

SUCESIONES - Sucesión intestada - Órdenes sucesorios - Supuestos de exclusión del cónyuge - Divorcio vincular

Autor: Russo, Federico

Título: Exclusión de la vocación hereditaria y divorcio incausado

Publicado: RDF 68-267

Sección: DOCTRINA

(*)

I. Vocación hereditaria

Se impone como preliminar a cualquier análisis que se pretenda desplegar sobre la exclusión hereditaria determinar el contenido de ésta, pues no puede partirse de un preconcepto sin determinar su alcance para permitir un análisis completo y acabado de la temática en estudio.

En este sentido, podemos definir la vocación hereditaria como el llamamiento a concurrir como heredero a la sucesión del causante. Este llamamiento implica también una diferenciación entre la titularidad de la vocación hereditaria y la titularidad de la herencia.

La titularidad de la herencia se adquiere con efecto retroactivo al día de la apertura de la sucesión, al ejercerse el derecho de opción y aceptar la sucesión deferida (art. 3313 del Código Civil). Antes de entonces, sólo se es titular de una vocación hereditaria, la que se consolida como titularidad de la herencia al aceptarla, lo que inviste con la calidad de heredero al aceptante (1).

Al mismo tiempo, es dable también distinguir los conceptos de vocación eventual y actual, según el orden y grado del llamamiento que se actualice a la apertura de la sucesión. Así pues, los órdenes hereditarios de descendientes, cónyuge supérstite, ascendientes y por último colaterales, se excluyen entre sí, a excepción del cónyuge supérstite, que concurre tanto con los ascendientes como con los descendientes, y dentro de cada orden, el grado más próximo excluye al más remoto, salvo el derecho de representación (art. 3546, CCiv.).

Quien detenta una vocación eventual puede actualizar su llamamiento por falta de concurrencia de quien detente la vocación actual y se vea privado de materializarla por cualquier causa que excluya su llamamiento, en atención a los respectivos órdenes sucesorios, los grados hereditarios y, lógicamente, conforme al sistema del derecho de representación.

Esta circunstancia sólo puede acaecer luego de abierta la sucesión, pues es allí cuando podremos evaluar la actualidad o eventualidad de los distintos llamamientos y a todo evento determinar la exclusión de un llamamiento actual y la actualización consecuente de un llamamiento eventual, como ocurriría al ser declarado indigno un descendiente a la sucesión de su ascendiente (art. 3301, CCiv.), y con ello por aplicación del derecho de representación inmediatamente actualizaría su llamamiento el descendiente en grado inmediato posterior, quien hasta entonces detentaba una vocación eventual.

La vocación hereditaria trasunta entonces, en este lapso originado con la apertura de la sucesión (art. 33282, CCiv.) y hasta la consolidación en el llamado, de la calidad de heredero producida por la aceptación (art. 3344, CCiv.), ya sea esta última expresa, tácita o presumida por la ley (nota al art. 3313, CCiv.), oportunidad en la que se materializa la adquisición de la herencia para lo futuro y retroactivamente desde la apertura misma de la sucesión ocurrida con la muerte del causante. Es decir que aquella vocación actual se encuentra sujeta, entonces, a la condición resolutoria de que no ocurra la aceptación de la herencia en el plazo legal previsto (art. 3313, CCiv.), resolviéndose ella o consolidándose según se repudie o tome la herencia por el heredero de vocación actual.

1. Vocación hereditaria del cónyuge

Particularmente resulta de nuestro interés destacar algunas particularidades del llamamiento hereditario del cónyuge supérstite, pues con su fallecimiento fenece el vínculo que legalmente unía a ambos sujetos, lo que a su vez produce la coetánea disolución de la sociedad conyugal, sumado ello a la particular concurrencia de este orden hereditario en conjunto con los restantes órdenes de descendientes y ascendientes, pero con la exclusión del orden de los colaterales.

El fundamento primigenio y filosófico legal del llamamiento hereditario del cónyuge supérstite radica en el afecto presunto del cónyuge, la comunidad de vida y sentimientos mutuos (2), en satisfacer el deber de asistencia y proyectar la solidaridad conyugal más allá de la muerte en virtud del *ius conyugii* (3).

