdo.

Por otro lado se debe pensar que ocurriría si el desistimiento se puede producir hasta el momento del dictado de la sentencia. La presión que ejercería una de las partes hacia la contraria en condicionamientos, con innumerables temas que hacen al divorcio.

No debe olvidarse que no son pocas las veces en las que los abogados luego de un tiempo prolongado logran acordar los puntos en conflictos.

e1) Se podría contraargumentar que en el tiempo que hay entre la primera y segunda audiencia lo antedicho ocurriría sin embargo las partes ya conocen el tiempo breve entre cada audiencia y la poca relevancia que reviste la Segunda audiencia ya que ni es necesaria que asista la parte y muchas veces se acepta la presentación de un escrito en común.

Entendemos que la paz social estaría en juego dado que sería un sin número de juicios desistidos consecuencia de reacciones impulsivas.

Hay momentos en los que se debe actuar en forma expeditiva evitando dilaciones innecesarias que generan un desgaste emocional para las partes hasta que no se dicte sentencia.

Por otra parte se atenta contra la economía procesal dada la cantidad de veces que se iniciaría un mutuo acuerdo para que luego una parte desista llevando el tiempo equivalente a un contencioso.

e2) Otro punto a tener en cuenta es que en el ciudadano común con un simple comentario u opinión toma conocimiento que son dos audiencias es decir ya está radicado en nuestra sociedad.

Consecuente con lo expuesto es que estamos de acuerdo y consideramos acertado el criterio del Juzgado al no hacer lugar al desistimiento unilateral pretendido por una de las partes.

III. Nacimiento de un hijo Deber de Convivencia

a) El nacimiento de un hijo, no es prueba suficiente que acredite una reconciliación, no debe dejar dudas (9). Muchas veces es el proceder irresponsable de los progenitores los que da origen a una nueva vida. (10)

Puede tratarse de un acto ocasional, no son pocas las veces que ello ocurre, son consecuencia de un acto impulsivo o de la falsa creencia de que un hijo va a recomponer las desavenencias de una pareja generando en ellos una hipotética reconciliación.

Cuando la verdad de los hechos es que el recién nacido, pasa a ser la víctima de la conducta de sus progenitores

b) La reconciliación exige que el comportamiento de las partes no sea un indicio es por ello que requiere de varios medios de prueba. (11)

No tenemos a la vista el expediente, podemos deducir que las partes en ningún momento reanudaron su vida marital con los deberes que ello implica.

Simplemente se menciona el nacimiento de dos hijos. El nacimiento de un hijo en el proceso de divorcio no fue la exteriorización de las partes de reanudar un proyecto de vida en común (12)

Las relaciones sexuales por sí mismas no implican reconciliación (13)

La concepción y embarazo hacen presumir la reconciliación se presume cuando el marido y la mujer reanudan la cohabitación.

c) Por otra parte, la reconciliación no es una conducta aislada, sino que es la suma de varios elementos, consiste en comportamientos, conductas que demuestran el perdón, consiste en restablecer la unión matrimonial como son la cohabitación, asistencia, fidelidad, la atención en caso de enfermedad. (14)

d) También puede suceder que no hay cohabitación pero si la suma de conductas que son comportamientos que manifiestan el perdón (15)

Todo indica en el fallo que se trató de una conducta aislada que lejos estuvo de una reconciliación, ni siquiera de un intento.

Las partes habrían convivido bajo el mismo techo, pero ello no es prueba suficiente de un perdón recíproco, es mas muchas veces responde a la situación económica que hace que las partes no puedan adquirir un inmueble para retirarse del que fuera la sede del hogar conyugal. (16)

Las actitudes vertidas en el proceso demuestran falta de estabilidad emocional sin la más mínima intención de reconciliación, más bien de conductas aisladas que responden a impulsos sin tener en mira las dimensiones de lo que ello trae como consecuencia cual es la de procrear.

