

LA RECONCILIACION

Dra. Graciela Medina de Flores

Ayudante Diplomada de Civil V

No cabe duda de que la familia es como se ha dicho reiteradamente, la célula que compone la sociedad, y siendo así es innegable el *interés* del Estado para asegurar su salud y su vigor ¹.

En nuestro país existen numerosos y variados institutos, plasmados en normas positivas que tienden en definitiva a preservar a la familia; uno de ellos es la reconciliación.

Sabido es que nuestro ordenamiento legislativo, siguiendo en esto a la doctrina tradicional, no permite el divorcio vincular y si bien mediante la separación o el divorcio se extingue el deber de cohabitar, queda subsistente el vínculo matrimonial, de forma tal que si se opera la reconciliación se puede restablecer totalmente la sociedad conyugal total o parcialmente desintegrada, por los efectos de la separación o del divorcio. Para la reintegración de la sociedad conyugal mediante la reconciliación la ley no exige formalidad alguna ².

A. Antecedentes históricos

Con anterioridad a la sanción del Código Civil la reconciliación regía en nuestro país por las Leyes de Partida. La ley 8 tít. 7 a consignaba expresamente este principio "Otros dezimos, que después que después que la mujer ha fechos el adulterio la recibe su marido en su lecho á sabiendas, ó la tiene en su casa como su muger, que del

1 MAZZINGRI, Jorge A., Derecho de Familia, t. I, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972), pág. 13.

2 Conf. ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil "Derecho de Familia", (Buenos Aires, Astrea, 1078), pág. 193.

yerro que cuisse fecho en ante que la acogiesse, non la podría después acusar; o nagner la acusasse, non seria tenuta de responder á la acusación poniendo ante si tal defenzi3n como esta. Ca, pues que assi la acojo en su casa, entiéndase que la perdono, e non le pesa del yerro que fizo”³.

Nuestro Código Civil legisló sobre la reconciliación en su artículo 218 que disponía: “Si se reconciliasen marido y mujer se restituirá todo al estado que tenía antes del día del divorcio o de la demanda. La ley presume la reconciliación cuando el marido cohabita con la mujer después de haber dejado la habitación común”.

El codificador tuvo como fuente del transcripto dispositivo la ley 8 tít. 17 part. 7^a. al Cap. 10, Novela 134 y el Código de Holanda art. 271. Y según Guastavino al art. 272 del C. Civil Francés y a un pasaje de Pothier⁴.

En el año 1888 el Código Civil es modificado por la ley N^o 2393, también llamada ley de matrimonio civil, la que en su art. 71 legisla sobre la reconciliación, derogando este nuevo artículo al ya transcripto 218. El art. 71 de la ley 2393 establece: “Se extingue la acción de divorcio y cesan los efectos del divorcio ya declarado cuando los cónyuges se han reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción o motivaron el divorcio. La ley presume la reconciliación cuando el marido cohabita con la mujer, después de haber dejado la habitación común. La reconciliación restituye todo al estado anterior a la demanda de divorcio. El principio contenido en el art. 71 de la Ley de Matrimonio Civil de 1889 se mantuvo válido en la modificatoria de de 1954, la ley 14.394. Pero entre ambas disposiciones existe una diferencia sustancial en cuanto a las formas. Mientras que para la ley de 1889 la reconciliación no necesitaba, para su relevancia ninguna formalidad, y se probaba hasta con presunciones, la ley 14.394 en el art. 31, exige una manifestación formal; la expresión escrita emanada de ambos cónyuges.

B. Concepto

La Real Academia Española define la reconciliación como la renovación y restitución de la amistad que se quebró o reunión de ánimos que estaban desunidos⁵.

3 Citado por GUASTAVINO. José M., en “Notas al Código Civil Argentino”, t. II, (Buenos Aires, s|e., 1898), pág. 203.

4 Ibídem, artículo citado, pág. 201.

5 Diccionario de la Real Academia Española.

Nuestro codificador siendo congruente con el principio esbozado por él en la nota al art. 495 del Código Civil no definió lo que es la reconciliación. La doctrina argentina en general no conceptualiza lo que entiende por reconciliación, entrando los autores directamente al estudio, y trato de los caracteres y efectos de la misma.

Entre nuestros tratadistas no definen la reconciliación Llerena Machado, Lafaille, Prayones, Arias, Busso, Borda, Guastavino, Acuña Anzorena, Ciocu, si bien todos ellos desarrollan este tema.

En cambio sí la definen dentro de la doctrina argentina, Belluscio: "La reconciliación es la restitución del estado normal del matrimonio cuando dicho estado se ha roto en virtud de la desavenencia resultante de existir causales de divorcio o cuando el divorcio ha sido decretado"⁶.

Gil Iglesias: "Acuerdo firme, consciente y deliberado de los cónyuges de restablecer plenamente la vida matrimonial con sus obligaciones morales, legales y afectivas, que tienen su necesario antecedente en el necesario perdón y olvido del cónyuge agraviado para con el ofensor"⁷; Salas: "La reconciliación supone la voluntad de ambos cónyuges orientada en el sentido de restituir a su plenitud los deberes y derechos impuestos por el matrimonio perdonando las ofensas recibidas, con serio propósito de no reincidir en ellas y reanudando la vida en común"⁸; Lagomarsino: "El contrato de derecho de familia en virtud del cual los cónyuges deciden perdonar las ofensas recibidas restableciendo la vida matrimonial a sus cauces normales"⁹.

Y dentro de la doctrina extranjera Henry, León y Jean Mazeaud, caracterizan a la reconciliación como: "El acuerdo de voluntades reflexivas de los cónyuges, resueltos a perdonarse sus agravios y reanudar la vida en común"¹⁰.

Nosotros en sentido similar a Salas afirmamos que la reconciliación es "El acto jurídico, que supone la voluntad de ambos cónyuges en el sentido de restituir a su plenitud los deberes y derechos impuestos por el matrimonio".

6 BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, t. I., (Buenos Aires, Depalma, 1977), pág. 419.

7 GIL IGLESIAS, Roberto, La reconciliación entre cónyuges divorciados, en La Ley. t. 89, pág. 681.

8 SALAS, Código Civil Anotado, t. I., pág. 115.

9 LAGOMARSINO, Carlos A., Algunas consideraciones sobre la reconciliación matrimonial, en La Ley, t. 111, pág. 616.

10 MAZEAUD, Henri León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte I, Vol. IV. (Buenos Aires, E.J.E.A., 1959), núm. 1.437, pág. 429.

C. *Naturaleza jurídica*

La doctrina de nuestro país en general no ha tratado el tema de la naturaleza jurídica de la reconciliación, y dentro de los tratadistas que desarrollaron este tópico las opiniones se encuentran divididas en cuatro tesis principales. Para algunos nos hallamos en presencia de un “acto jurídico familiar”; para otros estamos solo ante un “estado de ánimo”; hay quienes lo consideran como un “contrato de derecho de familia” y quienes opinan que es un “simple acto”.