Es más, tan importante y tanto peso tiene el fundamento expuesto que, incluso cuando subsiste el vínculo matrimonial pero no la vinculación afectiva y moral que plasman la impronta del proyecto comunitario, la vocación hereditaria también cede, y por ende no se actualiza el llamamiento. Tal ejemplo de ello es el propio art. 3575 del Código Civil, según el cual: "...Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso que viviesen de hecho separados sin

voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente. Si la separación fuere imputable a uno de los cónyuges, el inocente conserva la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el art. 3574..."

Por ende, resulta evidente que "...El principio general es la exclusión de la herencia del cónyuge separado de hecho, ya que el vínculo jurídico matrimonial cede frente al hecho de la interrupción de la convivencia por faltar condiciones de eficacia de la vocación hereditaria del cónyuge, que son el vínculo y la comunidad de vida manifestada en la ' *affectio maritalis*', de la que carecen quienes no viven juntos y no tienen voluntad de unirse (C. Nac. Civ., sala D, 21/2/1995, LL 1995-D-345, DJ 1995-2-980)"(4).

Este principio rector ha guiado la normativa por un inequívoco sendero tendiente a establecer las pautas que rigen la vocación hereditaria de los cónyuges, avanzando en su profusa evolución desde el sistema primigenio del Código de Vélez, según el cual, tras el divorcio decretado judicialmente, subsistía la vocación hereditaria del cónyuge que no hubiera dado causa a él (5), luego con la secularización establecida por la ley 2393 y la imposición del principio de "divorcio sanción" como eje basamental del sistema matrimonial, la ulterior y efímera vigencia de la ley en materia de divorcio vincular, la modificación impuesta al texto del art. 3574 del Código Civil por la ley 17.711, el giro dogmático generado por la ley 23.515 y la incorporación del divorcio vincular, hasta la reciente sanción de la ley 26.994, que en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorpora el concepto de "divorcio incausado" como corolario de este derrotero normativo.

En todos estos casos, la vocación hereditaria del cónyuge se vislumbró a través del cristal del "*ius conyugii*", concibiéndolo según la evolución de la valoración positiva que de las relaciones se evidenciaba. Así, puede decirse que en cada punto del proceso de formación normativa la discusión plasmó lo que por entonces se consideró como el más fiel reflejo del " *affectio maritalis*" a dicho tiempo.

2. Exclusión de la vocación hereditaria

Dado entonces el concepto de vocación hereditaria, extendido en su acepción al llamamiento del cónyuge supérstite, corresponde delimitar aquellos supuestos en los que un llamamiento carece de actualidad y, por ende, se produce la exclusión de esa vocación hereditaria que no se actualiza.

a) Causales

Diversas pueden ser las causales que concluyan con la exclusión de la vocación hereditaria, pero aquí sólo merita analizar aquellas que tienen relevancia en la relación hereditaria originada en el orden del cónyuge por causa de divorcio, por ser esa la temática general de este trabajo.

b) Divorcio

La institución del divorcio se ha concebido con distinto alcance en nuestro sistema normativo desde sus principios hasta la actualidad. Como se resaltara precedentemente, el Código de Vélez contemplaba un divorcio acotado, a la luz de la concepción actual de él, que sólo representaba una mera separación de cuerpos, pues el vínculo emergente de la unión matrimonial nacía y permanecía como indisoluble por voluntad de las partes o disposición judicial.

Esta premisa no se ve afectada por los supuestos de nulidad del matrimonio, pues sabido es que la nulidad no disuelve el vínculo sino que importa retrotraer las cosas a su estado anterior, ya que el vicio que acarrea la nulidad se encuentra presente en la génesis misma del acto atacado, con lo cual no se disuelve un vínculo actual sino que se deshace un acto viciado.

Aquel divorcio primigenio (no vincular) no producía per se la exclusión de la vocación hereditaria para los cónyuges divorciados, sino que solamente privaba de ella a aquel que hubiera dado causa a la ruptura (art. 3574, CCiv.), subsistiendo para el inocente.

Esta concepción importaba considerar la pérdida de la vocación hereditaria como una sanción al accionar ilegítimo del cónyuge culpable en la ruptura marital, por lo cual sólo cabía aceptar (a contrario sensu) que el inocente debía conservar con absoluta plenitud su vocación hereditaria, como reflejo a su irreprochable accionar. La sanción impuesta al culpable devenía entonces en evidente, pues aquél había traicionado con sus actos ilícitos el *affectio maritalis*, mientras que el inocente conservaba tal atributo por haber sido fiel a tal premisa.