Si hubo intentos de recomponer el vínculo podemos deducir que fueron aislados sin la solidez necesaria para llevar adelante una reconciliación.

La cual no es sencilla, es un proceso que como tal implica tiempo esfuerzo y dedicación.

e) Todo proceso es un acto de la voluntad, por ello se necesita de fuerza de espíritu para pasar las distintas etapas de la reconciliación.

Reencontrarse implica un gran esfuerzo de ambas partes y conlleva perdones recíprocos, lo cual no es nada sencillo.

Muchas veces se necesita de la ayuda de profesionales un psicólogo por ejemplo.

En síntesis, se desprende del fallo en comentario, que las partes no intentaron un acercamiento maduro.

Incluso, según la jurisprudencia si hubiesen cohabitado bajo el mismo techo no es elemento suficiente para acreditar el perdón (17).

La reconciliación es requisito medular para revertir la situación jurídica de las partes, implica "obtener la vuelta al estado anterior a la demanda de divorcio y ello es así por que supone la voluntad de ambos cónyuges orientada en el sentido de restituir a su plenitud los derechos y deberes impuestos por el matrimonio"(18).

f) La reconciliación se exterioriza mediante la diversidad de conductas univocas que no dejan margen de duda.

A diferencia del presente fallo objeto de nuestro comentario cuando se produce el perdón consolidando a la pareja y nace un hijo (19). Es fuente de rencuentro y unión de los cónyuges

El presupuesto del perdón jurídico es la previa separación o divorcio entre las partes (20).

Como conclusión del presente capítulo podemos decir que el fallo resolvió de manera.

Tuvo muy en cuenta que la única prueba aportada por la actora para acreditar la reconciliación, era la presentación de una partida de nacimiento

Siendo además insuficiente que vivan bajo el mismo techo y que la conducta de ambos es una demostración del rompimiento de la pareja y que para la existencia de reconciliación no debe dejar margen de duda.

IV. Retroactividad

a) Al resolver el Tribunal, resuelve que la sentencia tiene efecto retroactivo a la fecha de la presentación conjunta del pedido de divorcio.

Dicha conclusión es coherente con la decisión de que el cumplimiento de la Segunda audiencia cierra el proceso en el sentido que ninguna de las partes puede desistir de la presentación conjunta concretada en su oportunidad.

La Jurisprudencia, haciendo referencia a otro rubro vinculado al derecho de familia, en este caso alimentos considera la existencia del efecto retroactivo (21).

La retroactividad produce sus efectos desde el momento en el que las partes solicitaron el divorcio por

presentación conjunta, diversidad de institutos jurídicos son muestra de ello (22).

b) El efecto en análisis es un elemento fundamental en el proceso judicial atento a que evita dilaciones por una de las partes, muy por el contrario es un Instituto que colabora a que los protagonistas arriben a un acuerdo, o que se cumplan con los ya arribados

El efecto retroactivo se produce al momento que la demanda es notificada. (23)

Hay situaciones en los que la sentencia no tiene efecto retroactivo sino constitutivo, es decir produce efectos desde su dictado, como por ejemplo en el proceso de adopción (24).

Las sentencias dictadas en las diversas instancias en el fallo en cuestión, no han hecho más que confirmar lo sentenciado por el "a quo"(25)

c) Coincidimos con lo resuelto por el Tribunal dado que el derecho no está en función de las emociones de quienes acuden a la justicia.

Con ello, no queremos decir que la ley deba ser una letra fría que deba aplicarse en forma automática sin tener en cuenta el caso concreto.

La situación puntual se caracteriza por la conducta e inconducta de las partes involucradas, en donde más allá que la Jurisprudencia y doctrina son pacíficas en el sentido de la retroactividad de la ley esta misma debe ser aplicada bajo el principio de preclusión, lo expuesto está íntimamente vinculado al referirnos al valor de la Segunda audiencia.