I. *Contrato de Derecho de Familia*

Lagomarsino estima que la reconciliación constituye un contrato de derecho de familia, ya que considera contrato de derecho de familia todo acto jurídico familiar de contenido fundamentalmente familiar, noción dentro de la cual estaría comprendida la reconciliación. Una de sus características fundamentales —común a todos los contratos familiares— es que “los efectos se encuentran predeterminadamente establecidos por la ley, incumbiendo a las partes sólo acordar sus voluntades para que esos efectos se produzcan”¹¹. No consideramos que la reconciliación constituya un contrato porque:

- a) Admitir la expresión contrato de derecho de familia sería extender la noción de contrato a lo extrapatrimonial, siendo que éste requiere de un interés patrimonial¹². En este sentido el maestro Spota afirma: “El contrato aún cuando uno de los contratantes pueda perseguir fines desinteresados se desenvuelve dentro de lo patrimonial”¹³.
- h) Como contrato, la reconciliación significa la asunción recíproca por parte de los cónyuges de la obligación de no prevalerse de los hechos ocurridos o de la situación jurídica ya creada; sin embargo este razonamiento no es correcto ya que “los mismos no podrían eficazmente obligarse a excluir las causas de la separación”¹⁴.
- c) Tampoco se podría pedir su resolución por incumplimiento.

11 LAGOMARSINO, Carlos A., op. cit., pág. 616.

12 BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., t. I, pág. 419.

13 SPOTA, Alberto G., Instituciones de Derecho Civil. Contratos, vol. I-II. (Buenos Aires, Depalma, 1978), pág. 6.

14 CICCU, Antonio, El Derecho de Familia, (Buenos Aires, Ediar, 1974), pág. 319.

II. *Estado de ánimo*

Ciccu afirma que la reconciliación está basada no ya en la pura voluntad de los cónyuges, sino que únicamente depende de haberse verificado el “estado de ánimo” de aquellos tal como fue previsto por el legislador, prescindiendo de la consideración de los fines o propósitos, que con ese hecho los sujetos hayan podido perseguir ¹⁵.

No estimamos acertada la posición adoptada por Ciccu ni la de su anotador Víctor Neppi: una característica frecuente dentro del derecho de familia, es que la ley fije efectos con prescindencia de la voluntad de las partes; y no por esto podríamos afirmar que el matrimonio — por estar fijado sus efectos por la ley— sea un simple estado de ánimo.

A más de ello debe recapitarse que un simple estado de ánimo es unilateral; en tal sentido se podría identificar con el perdón; sin embargo sabido es que la reconciliación es bilateral siendo imprescindible que medie voluntad del ofensor y del ofendido de reanudar la vida en común ¹⁶.

Si por ejemplo en un matrimonio el juez ha dictado sentencia de divorcio, declarando culpable al marido por adulterio, si mediare luego perdón del ofendido, se daría el estado de ánimo mencionado por Ciccu pero sin la voluntad del adúltero de reiniciar la vida en común no se configuraría la reconciliación. En ese sentido Salas ha dicho que “es insuficiente que el cónyuge ofendido declare su voluntad de perdón para que el culpable se vea constreñido a aceptar el perdón ¹⁷.”

III. *Acto jurídico familiar.*

Entiende Díaz de Guijarro, que en el derecho argentino la reconciliación es un acto jurídico familiar ¹⁸; es decir una categoría especial dentro de los actos jurídicos, entendiendo por tales a los actos voluntarios lícitos, que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas de contenido fami-

15 CICCU, Antonio, op. cit., pág. 319.

16 BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., t. I., pág. 420.

17 SALAS, Acdeei Ernesto, Caracteres y electos de la reconciliación, en *Jurisprudencia Argentina* 1955-III, pág. 153 y en igual sentido Llerena “Concordancia art. 71 Ley Matrimonio Civil”, p. 488; ACUÑA ANZORENA, E., “El divorcio en la ley 2393”, en *La Ley*, t. 78.

18 DIAZ DE GIUJARRO, Enrique. Introducción al estudio del acto jurídico familiar y otros estudios, en *Jurisprudencia Argentina* 1954, pág. 108.

liar ¹⁹ ; otros autores consideran ²⁰ que la reconciliación es un acto jurídico pero dentro de las múltiples clasificaciones de los actos jurídicos lo ubican como un acto jurídico complejo, pluripersonal, y unilateral. Consideran que es un *acto jurídico* porque la reconciliación es una declaración de voluntades destinadas a modificar una determinada situación jurídica (la separación judicial decretada) o extinguir una determinada acción (la de divorcio); *complejos* en contraposición a los simples, ya que en ella una finalidad común liga a una serie de actos cuales son, el perdón y la aceptación; *pluripersonal* porque los varios actos simples que la componen parten de distintas personas, y *unilateral* porque los intereses son convergentes.

Se critica a esta postura que la reconciliación, en realidad, no tiene como fin inmediato establecer relaciones jurídicas, las cuales surgen por imperio de la ley ²¹.

IV. Acto real

Considera Belluscio que la reconciliación es un acto real “Acto lícito que no procura un resultado jurídico como un resultado material o de hecho” la reunión de los esposos separados o desunidos y al cual la ley adscribe consecuencias jurídicas ²².

Para Messineo la reconciliación no constituye un acto jurídico, sino “un acto efectual” es decir que no consiste en una declaración sino en la inmediata realización de la voluntad ²³.

— Nuestra opinión:

Consideramos que la reconciliación es un acto jurídico familiar porque es un acto voluntario, lícito que tiene por fin inmediato la restitución de los cónyuges al estado matrimonial.

- 1) *Acto*: se trata de un acto, que requiere de la acción del hombre; por oposición a los hechos naturales que ocurren con prescindencia de esa acción.

19 ALLENDE, Guillermo I., Acto Jurídico Real, en La Ley, t, 110, pág. 1066; con!. LACRUZ BERDEJO, José Luis - SANCHO REBULLIDA, Francisco, en Derecho de Familia, (Barcelona, Bosch, 1931), pág. 71.

20 GOLDSTEIN, Mateo y MORDUCHOWITZ, Fernando. El divorcio en el Derecho Argentino, legislación de amparo a la familia. (Logos), p. 376 p. ss.

21 BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., t. I., pág. 419.

22 *Ibidem*, pág. 419, Primera Instancia Civil - Capital, 10-2-30, en El Derecho N° 3222.

23 MIESSINEO, Manual de Derecho Civil y Comercial, t. 3, párr. 60 bis, (Buenos Aires, Depalma, 1972), N° 4

- 2) *Voluntario: innegable es, que para que se produzca la reconciliación entre los cónyuges debe mediar la voluntad de las partes; no se opera por fuerza mayor, ni en estado de inconciencia; para que el acto sea válido la voluntad no debe estar viciada, por error, dolo o violencia.*
- 3) *Lícito:* ninguna ilicitud podría imputarse a la reunión de cónyuges desavenidos, a contrario sensu podemos afirmar que son actos lícitos.
- 4) *Tiene por fin inmediato la producción de efectos jurídicos:* los cónyuges al reconciliarse tienen que tener en miras fines de orden práctico, cuales son la restitución de la vida en común, la prestación del débito conyugal, ese fin práctico es al mismo tiempo un resultado jurídico.

D. Caracteres

- a) *Bilateral:* Requiere el consentimiento de ambos cónyuges; no basta el perdón de uno para que tenga lugar si no concurre la voluntad del ofensor a restituir la plenitud de las relaciones conyugales; ya que el deseo de reconstituir el hogar manifestado por alguno de los cónyuges no obliga al otro que puede tener serios motivos para no tornar a la vida en común²⁴.

La reconciliación desde otro aspecto es considerada bilateral porque genera derechos y deberes para ambos esposos reconciliados (art. 1138) ²⁵.