Con la incorporación de un nuevo párrafo al art. 3574 del CCiv. con la sanción de la ley 17.711, se mantuvo la concepción descripta, pero siempre y cuando se conservara fiel a este *affectio*, al decir que "...Empero, el cónyuge inocente perderá el derecho hereditario si hubiese incurrido en adulterio o en actos de grave conducta moral con posterioridad a la sentencia de divorcio...". Esto resulta evidente, pues, al no disolverse el vínculo con el divorcio, los deberes matrimoniales continuaban vigentes y, por ende, su conducta debía ajustarse a los mismos parámetros que antes del divorcio, so pena de perder también la vocación hereditaria(6).

Sin mayores cambios en la concepción se desarrolló la legislación hasta la modificación que logró estabilidad en el tiempo con lo preceptuado por la sanción de la ley 23.515.

Esta norma incorpora a nuestro sistema ya en forma definitiva el concepto de divorcio vincular. Este nuevo divorcio pone fin a la unión matrimonial y, por ende, los sujetos recuperan inmediatamente la aptitud nupcial.

Lógicamente, si los sujetos ya no se encuentran unidos por vínculo alguno y pueden contraer nuevas nupcias, se colige que aquel *affectio maritalis* del que hablamos precedentemente ya no existe y, por ende, pierde todo basamento la subsistencia de la vocación hereditaria entre los ex cónyuges (art. 217 CCiv.) (7).

Al mismo tiempo, la nueva normativa mantiene y adapta el sistema de divorcio anterior, denominado "separación personal". Este remozado instituto permite obtener un "divorcio no vincular", con idénticos efectos que los previstos por la normativa anterior, claro está que esta separación personal siempre estará sujeta a ser luego convertida en divorcio vincular y consecuentemente extenderse los efectos de este último sobre ambos ex cónyuges (arts. 216 y 238 del Código Civil).

c) Causales objetivas

Lo hasta aquí dicho resulta de plena aplicación tanto a las causales subjetivas (aquellas que importa atribución de culpabilidad) como para las causales objetivas (aquellas fundadas en situaciones fácticas carentes de imputación de responsabilidad).

La separación de hecho sin voluntad de unirse (arts. 204 y 214, CCiv.), la presentación conjunta (arts. 205 y 215, CCiv.), la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular (art. 216, CCiv.) y la causal de separación personal por las alteraciones mentales graves de carácter permanente y que impidan la vida en común (arts. 203 y 238, CCiv.). Con la salvedad del último párrafo del art. 204, el cual se ha entendido como la subjetivación de la causal objetiva (8), concepción que personalmente no comparto, pues dejar a salvo los derechos de un cónyuge no implica necesariamente imponer culpa en el otro, pues ello ya importaría alegar la existencia de abandono voluntario y malicioso por parte del otro cónyuge (art. 202, inc. 5º, CCiv.). Recuérdese que el abandono citado no se limita a la mera interrupción de la convivencia, pues también incurre en abandono aquel que expulsa al otro, el que torna imposible la continuidad de la cohabitación con sus actos y/o en definitiva quien se abstrae voluntariamente de los deberes matrimoniales(9). Esto no es más que la consagración de los principios esbozados precedentemente, pues la necesaria consecuencia de un divorcio decretado por causales objetivas es que los divorciados carecen de aquel *affectio maritalis* que otrora sustentara la vocación hereditaria (10).

Una mención aparte merece el art. 203 y la causal que éste prevé. No se escapan a lo expuesto los especiales efectos contemplados en este artículo.

Prevé el art. 208 del CCiv. que para el caso de decretarse la separación personal por las alteraciones mentales graves y permanentes de uno de los cónyuges cuando éstas impidan la vida en común subsistirá para el cónyuge enfermo el derecho alimentario previsto por el art. 207, CCiv. (aquél suficiente para mantener el mismo nivel de vida que detentaban mientras estaban casados, atendiendo a las pautas contempladas en el artículo citado), con más los medios necesarios para su tratamiento y recuperación. Esta obligación subsistirá incluso luego de convertirse la separación personal en divorcio vincular y tras el fallecimiento del cónyuge alimentante como carga en la sucesión de aquél, "...debiendo los herederos prever, antes de la partición, el modo de continuar cumpliéndola" (art. 208, último párrafo, CCiv.).