Ambas audiencias se celebraron quedando simplemente el dictado de la sentencia.

d) Recientemente se ha resuelto en un fallo, que la celebración de las dos audiencias que fija el art 236 CC son inconstitucionales argumentando que se vulnera el derecho fundamental a la intimidad de la vida privada (art 19 CN) y no se adecua a los requerimientos de la protección del derecho personalísimo a la autonomía personal contrariando el standar "pro homine".

d1) Luego invoca Tratados Internacionales: arts. 75 incs. 22 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de nuestra Constitución Nacional los arts. 19 y 28 (26).

(1) Santos Cifuentes, Código Civil Comentado y Anotado, T. I, La Ley.

(2) Idem 1.

(3) Jorge A Mazzinghi, Tratado de Derecho de Derecho de Familia, T. III, p. 175, La Ley.

(4) Mizrahi, Familia Matrimonio y Divorcio 1º reimpresión, p. 248.

(5) Jorge Azpiri, Juicios de Divorcio Vincular y separación personal, p. 183, Ed. Hammurabi.

(6) M Méndez Costa — D´Antonio, Derecho de Familia, T. II, p. 358, Ed. Rubinzal — Culzoni.

(7) La Ley 1985-D, 333.

(8) La Ley 1985-D, 333.

(9) "El testimonio que consiste solamente en que el marido visitaba a su mujer de la que estaba divorciado judicialmente, no cumple con la exigencia de no dejar dudas sobre la efectiva reanudación de la vida en común" 11/12/79, VRML c VRA on line: AR/Jur /483/1979.

(10) La circunstancia de que los cónyuges hubieren concebido a su último hijo, y realizado varios viajes de placer con posterioridad a los hechos constitutivos de injurias graves invocadas como causal de divorcio, no permite concluir que existió una reconciliación con entidad suficiente para tener por extinguidas las injurias proferidas". Cám. Nac. Apel. Civil Sala A -20/9/08 OC c M.M., LA LEY, 2009-B, 702.

(11) "La reconciliación importa la reanudación de la vida marital, pero ello debe ser inequívoco, pues la simple habitación en la misma casa puede ser un indicio, pues es menester que el mismo esté corroborado por otras pruebas que no dejen lugar a dudas sobre la efectiva reanudación de la vida en común, por que el perdón que involucra una verdadera reconciliación entre los esposos no debe exteriorizar un simple periodo de prueba ni basarse en propósitos claros de tolerancia" Cám. Nac. Apel. Civ., Sala F — D.N.de L.B.M.

(12) Bien en abstracto, y fuera de contexto de bofetada propinada por el demandado a su esposa en la vía pública es injuriosa, ella sola no puede adquirir relevancia que la conducta de los esposos de mantener una relación íntima posterior a dicho hecho y por la cual nació su hija menor, pues ello es revelador de que existió una voluntad común de mantener la unión, de continuar conviviendo. Este estado valioso no debe ser silenciado, sino, por el contrario probado, como revelador del propósito de proyectar la convivencia hacia el futuro La Ley

1984-D, 307. Si (del voto en disidencia del Dr Igarzábal) con nota de A Wagmaister.

(13) Belluscio Derecho de familia, T. III, pág. 697.

(14) Para que la reconciliación se tenga por operadadebe fundarse en la sobrevivencia de hechos reveladores de la voluntad de los cónyuges de realizar no solo una vida en común, sino plenamente participada física y espiritualmente con todas las inherencias de los mismos órdenes derivadas del quehacer ordinario y común de un hogar normalizado. Y para ello la prueba debe ser inequívoca, que no deje lugar a dudas sobre la efectiva reanudación de la vida en común, con todos sus caracteres." CNac de Apel en lo Civ Sala D, G de C D c CRE suc online AR/Jur 1333/1984.