- b) *Es no formal:* Nuestra ley no exige formalidad alguna para que opere y produzca efectos la reconciliación; esta solución ha sido criticada por Lafaille, quien expresa: “Los cónyuges son dueños de reconstituir el hogar cuando lo juzgaran oportuno. Si pasado cualquier tiempo ellos deciden reconciliarse y reanudar la vida en común nadie les pide cuentas; ni siquiera se exige como lo han hecho la ley y la jurisprudencia francesa y de otros países un acto auténtico o declaración notarial. “que el público pueda estar informado de que ese matrimonio ha vuelto a la armonía”.

“...Esto último puede revestir una importancia considerable, sobre todo cuando se trata de enajenar o gravar bienes; y la tenía mayor antes de sancionada la ley de derechos civiles de la mujer,

24 SALAS ACDEEL, E., op. cit., pág. 154; BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., t. I., pág. 420; LLERENA, B., op. cit., pág. 488; SPOTA, Alberto, “Caracteres que debe revestir la reconciliación entre los cónyuges para constituir extintiva de la acción de divorcio o del divorcio no decretado”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1955-II, pág. 256.

25 LAGOMARSINO, Carlos A., op.cit., pág. 618.

porque ésta readquiriría en principio la capacidad completa. Aún dentro del nuevo régimen de la ley 11.357 interesa saber si existe o no divorcio ya que la esposa tiene restringido su derecho a la divorciada...”²⁶.

No consideramos justificada las objeciones formuladas a la falta de formalidades porque:

- 1) La falta de rigorismo en las formas facilita el acercamiento entre los cónyuges distanciados, y toda ley que pretenda proteger la familia debe tratar de facilitar; y no perjudicar, el avenimiento de matrimonios distanciados²⁷.
- 2) Por otra parte los derechos de terceros quedan a salvo, porque para que produzca efectos contra ellos, debe cumplir con ciertas formalidades²⁸, como se verá supra.
- 3) A más de ello, la crítica de Lafaille, tenía su razón de ser cuando la mujer casada no tenía plena capacidad, pero en la actualidad, con la igualdad de derechos y obligaciones de hombre y mujer, esta objeción pierde trascendencia²⁹.

Durante la vigencia del art. 31 de la ley 14.394, la reconciliación de los cónyuges después de dictada la sentencia declarativa de la separación, exigía una manifestación escrita emanada de ambos esposos, pero no se requería que la reconciliación se manifestare en instrumento público³⁰.

Un sector de la doctrina opina que, si un matrimonio argentino hubiere obtenido la disolución del vínculo matrimonial durante la vigencia de la ley 14.394 y quisiera reiniciar la vida en común, para que la reconciliación tuviera lugar deberían contraer nuevas nupcias³¹.

Otros autores, en cambio piensan que la reconciliación opera de pleno derecho el restablecimiento de la sociedad conyugal, pero admite una excepción: cuando haya habido un nuevo matrimonio, es decir cuando cualquiera de los cónyuges se haya vuelto a casar con otro después de la disolución.

26 LAFAILLE, Héctor, Derecho de familia, (Buenos Aires, s|e., 1930), p. 154.

27 LAGOMARSINO, Carlos, op. cit., pág. 618.

28 ACUÑA ANZORENA, Arturo, “El divorcio en la ley 2393”, en La Ley t. 78, pág. 699: LAGOMARSINO, Carlos, op. cit., p. 618.

29 LAFAILLE, Héctor, op. cit., pág. 154, N° 158.

30 GOLDSTEIN, Mateo y MORDUCHOWITZ, Fernando, op. cit., pág. 379.

31 SPOTA, Alberto, op. cit., pág. 257; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Argentino – Familia, t. I (Buenos Aires, Perrot 1939), pág., 394 y 395; LAGOMARSINO, Carlos A., op. cit., pág. 623.

Consideramos que esta última tesis es la correcta, dado que de exigirse el nuevo matrimonio entre los cónyuges, se condenaría al concubinato a muchos matrimonios que se hubieren reconciliado en forma privada. Y no habiendo la ley contemplado la situación se puede aplicar analógicamente lo dispuesto por la ley 14.394 para el supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento.

Lo mismo ocurriría con los matrimonios extranjeros que hubiesen obtenido un divorcio vincular, en su país, y luego se radicaran en la Argentina y se reconciliaran; para que ese matrimonio tuviere relevancia, debería volver a celebrarse.

- c) *Es pura y simple*: Consideramos que reconciliación no puede ser sometida a condición ³². Como bien dice Acuña Anzorena “Quién condiciona el perdón no perdona, promete perdonar” ³³, lo que no es lo mismo; y no vemos qué sanción pueda aparejar, el incumplimiento de tal promesa, o cómo se le puede constreñir a cumplirla.

Un sector de la doctrina considera que es posible un perdón condicional, y que en tal caso sólo surte efectos cuando se cumple la condición (art. 29 bis).

Nosotros opinamos que si los cónyuges someten la reconciliación a una condición resolutoria, se debe tener por no puesta la condición y como válido el acto, dado que sino se dejaría en manos de los cónyuges la disolución de la sociedad conyugal, lo que atenta contra el principio de indisolubilidad del vínculo que consagra nuestra legislación.

Distinto es el supuesto de mediar condición suspensiva, en cuyo caso no existiría reconciliación porque no existiría un consentimiento actual; quien dice: “me reconciliaré contigo si media tal acontecimiento” no se está reconciliando y no se le podría compeler a hacerlo.

Tampoco podría someterse la reconciliación de los cónyuges a plazo o cargo por idéntico motivo a los apuntados anteriormente.

- d) *Puede ser expresa o tácita*: la ley de matrimonio civil en su artículo 71 no exige que la reconciliación sea expresa; es más, pre-

32 Conf. LAGOMARSINO, Carlos, op. cit., pág. 618; SALAS AODEEL, E., op. cit., pág. 154; BELLUSCIO, César Augusto, op. cit., pág. 419.

33 ACUÑA ANZORENA, Arturo, op. cit.

vee la cohabitación que es una de las formas tácitas de la reconciliación³⁴.

Será expreso cuando se hubiere manifestado bilateralmente en forma verbal o escrita; la ley no exige forma adsolemnitate, por lo que podrá constar en instrumento público o privado.

En cuanto a la reconciliación tácita debe admitirse cualquier forma, pero siempre que los hechos, que tienden a demostrarla, no sean susceptible de una interpretación distinta.

Al respecto Salas ha dicho: "La liberalidad en la admisión de esta defensa, acogiéndola en casos que no resulta claramente probadas, lejos de cimentar una aproximación entre los cónyuges desavenidos, ha de exacerbar las pasiones y ahondar los agravios dando motivo a nuevos pleitos y prolongando situaciones enojosas sin ninguna razón de orden social"³⁵.

Como la ley no establece cuáles son los hechos que configuran la reconciliación tácita, ellos deben ser prudencialmente determinados por los jueces³⁶.

E. *Presupuesto de hecho para que exista reconciliación*

En este punto debemos distinguir entre presupuesto de hechos necesarios, e imprescindibles para que exista reconciliación y hechos que presuponen reconciliación pero no necesariamente.

I. *Presupuestos necesarios e imprescindibles*

- a) El primer presupuesto necesario para que exista reconciliación es la previa separación o divorcios entre los cónyuges, antes no existiría sino "la tolerancia a los agravios inferidos que aún no han llegado a producir rompimiento"³⁷.
- h) A nuestro entender resulta ineludible para que exista reconciliación el ánimo de rehacer la vida en común³⁸.