Claramente el fundamento de esta carga es netamente asistencial, pues pretende la protección del cónyuge enfermo y no presupone ni la continuidad del *affectio maritalis* ni la subsistencia de la vocación hereditaria, pues claramente diferencia a quien fuera el cónyuge enfermo de los herederos del cónyuge sano, a quienes les impone una carga que no represente en modo alguno un llamamiento hereditario para el beneficiario de aquélla.

En consecuencia, el propio artículo le resta carácter hereditario al beneficio otorgado, relegándolo al carácter de carga de la sucesión del obligado al pago. Incluso si la sucesión resultara vacante, la carga subsistiría a pesar de no existir heredero que actualice su llamamiento y, por ende, diferirse la sucesión al Fisco por el dominio eminente del Estado.

Es decir que en ningún caso puede asimilarse esta obligación a un derecho hereditario a favor del ex cónyuge enfermo.

II. El divorcio incausado

Si el *affectio maritalis* fue el eje de los párrafos precedentes, también ha de ser el puntal inicial de los venideros, pues justamente aquel principio es el que ha dado lugar al desarrollo de la doctrina del divorcio incausado, consagrado recientemente por nuestra nueva Codificación Civil y Comercial (ley 26.994).

Se abre entonces un nuevo paradigma como resultado de la consecuente evolución del divorcio en nuestro sistema de derecho matrimonial.

Aquella distinción que marcó una nueva concepción de ver el divorcio como un remedio y no como una sanción, como una herramienta que permita la reconsolidación de la vida social de los cónyuges que integran una familia desquiciada, desensamblando un vínculo que no ha resultado beneficioso para quienes lo integran. La idea del divorcio remedio impone un presupuesto superador, desde el cual el objetivo de la ruptura no es sancionar por el fracaso matrimonial, sino

aportar a la construcción de una nueva realidad familiar que permita evolucionar en un mejor estándar de vida y relación para los sujetos de una sociedad.

Así las cosas, la culpabilidad o atribución de responsabilidades en el fracaso del proyecto matrimonial pasa a un segundo plano, opacado por el objetivo de resolver el conflicto que hace imposible la vida en común, quitando la obligación de mantenerla, lo que permitirá a las partes evolucionar en nuevas relaciones más constructivas.

No es menor que el nuevo ordenamiento no haya contemplado la subsistencia del sistema de separación personal, es decir, aquel divorcio no vincular que sí sobrevivió a la sanción de la ley 23.515. Entiendo que la expectativa de la política parlamentaria apuntó a unificar los sistemas y lograr una única herramienta que resuelva el conflicto, y no permitir la subsistencia de sujetos separados, pero aún unidos por vínculo matrimonial.

La propia experiencia ha demostrado que la iniciación de trámites de separación personal sólo se ha debido a la falta de suficiente tiempo de matrimonio como para habilitar la iniciación de un divorcio vincular de común acuerdo (tres años, conf. art. 215, CCiv.), pues, al cumplirse el plazo de un año previsto en el art. 216 del CCiv., cualquiera de los cónyuges separados personalmente tras dos años de matrimonio podría solicitar la conversión en divorcio vincular, sin que el otro cónyuge pudiera oponerse a ello.

Sin perjuicio de esto, algunos autores se han mostrado disconformes con esta política y propiciaron la incorporación del sistema anterior de separación personal para su existencia con el nuevo, como una opción para los cónyuges que desearan separarse pero no disolver su vínculo [\(11\)](#).

Causales subjetivas

Ya se delineaba en nuestro derecho la corriente que impulsaba la concepción del divorcio como un remedio y se hablaba por entonces de la "crisis del concepto de culpa" en la materia.

Empero, en nuestra legislación coexisten actualmente ambos sistemas, hasta tanto entre en vigencia el nuevo ordenamiento impuesto por la ley 26.994.

Las causales subjetivas contempladas en el art. 202 del Código Civil regulan el denominado divorcio sanción e imponen una consecuencia jurídica al actuar disvalioso del cónyuge, por la violación de los deberes matrimoniales, tanto los nominados en los arts. 198 y 199 de la legislación sustancial como aquellos que se infieren de las propias causales de divorcio consagradas en el citado art. 202 por expresa remisión del art. 214, inc. 1º, del citado Código.