(15) La reconciliación de los cónyuges no surge solamente de la cohabitación, sino también de otros hechos que revelan el perdón, tales como la visita y pernoctaciones frecuentes, la atención en caso de enfermedad y la prestación de ciertos servicios posteriores al fallecimiento (renovación del nicho) 8/03/1990 R. E. c. C. N. Prev. de I. C.A. C publicado en DT 1991 A 875 con nota de A Pawlowski de Pose DJ 1991-2-389.

(16) "La cohabitación física no es lo que caracteriza la reconciliación entre los cónyuges, pues el mero hecho de vivir bajo el mismo techo, si bien parece presumirla, no alcanza por sí solo si no está acompañado del factor subjetivo, esto es la comunidad de vida de los esposos" 15/6/2010 M. L. c. M. L. AR/Jur /26420/2010.

(17) La cohabitación física, no es lo que caracteriza la reconciliación entre cónyuges , pues el mero hecho de vivir bajo un mismo techo , si bien parece presumirla no alcanza por sí solo, si no está acompañada del factor subjetivo , esto es, la comunidad de vida de los esposos" 15/6/10 M. de I. c. I., S. La Ley online AR/Jur/2640/2010.

(18) 8/6/81 P de B y otros c FRJ cita online AR/Jur /5412/1981.

(19) "De conformidad con lo previsto por el artículo 234 del Código Civil, la causal de adulterio invocada por el cónyuge, no puede servir de fundamento a la demanda de divorcio, con posterioridad a la mencionada infidelidad, sobrevino una reconciliación de los esposos, consecuente con la convivencia y posterior concepción del menor de sus hijos" V.A.L.D. c. C. L. C. La Ley online AR/JUR /25967/2009.

(20) "Es presupuesto necesario para que exista reconciliación la previa separación o divorcio entre los cónyuges, antes solo existiría la tolerancia hacia los agravios que aun no han llegado a producir el rompimiento, por ello en el caso no puede hablarse de que existiera reconciliación en los términos jurídicos que ello implica ya que no existe dicho presupuesto" 22/6/99 SDS c PCA, publicado LLBA 1999, 859.

(21) "Por mas que no haya sido específicamente reclamado por la actora, la cuota alimentaria fijada judicialmente debe ser retroactiva a la fecha de la interposición de la demanda..." 13/12/12, G. S. C. c. L. D. s/alimentos, LLC 2013 (febrero), 110; DFyP 2013 (marzo), 66 con nota de Rodolfo G. Jaúregui.

(22) "La resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos retrotrae sus efectos a la fecha en que este fue solicitado, cualquiera fuese la oportunidad en que se efectuara la petición, determinando que todos los gastos generados por actuaciones anteriores a la solicitud no son alcanzadas por la franquicia legal" 25/3/08, L. H. c. S. G. F. publicado en la ley online

(23) "Los efectos de la resolución contractual intentada judicialmente se producen con el dictado de la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y operan retroactivamente a la fecha de notificación de la demanda", 15/12/2005, Ruiz Raimundo c. Marianetti Daniel y otra, LLBA 2006-350.

(24) "En el proceso de adopción de sentencia tiene efectos constitutivos, pues el vinculo por ella creado es de naturaleza civil, opera en los derechos de tal categoría y no altera el origen del adoptado atribuyendo este a sus padres adoptivos. De esta manera la prueba de la convivencia y el buen trato solo tiene por finalidad llevar al convencimiento del juzgador de la conveniencia de la creación del vínculo adoptivo", 25/03/2008, LLO, cita Online AR/JUR/2008.

(25) "La sentencia como acto procesal, vale por sí misma como acto del órgano jurisdiccional sujeto a la condición legal de que no llegue a pronunciarse sentencia por el tribunal ad quem, pero si el fallo es confirmado (en su caso consentido) sus efectos se retrotraen a la fecha en que fue suscripta y el derecho subordinado a ella queda definitivamente adquirido como si nunca hubiera habido tal condición" 29/5/90, M. V. c. A. La Ley online AR/JUR/602/1990.

(26) ED 262-4.