34 BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., pág. 419; LAGOMARSINO, Carlos op. cit.; ZANNONI, Eduardo, op. cit., pág. 187.

35 SALAS ACDEEL, E., op. cit., pág. 156; conf. ACUÑA ANZORENA, Arturo, op. cit., pág. 699; JEMOLO, A. C. El Matrimonio, (Buenos Aires, 1954), págs., 510 y 511 y nota ENNECERUS KIPP y WOLF, t. IV vol. I op. cit., pág. 228.

36 Cámara Civil I, Capital Federal, 11 de mayo de 19.12 en J.A. 33-180 y Cámara Civil 1ra. Capital, set. 30-11929 en J.A., t. 31 p. 191; Cámara Civil Segunda Capital, febrero 25-11931 en J.A., T. 35, pág. 134.

37 Cámara Nacional Civil, Sala A, (setiembre 3-1963), R.G.E.D., t. 1.

38 LAGOMARSINO, Carlos, op. cit.; SALAS ACDEEL, E., op. cit., pág. 156.

En este sentido la jurisprudencia ha resuelto “La reconciliación capaz de borrar las causas de divorcio supone el olvido real y sincero del pasado y la firme voluntad de restaurar el hogar común, o sea un estado de ánimo recíproco que no puede ser confundido con simples tentativas hechas por los esposos sobre la base de sacrificios hechos por la parte perjudicada”³⁹.

El ánimo especial de rehacer la vida en común, estaría constituido por el perdón del ofendido y el propósito de enmiendas del ofensor en términos generales, que podrán variar según los supuestos.

Lo que sí afirmamos es que no basta la cohabitación, la unión sexual, el perdón del ofendido o el propósito de enmienda del ofensor, aisladamente considerados para que se produzca la reconciliación.

Es decir que no bastaría una mera unión sexual entre los cónyuges, para constituir una reconciliación, ya que no puede darse efectos a actos aislados que son realizados por los cónyuges sin ánimos de reiniciar la vida en común. Lo dicho no equivale a restarle valor a las relaciones sexuales como sostiene Borda⁴⁰ sino que se busca atribuirle su justa importancia y no otorgarle más valor a hechos que pueden responder a una traición de los sentidos que a un acto racional⁴¹. Inclusive para la doctrina católica el coito por si solo no es considerado reconciliación; para el derecho canónico existe reconciliación, cuando el cónyuge inocente se comunica libremente con el culpable con *affectedu maritalis*⁴². Al respecto Jémolo expresa “en la doctrina canónica se le atribuía gran importancia al coito, hasta la purificación de la voluntad matrimonial viciada. Pero la doctrina y la jurisprudencia canónica más reciente no le dan ya tanto valor, admiten que el cónyuge coartado pueda consumir aún por libido sin con ello querer purificar su voluntad”⁴³.

II. Hechos que suponen reconciliación pero no necesariamente

a) Cohabitación:

El art. 71 de la ley de matrimonio civil expresa en su parte

39 Cámara Civil Segunda de la Capital de 1927 "Gaceta del Foro", t. 70, pág. 232 citada por Rébora, t. I., pág. 547 in fine.

40 BOBDA, Guillermo, op. cit., núm. 552, pág. 391.

41 ZANISTONI, Eduardo, op. cit., pág. 187; ACUÑA ANZDRENA, Arturo op. cit., LAGO-MARSINO, Carlos, op. cit., pág. 819.

42 KNECHT, Derecho Matrimonial Católico, pág. 579.

43 JEMOLO, Carlos, El Matrimonio, (Buenos Aires, E.J.E.A., 1954), pág. 510.

pertinente "la ley presume la reconciliación cuando el marido cohabita con la mujer, después de haber dejado la habitación común". El codificador no explicitó qué entendía por cohabitación, como tampoco lo hizo el legislador del año 1929, la doctrina en general al igual que la jurisprudencia considera que constituye cohabitación; la convivencia de los cónyuges bajo un mismo techo.

De una interpretación netamente gramatical podría deducirse que la ley presume la reconciliación sólo cuando el marido cohabita con la mujer después de haber dejado la habitación común.

Consideramos, empero, que la interpretación correcta es que cualquiera de los cónyuges puede dejar el hogar y luego volver a habitar en él; no necesariamente debe ser el hombre.

Por otra parte, el precepto transcrito constituye una presunción iuris tantum o relativa, que admite prueba en contrario; por ende por más que nos encontremos ante el supuesto de que un matrimonio, tras una separación o un divorcio, cohabiten bajo un mismo techo y mantengan relaciones sexuales sino se da el "animus" del que hablamos en el punto anterior, no podrá existir la reconciliación. Porque se podría dar la cohabitación de los esposos a modo de experimento, lo que no constituiría reconciliación, por carecer los cónyuges de affectum maritalis⁴⁴.

Guastavino sin embargo decía que esa presunción es iure et de iure porque "no puede permitirse que el marido pueda probar y alegar que no tuvo intención de perdonar las faltas de su cónyuge". Esta es la doctrina contenida en la ley 8va. tít. 17 apart. transcripta⁴⁵.

La jurisprudencia y la doctrina han evolucionado en sentido distinto al criterio sostenido por Guastavino y se ha admitido casi unánimemente que la cohabitación constituye una presunción iuris tantum⁴⁶. Entre otros casos jurisprudenciales, en que se ha desvirtuado la presunción de reconciliación mediante prueba en contrario, encontramos un fallo de la Cámara

44 JEMOLO, Carlos, op. cit., pág. 510; SPOTA, Alberto, op. cit., pág. 257.

45 GUASTAVINO, José M., op. cit., pág. 204.

46 Conf. SALAS ACDEEL, E., op. cit., pág. 157; ACUÑA ANZORENA, A., op. cit., pág. 43; SPOTA, Alberto, op. cit., pág. 257; MACHADO, t. I., pág. 383; GIL IGLESIAS, Roberto A., "La reconciliación entre divorciados", en L.L., t. 89, pág. 682.

de Apelaciones de La Plata que sostiene que no debe interpretarse como reconciliación al regreso de la mujer al hogar conyugal, cuando la misma está motivada en consejos de su familiares y con el fin de cuidar la educación y salud de sus hijos ⁴⁷.

b) Otros hechos

Otros hechos que han considerado la jurisprudencia como presupuestos de la reconciliación son:

- a) el pernoctar el marido en casa de la mujer, la realización de paseos y entrevistas por los cónyuges, el mantener correspondencia ⁴⁸.
- b) Asistir la cónyuge en la enfermedad del marido⁴⁹.
- c) Reconocimiento de hijos ⁵⁰.
- d) Acompañar a la esposa al médico ⁵¹.

Todos estos hechos deben ser analizados por el juzgador siguiendo las reglas de la sana crítica.

Se advierte que iguales hechos objetivos configuran en algunos casos reconciliación y en otros no, según la jurisprudencia. Ello no equivale como dice horda ⁵² a que los jueces sean más estrictos cuando la reconciliación se invoca para oponerse a una acción de divorcio, que cuando están en juicio los derechos sucesorios, sino que de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso, un hecho objetivo puede presuponer la reconciliación o no, según el contexto objetivo que lo rodea y le sirve de base.

Por otra parte coincidimos con Lagomarsino ⁵³ en que es más importante reconstituir el hogar o mantener la coherencia familiar, que resucitar derechos hereditarios perdidos.

47 Cámara de Apelaciones de "La Plata", sala I, 27-7-45 en L.L. 40-286, en Igual sentido Cámara Civil II Capital, setiembre 5-1923, t. II, p. 530, Cámara II de La Plata, Julio 27-1945 en La Ley, t. 40, p. 285; Cámara Civil I, Capital, setiembre 9 de 1920, en J.A., t. 31, pág. 212.

48 J.A., t. 66, pág. 1020, Cámara de Apelaciones de San Luis, 25 de abril-1939.

49 Gaceta del Foro, t. 109, pág. 64, citado por Carlos Lagomarsino.

50 Cámara Civil Primera Capital, mayo 31-1922, J.A., t. 8, pág. 448.

51 BORDA, Guillermo A., op. cit., N° 555, pág. 393.

52 LAGOMARSINO, Carlos, op. cit., pág. 620.

53 Conf. SALAS ACDEEL, E., op. cit., pág. 160; LAGOMARSINO, Carlos, pág. 620. ZANNONI, Eduardo, op. cit., pág. 192; BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., p. 420.

F. *Efectos*

La ley establece que "la reconciliación restituye todo al estado anterior a la demanda de divorcio" incluye pues, un único supuesto, cual es el que se hubiere iniciado acción de divorcio. Pero lógico es admitir que la reconciliación produce efecto tanto si se ha iniciado acción de divorcio, como si media separación de hecho entre los cónyuges, o si existe sentencia firme de divorcio. Para un mejor estudio de los efectos de la reconciliación los dividiremos en efectos personales y efectos patrimoniales.

I. *Efectos personales*

a) *Injurias que se han vertido con anterioridad a la reconciliación*

El tema es de singular importancia, pues de la respuesta que demos dependerá, que las injurias puedan ser posteriormente invocadas como causales de divorcio. La doctrina al respecto se encuentra dividida.

- 1) Un sector considera que la reconciliación importa, el perdón de las injurias anteriores a ella, que no podrían servir de causal para una nueva acción de divorcio.
- 2) Otros autores afirman que, media una condición resolutoria tácita, en virtud de la cual, si el cónyuge ofensor persiste en sus ofensas, esos hechos renacen cobrando todo su vigor y pueden ser alegados conjuntamente con los nuevos ⁵⁴. En apoyo de esta segunda postura se afirma que de esta manera se evita que el cónyuge culpable busque la reconciliación para evitar los efectos de la culpabilidad, lográndose así, una dispensa del dolo prohibido en nuestro país ⁵⁵. Consideramos este argumento insuficiente en razón que la reconciliación debe ser un acto jurídico libre de error, dolo o violencia ⁵⁶, en consecuencia si la reconciliación se hubiese buscado para impedir los efectos de la culpabilidad, nos encontramos ante una voluntad viciada, y el acto podría anularse.

54 BORDA, Guillermo A., op. cit., pág. 333; ACUÑA ANZORENA, A., op. cit., pág. 701; ARIAS, José, Derecho de Familia, (Buenos Aires, Perrot, 1970), pág. 317; Fallos 7331, L.L. t. 15, pág. 31, Fallo 15, 14S T. 30, pág. 325, Cámara Civil II de la Capital, abril 14-1943.

55 LAFALLE, Héctor, op. cit., núm. 137, pág. 155.

56 LAGOMARSINO, Carlos, op. cit., pág. 620.

3) Otro sector de la doctrina considera que los hechos anteriores sirven para valorar la conducta del cónyuge reincidente ⁵⁷. Estimamos que los hechos injuriosos anteriores a la reconciliación no bastan por sí para fundar una demanda de divorcio ⁵⁸ pero pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador si se entabla una nueva acción de divorcio.

b) *Causales de divorcio desconocidas al tiempo de la reconciliación*

Se plantea el problema de determinar cuál es el efecto que produce la reconciliación sobre aquellas causales de divorcio que existiendo al tiempo de la reconciliación eran ignoradas por el cónyuge ofendido.

Borda considera que para determinar si la reconciliación borra los efectos de dichas causales de divorcio ignoradas al tiempo de la reconciliación hay que diferenciar según la gravedad de la misma. Es decir que si la ofensa perdonada es de mayor gravedad que la desconocida ésta debe entenderse como perdonada⁵⁹.

Nosotros consideramos que la reconciliación borra las causas conocidas al tiempo que la misma se produce pero no las ignoradas. Esta solución está contemplada expresamente por el Código Civil Francés, art. 224 y ha sido receptada por nuestra jurisprudencia ⁶⁰.

La distinción que hace Borda resulta en primer lugar difícil de llevar a la práctica, ya que no se puede determinar en prima facie qué injurias son más graves que otras; por ejemplo, qué resulta más gravoso? ¿las injurias verbales o las sevicias; aún casos objetivamente idénticos pueden ser distintos de acuerdo a las circunstancias.

c) *Medidas precautorias y con carácter provisional*

Las medidas precautorias dictadas durante el juicio de divorcio (como por ejemplo las que atribuyen la tenencia de los

57 PAVON, Cirilo, Tratado de la Familia en el Derecho Civil Argentino, t. II. (Buenos Aires, Ideas, 1946), pág. 125.

58 ZANNONI, Eduardo, op. cit., pág. 192.

59 BORDA, Guillermo, op. cit., N° 556, pág. 393.

60 La Ley, t. VI., pág. 61, Cámara Civil I de la Capital; t. 39, pág. 393, Cámara Civil I de la Capital; t. 49, pág. 689, Cámara Civil II de la Capital, abril 30-1947; J.A., t. 46, pág. 153, Cámara I de la Capital, abril 1934.

hijos, medidas precautorias eventualmente establecidas sobre los bienes, conforme al art. 74 de la ley de matrimonio civil, las providencias relativas a la atribución de la vivienda) caduca y se vuelve las cosas al estado anterior al divorcio, debiendo ordenarse su archivo ⁶¹.

Si se hubiera nombrado administrador para el cuidado de los bienes conyugales éste cesará en sus funciones.

d) *Deber de cohabitación:*

La reconciliación hace renacer el recíproco y permanente deber de cohabitar contemplado en los artículos 64 y 72 de la ley de Matrimonio Civil.

e) *Fijación del domicilio conyugal:*

La reconciliación repone el derecho del marido de fijar su residencia (art. 53 ley 2393). Este derecho marital está sujeto a las limitaciones que la jurisprudencia le ha ido remarcando; por ende no puede ser contrario a los intereses familiares, ni abusivo.

f) *Débito conyugal:*

Resurge como consecuencia de la reconciliación el débito conyugal que se traduce en la obligación de prestaciones sexuales entre los cónyuges.

g) *Asistencia:*

La reconciliación obliga al marido a la prestación a su cónyuge de “todos los recursos que le sean necesarios” art. 51, lo que va más allá del deber alimentario.

h) *Uso del apellido marital:*

Si después de obtenido el divorcio, la mujer opta por no llevar el apellido del marido (art. 9 primer párrafo de la ley y durante el lapso de la separación la mujer se hiciere conocer en el comercio, profesión o industria con su apellido de soltera, después de la reconciliación podría seguir usando su apellido de soltera sin que constituya una conducta injuriosa para su cónyuge (aplicación analógica del art. 8 de la ley 18.248).

61 Conf. Goldstein y Morduchovitz, Zannoni, Eduardo y Acuña Anzorena, Arturo.

i) *Patria potestad:*

En caso de separación de hecho de los cónyuges o de divorcio, el padre no pierde la patria potestad sobre sus hijos menores, pero se desmembra la guarda cuando la tenencia es otorgada a la madre. En caso de reconciliación, se reintegra nuevamente al padre los deberes y derechos que surgen de la guarda.

j) *Legitimación para pedir la declaración de demencia*

La reconciliación entre cónyuges divorciados o separados de hecho hace renacer la legitimación para pedir la declaración de demencia, es decir usa el impedimento del art. 144 inc. 1º del C. Civil y el art. 305 apart. V del C. Procesal Civil de Mendoza que declaran que no pueden pedir la declaración de insania los cónyuges divorciados. La doctrina ha extendido esta imposibilidad a los cónyuges separados de hecho⁶². Opinamos que al reconstituirse el hogar conyugal renace el derecho del cónyuge a pedir la declaración de demencia.

k) *Designación de curador:*

Admitiendo que el divorcio y la separación de hecho hace cesar la facultad del art. 476 del C. Civil lógico es concluir que mediando el supuesto contemplado en el art. 71 de la ley 2696 renace la facultad otorgada al cónyuge, art. 476 del C. Civil.

1) *Presunciones de paternidad:*

El art. 250 del C. Civil reza "si hubiere juicio de divorcio o nulidad de matrimonio y la mujer tuviera algún hijo nacido después de trescientos días desde que la separación tuvo lugar, no se presume la paternidad del marido salvo que se probare que medió reconciliación privada al tiempo de la concepción". Durante el juicio de divorcio se invierte la presunción de paternidad, la que no se presume salvo que mediere reconciliación. Es decir que si se prueba la reconciliación, con los caracteres que venimos estudiando hasta el momento, se presume la paternidad.

62 MOSSET DE ESPANES, Luis. Los cónyuges y el pedido de declaración de insania e Inhabilitación, en *Jurisprudencia Argentina*, 24-1974, pág. 292; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, Separación de hecho entre cónyuges, pág. 51.

Además, al referirse al art. 250 la reconciliación privada entre los cónyuges, no está exigiendo la reconciliación con todos los caracteres y presupuestos que hemos expuesto, es decir la reconciliación matrimonial, sino que basta con una unión sexual entre los cónyuges para presumir la paternidad del padre.

Deducimos este aserto de la denominación utilizada: “reconciliación privada” entre los cónyuges. Este calificativo no tendría razón de ser si se alude al caso legislado por el art. 71 de la ley 2393 que es conocido por la doctrina como “reconciliación” sin aditamentos de “privada” ni “pública”.

Amén de ello la solución es congruente con el principio proteccionista de la familia legítima que inspira nuestra legislación.

Uno de los autores de la reforma de 1968, el Dr. Borda, opina “no se trata aquí de una reconciliación plena y perfecta: basta con la prueba de que hubo convivencia, aunque fuera fugaz y se limitara a una sola cúpula”.

En igual sentido ya Busso decía: “La ley no exige la prueba de una reconciliación verdadera, que supone la estimación recíproca y el mutuo perdón de las culpas; le basta con una unión de hecho”^{63 64}.

m) Delitos:

La reconciliación permite renunciar a las acciones iniciadas en los delitos de acción privada, como por ejemplo el adulterio, en cambio la reconciliación no puede impedir la sentencia criminal en los delitos de acción pública en los que ya se hubiere iniciado el proceso^{65 66}.

n) Derecho a pensión:

La sentencia que declara el divorcio por culpa de la esposa no la priva del derecho a pensión por fallecimiento de su marido, si después de aquella los cónyuges se reconcilian⁸⁶.

63 BORDA, Guillermo A., op. cit., t. n., N° 627, pág. 28.

64 BUSO, Eduardo, Código Civil Anotado, t LL- Familia, (Buenos Aires, Ediar, 1958), pág. 445.

65 Ibidem, pág. 253; MACHADO, José, op. cit., pág. 381.

66 SALAS ACDEEL, E., Código Civil Anotado, t. I., pág. 116 CF. 19-8-35, L.L. 81-420.

ñ) Vocación sucesoria:

El art. 3574 priva de derecho sucesorio al cónyuge culpable en el divorcio y el art. 3575 del C. Civil reformado por la ley 17.711 niega la vocación sucesoria al cónyuge culpable separado de hecho, sin voluntad de unirse.

De mediar reconciliación entre los cónyuges, renacerá la vocación sucesoria entre los mismos ⁶⁷.

o) Derecho de habitación concedido al cónyuge superstite por el art. 3573 bis:

El divorcio o separación de hecho por culpa del cónyuge superstite impide el derecho real que surge del art. 3573 del C. Civil, por cuanto no se da el fundamento de la misma; sin embargo mediando reconciliación entre los cónyuges renacería dicho derecho, siempre y cuando el viudo viviera en el hogar conyugal al tiempo de la muerte ⁶⁸.

p) Custodia y disposición del cadáver cónyuge superstite:

Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado el principio del derecho preferencial de custodia y disposición del cadáver que tiene el cónyuge superstite fundado en el afecto mutuo que se profesan los cónyuges, si mediare separación ⁶⁹ o divorcio, al no existir la comunidad espiritual que le servía a base, desaparece para el cónyuge superstite este derecho preferencial. Pero si se produjera la reconciliación entre los esposos desavenidos renacería el derecho preferencial a la inhumación y custodia del cadáver así como a los actos de disposición sobre el mismo.

q) La indivisión hereditaria del art. 53 de la ley 394:

“Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o de otra índole, tal que constituye una unidad económica, el cónyuge superstite que lo hubiere adquirido o formado en todo o en parte podría oponerse a la división del bien por un término

67 BELLUSCIO, Augusto César y ZANNONI, Eduardo, Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, t. I., comentario al art. 71 de la ley 2393.

68 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, La separación de hecho entre cónyuges, (Buenos Aires, Astrea, 1978), pág. 220.

69 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, op. cit., pág. 214.

máximo de 10 años... lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante si fuese la residencia habitual de los esposos”.

El divorcio o la separación de hecho, por culpa de uno de los cónyuges hace perder el derecho de solicitar la indivisión temporaria de la unidad económica que el solicitante debe haber contribuido a formar ya sea con fondos propios o gananciales de su administración o de la casa habitación ganancial. Producida la reconciliación entre los cónyuges renace el derecho a pedir la indivisión.

r) *Indignidad por acusación criminal:*

“Es también indigno” el que voluntariamente acusó o denunció al difunto de un delito que podría hacerlo condenar a prisión o trabajos públicos por 5 años o más” (art. 3293 C. Civil).

Y el art. 3297 del C. Civil dispone: “Las causas de indignidad mencionadas en los artículos precedentes, no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen, aún cuando se ofreciere probar que el difunto no tuvo conocimiento de esos hechos al tiempo de testar ni después.

El artículo antes transcrito alude al perdón expresado en testamento posterior a los hechos que fundarían la declaración de indignidad. Consideramos siguiendo a Zannoni y a Borda⁷⁰ que la reconciliación que no consta en testamento pero cuya prueba es plenamente satisfactoria cumple la exigencia del art. 3297.

II. *Efectos patrimoniales de la reconciliación*

El art. 1304 dispone: “La separación judicial de bienes podrá cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública o si el juez lo decretase a pedimento de ambos. Cesando la separación judicial de bienes, éstos se restituyen al estado anterior a la separación como si ésta no hubiere existido, quedando válidos todos los actos legales de la mujer durante el intervalo de la separación como si hubiesen sido autorizados por el marido”.

⁷⁰ ZANNONI, Eduardo, Derecho de las Sucesiones, t. I., (Buenos Aires, Depalma, 1970), pág. 181; BORDA, Guillermo A., Derecho de las Sucesiones, t. I., (Buenos Aires, Perrot, 1959), pág. N° 84.

Las dificultades surgen de conciliar este texto con el art. 71 de la ley de matrimonio civil, mientras que este último dice que cesan de pleno derecho los efectos del divorcio cuando se produce la reconciliación, el art. 1304 exige para que cese la separación judicial de bienes la escritura pública o un decreto de juez a pedimento de parte. Las cuestiones a dilucidar son si la disolución de sociedad conyugal es un efecto del divorcio, o si mediando reconciliación la reanudación de la sociedad conyugal se produce de pleno derecho si se requiere escritura pública o resolución judicial.

Supongamos que un matrimonio divorciado, con la sociedad conyugal liquidada, con bienes adjudicados en propiedad a los esposos y un acrecentamiento de bienes de la mujer por derecho propio acaecido durante la separación, se reconcilia. Dicha reconciliación ¿hará renacer la sociedad conyugal ipso iure (art. 71 L.M.C.) o requerirá el previo otorgamiento de escritura pública o decreto judicial, a pedido de parte (art. 1304 C. Civil)?.

Las dos posiciones han sido asumidas por la doctrina de nuestro país.

a) Restablecimiento de la sociedad conyugal se opera ipso iure con la reconciliación:

Esta posición ha sido sostenida por Machado, Guaglianone, Borda, Salas, Trigo Represas, Fassi y Bosert ⁷¹. Si media reconciliación entre los cónyuges la sociedad conyugal se restablece ipso iure sin que resulte necesario el previo otorgamiento de escritura pública o el decreto judicial a pedimento de parte.

Basan su postura en que el art. 71 de la ley de matrimonio civil cuando dice “cesan los efectos del divorcio ya declarado” no distingue entre efectos personales y patrimoniales del divorcio. Y siendo la disolución de la sociedad conyugal un efecto necesario del divorcio en virtud de lo dispuesto por el art. 1306 del C. Civil, por imperio de lo establecido en el art. 71 cesa ipso iure la disolución de la sociedad conyugal.

Guaglianone y Borda consideran que el art. 1304 está dirigido al supuesto de mala administración del marido derogado por la ley 11.357.

71 MACHADO, José O., Exposición y comentarío del Código Civil Argentino, t. I., (Buenos Aires, Depalma), pág. 383; GUAGLIANONE, op. cit.; BORDA, Guillermo, op. cit.; SALAS ACDEEL, E., y TRIGO REPRESAS, Félix. Código Civil Comentado, t. II., pág. 125.; FASSI Y BOSERT, Sociedad Conyugal, t. II., (Buenos Aires, Astrea, 1978).

b) Restablecimiento expreso de la sociedad conyugal:

Esta postura es sostenida por López de Carril, Spota, Zannoni, Gil Iglesias, Lagomarsino ⁷².

Este sector de la doctrina opina en cambio que la reasunción de la extinguida sociedad conyugal, no opera de pleno derecho sino que al reconciliarse deben los esposos hacer constar en forma auténtica o sea en escritura pública o por pedimento decretado judicialmente, los bienes que nuevamente aportan al matrimonio.

Esta posición fue esbozada en nuestro país con gran acierto por López del Carril, "La reconciliación no puede por sí sola cambiar el carácter de los bienes propios, no gananciales, no puede hacerlos retornar a un estado que ha perdido y no puede resucitar la extinguida sociedad conyugal y darle vida retroactiva a lo que estaba muerto; para ello es necesario el consentimiento de ambos esposos y su manifestación expresa en escritura pública".

Basa su postura en:

- 1) Las fuentes del art. 1304 del C. Civil que son el Derecho Francés y los arts. 1.414 y 1.415 del Anteproyecto de Freitas, en las que la reconciliación de los cónyuges no produce de pleno derecho la reasunción de la sociedad conyugal.
- 2) El art. 71 de la Ley de Matrimonio Civil, cuando dice "cesan los efectos del divorcio ya declarado" a los efectos personales del divorcio y no a los patrimoniales.
- 3) El divorcio no tiene como lógica consecuencia la disolución de la sociedad conyugal sino que ésta debía solicitarse por la acción de separación de bienes.

Los lógicos razonamientos de López del Carril pierden importancia después de la reforma del art. 1306, que dispone que, el divorcio produce de pleno derecho la disolución de la sociedad conyugal.

La moderna doctrina, ha replanteado y reformulado esta teoría; así Zannoni, nos dice que si bien partiendo de la refor-

72 LOPEZ DEL CARRIL, "Sociedad Conyugal y reconciliación", en J.A., 1958-IV. N° 4, pág. 130; SPOTA, Alberto, op. cit.; ZANNONI, Eduardo op. cit.; GIL IGLESIAS, Roberto A., op. cit.; LAGOMARSINO, Carlos, op. cit.

ma del art. 1.306 podría sostenerse que la reconciliación resuelve ipso iure los efectos de la participación quedando a salvo los derechos de terceros, esto resultaría casi imposible jurídicamente; plantea el supuesto “de que liquidada la sociedad conyugal un inmueble aue sea de titularidad del marido se adjudicó a la mujer y se inscribió el dominio a su nombre en el Registro de la Propiedad y un automotor adquirido en condominio entre los cónyuges que se adjudicó en forma plena a uno de ellos y fue inscripto en el Registro del Automotor. Sería imposible jurídicamente que la reconciliación ipso iure restituyera el inmueble al marido y el automotor al dominio de ambos”.

Lógicamente —continúa diciendo Zannoni— será necesario la escritura pública o el decreto judicial para cambiar la titularidad de los bienes.

Spota considera que el art. 1304 otorga una publicidad deficiente, que permite dar certeza relativa al paso de un régimen a otro.

Nuestra opinión:

Consideramos que:

- a) El art. 1304 no se limita al supuesto que contemplaba el art. 1294 ya que la ley se expresa en términos generales y es sabido que “ubi lex non distinguit nec nos distiguire debemos”.
- b) Operada la reconciliación la sociedad conyugal comienza a funcionar de pleno derecho para el futuro. Ello es así porque cuando el art. 71 expresa “cesan los efectos del divorcio ya declarado”, se refiere a que, a partir del momento de la reconciliación, desaparecen los efectos del divorcio. Pero no a que éstos cesan retroactivamente como si nunca hubieren estado los cónyuges divorciados.

Razonemos en torno al deber de fidelidad: éste renace de pleno derecho a partir de la reconciliación. Pero el deber de fidelidad renace para el futuro y no para el pasado; ya que sería un absurdo, por ejemplo, que si un cónyuge divorciado ha vivido en concubinato y que luego se reconcilia con su cónyuge, se pretenda retroactivamente hacer desaparecer la unión extramatrimonial como si nunca hubiese existido.

Cosa similar ocurre con los bienes: la reconciliación hace cesar los efectos del divorcio; dentro de los efectos necesarios del divorcio se opera (según el art. 1306) la disolución de la sociedad con-

yugal. La reconciliación reanuda la sociedad conyugal para el futuro pero no retroactivamente, ya que sería una ficción suponer que el divorcio no existió.

Por lo expuesto a partir de la reconciliación todos los bienes que adquieran los cónyuges en forma particular o conjunta serán gananciales; los bienes que por partición se les hubiesen adjudicado o hubieran adquirido con posterioridad durante la separación serán propios.

- e) El art. 1304 del C. Civil se aplica cuando los cónyuges quieran volver al régimen anterior; es decir, cuando por escritura pública o por decreto judicial quieran alterar la partición de bienes y el carácter de propios que los mismos tienen, aportándolo nuevamente al matrimonio en carácter de gananciales.

Es claro el párrafo del art. 1304 que expresa: “éstos se restituyen al estado anterior a la separación como si ésta no hubiese existido”. Ese restituir los bienes a un estado anterior al divorcio, teniendo como base la ficción de que el divorcio no ha existido, es apartarse de la realidad: por eso esa alteración en el carácter real de los bienes, debe hacerse por escritura pública o por decisión judicial a petición de parte.

- d) De esta forma se respeta el interés de los terceros.
- e) De considerar que se debe aplicar el art. 71 en todos los casos, tiene como resultado crear una ficción jurídica, cual es considerar que los cónyuges nunca estuvieron divorciados. Pensamos que si bien el derecho algunas veces, motivados por intereses jurídicos se vale de ficciones; en el caso de la reconciliación no sólo no se vislumbra cuál es el interés social, sino que tampoco la ley (art. 71) expresamente hace referencia al supuesto.

c) Donaciones:

Con respecto a las donaciones que hubieren hecho los esposos (art. 1217 inc. 3 del Código Civil) la doctrina se encuentra dividida; mientras que algunos autores consideran que las mismas renacen por efectos de la reconciliación, otro sector de la doctrina estima que tal renacimiento no se produce, ya que el divorcio no las revoca.

Estimamos que el tema tiene solo un interés teórico ya que no son usuales en nuestro país los pactos nupciales entre cónyuges.

En nuestra opinión la revocación de la donación no es una consecuencia necesaria del divorcio. El cónyuge inocente tiene la *facultad* de revocar las donaciones: por lo tanto no es una consecuencia sine qua non del divorcio. De haber optado el cónyuge inocente por la revocación de las donaciones, sólo podrían renacer por un acto en contrario del donante.

Si bien hemos venido afirmando en base al texto del art. 71 de la Ley de Matrimonio Civil que la reconciliación hace cesar los efectos del divorcio, no puede hacer cesar la revocación de las donaciones, pues ello no constituye un efecto ipso iure del divorcio.

Por ende las donaciones ante la reconciliación continúan firmes y no podrán ser revocadas en el futuro. De haberse revocado requerirán de un acto contrario del propio cónyuge, debido a la inseguridad jurídica que frente a terceros resultaría de la readmisión de una retractación tácita de la revocación ⁷³.

G. Cuestiones procesales.

I. Prueba:

a) *Carga*: siguiendo los principios generales en materia probatoria, la carga de la prueba incumbe a quien alegare la reconciliación ⁷⁴.

b) *Medios*:

Cabe admitir todos los medios de prueba para demostrar la existencia de la reconciliación. Inclusive consideramos que es dable aceptar la prueba de confesión para acreditarla, a pesar que la misma se encuentra expresamente vedada para los juicios de divorcio en el art. 70 de la Ley de Matrimonio Civil. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que no puede inspirar acá la misma desconfianza que se aplica a los hechos que sirven de base a la demanda de divorcio ⁷⁵.

II. Momento:

Puede invocarse en cualquier estado de la causa.

73 SALAS ACDEEL, E., op. cit., pág. 159; LLERENA, Baldomero, Código Civil Anotado, t. I., (Buenos Aires, Depalma, 1970); ACUÑA ANZORENA, E., op. cit.; LAGOMARSINO, Carlos, op. cit.

74 GOLDSTEIN, Mateo y MORDUCSHOWITS, Fernando, op. cit., pág. 38.

75 SALAS ACDEEL, E., op. cit., pág. 153; MACHADO, José O., op. cit., t. I., pág. 383; BUSSO, Eduardo, op. cit., t. 2, pág. 254; LAGOMARSINO, Carlos op. cit.

III. Juicio de divorcio:

Si se alegare después de dictada sentencia de divorcio, se hará con ella un incidente por separado.

IV. Juicio sucesorio:

No resulta vía idónea para probar la reconciliación el juicio sucesorio, por las características de este tipo de proceso; consideramos que el cónyuge que pretende recuperar su vocación hereditaria, debe probar en juicio ordinario la reconciliación.

H. Conclusiones:

A modo de apretada síntesis señalamos las siguientes conclusiones:

Concepto:

1. La reconciliación es el acto jurídico que, supone la voluntad de ambos cónyuges en el sentido de restituir a su plenitud los deberes y derechos impuestos por el matrimonio.

Naturaleza jurídica:

2. La reconciliación es un acto jurídico.

Caracteres :

3. Es bilateral, no formal, pura y simple, expresa o tácita.
4. Son presupuestos de hecho necesarios e imprescindibles,
 - a) previa separación o divorcio entre los cónyuges,
 - b) ánimo de rehacer la vida en común.
5. La mera unión sexual entre los cónyuges no importa reconciliación.
6. La cohabitación es un hecho que presupone la reconciliación y que admite prueba en contrario.
7. Además de la cohabitación a la que se refiere el art. 71 hay otros hechos de los que puede deducirse la reconciliación.

Efectos:

8. Los hechos injuriosos anteriores a la reconciliación no bastan por sí para fundar una demanda de divorcio, pero pueden ser tenidos en cuenta si se entabla una nueva acción.
9. Sólo las ofensas conocidas por los cónyuges al tiempo de la separación son perdonadas con ella, no así aquellas de las que no se tuviera conocimiento.
10. Con la reconciliación caducan las medidas precautorias dictadas durante el juicio de divorcio.

11. Renace el deber de cohabitar.
12. Resurge el derecho del marido de fijar el domicilio conyugal.
13. Reaparece el deber de asistencia.
14. La mujer que durante el divorcio se ha hecho conocer en su profesión o industria con su apellido de soltera, después de la reconciliación puede seguir usándolo.
15. Se reintegran al progenitor que tiene la patria potestad, los derechos y deberes de la guarda.
16. Renace la facultad del cónyuge de pedir la demencia y de ser designado curador y el derecho a pensión.
17. La reconciliación mencionada en el art. 250 del C. Civil, se configura con la prueba de la unión sexual entre los cónyuges.
18. Renacen los derechos sucesorios, el derecho de habitación concedido al cónyuge superstite, el derecho de custodia y disposición del cadáver del cónyuge superstite, el de pedir la indivisión hereditaria del art. 53 de la ley 11.394.
19. La reconciliación matrimonial deja sin efecto la indignidad de aquel que acusó o denunció al causante de un delito que podría hacerlo condenar a prisión o trabajos públicos por más de 5 años.
20. Operada la reconciliación la sociedad conyugal empieza a operar de pleno derecho para el futuro, pero no retroactivamente; el art. 1304 se aplica cuando los cónyuges quieran volver los bienes al estado anterior al del divorcio.
21. La reconciliación no hace renacer las donaciones revocadas.
22. Se puede probar por cualquier medio.
23. Se puede alegar en cualquier estado del proceso.
24. Para recuperar la vocación hereditaria es necesario probar la reconciliación por cualquier medio.