Por su parte, las causales contempladas en los arts. 203, 204 y 205, los correlatos de las dos últimas en los arts. 214, inc. 2º, y 215 y el art. 216 del Código Civil, regulan las llamadas causales objetivas, en las que no se atribuye culpa alguna como consecuencia del divorcio o separación personal, a las que ya me he referido anteriormente.

Esta atribución de culpabilidad importa llanamente imponer una sanción por el obrar ilícito de uno de los cónyuges. Si existe una causal subjetiva que impone una consecuencia jurídica a un accionar, es porque existe una obligación legal de actuar de manera tal que no se incurra en dicha causal.

Dicho en otros términos, los deberes matrimoniales no se limitan a los contemplados en los arts. 198 y 199 del CCiv. (fidelidad, asistencia, alimentos y cohabitación), sino que pueden inferirse muchos otros del restante ordenamiento vigente en la materia. Precisamente, las causales de divorcio son fuente de concretos e innominados deberes matrimoniales, que se infieren como obligaciones negativas del art. 202 del Código Civil. Así, pues, puede establecerse el deber matrimonial de "no injuriar al cónyuge", el de "no intentar contra su vida y/o la de sus descendientes" y el de "no instigar al cónyuge a cometer delitos".

Estos deberes matrimoniales se imponen como consecuencia de la sanción que emerge si se llevan a cabo los actos enumerados en el citado art. 202, CCiv.

Esta estructura matrimonial, regida por un cúmulo de normas que reglaron al extremo la vida matrimonial, concluyó con una indiscutible realidad que puso en crisis el matrimonio como se lo concibió históricamente.

El Dr. Ricardo Lorenzetti, con base en la experiencia recopilada en el desarrollo del proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, ha sostenido que no solamente se evidenció un constante descenso en la celebración de matrimonios, sino que el sistema perfeñado para acceder a su disolución evidenció un claro fracaso. La litigiosidad matrimonial se multiplicó exponencialmente, sumado a lo encarnizado de los litigios que por estas cuestiones se entablaron. Las cuestiones sometidas a juicio sobrepasaron las capacidades del juzgador, quien malamente podría encausar un conflicto nacido en el propio seno familiar, toda vez que los enconos, reproches y reclamos exceden por más cualquier actividad jurisdiccional que se pretenda. Asimismo, también sostuvo que el divorcio en sí mismo no puede generar responsabilidad, pues "...no puede existir expectativa a la vida matrimonial indemnizable..." [\(12\)](#).

Colijo que estas conclusiones se refieren efectivamente a aquel "*affectio maritalis*" o "*ius conjugii*" al que me he referido en los párrafos anteriores. Esta concepción más amplia del matrimonio nos permite escindir las obligaciones legales de las morales, reservar estas últimas a los particulares y extraerlas definitivamente de la órbita del accionar de la justicia.

Ello no importa otorgar una suerte de indemnidad a los cónyuges para que se propinen cualquier tipo de daño. Muy por el contrario, los daños que por cualquier causa se infieran los cónyuges deberán ser reparados y sancionados como antes; empero, ello no acarreará consecuencias en el derecho matrimonial, que resulta absolutamente ajeno a tales actos.

Ya lo ha interpretado Zannoni a la luz de la legislación hoy vigente, en la comprensión de escindir el concepto de divorcio de las expectativas resarcitorias que en materia de responsabilidad civil emergen luego de una disolución matrimonial culpable. Claramente, sólo podrá engendrar derecho a reparación aquel daño inferido por los actos constitutivos de las causales que a la postre concluyeron fundando el divorcio decretado, pero no la frustración de la vida matrimonial, la que se pierda tanto para el no culpable como para el culpable, pero que no genera por sí misma un derecho a la reparación (13).

Esta clara y poco satisfactoria realidad, incontrastable por la evidente experiencia acopiada por la jurisprudencia y comentada por la doctrina en su conjunto, impone un avance, un nuevo cambio en el paradigma matrimonial, la apertura a una nueva concepción de la disolución del vínculo, aquella que resulta como evidente consecuencia de todo el trabajo desplegado en los años de vigencia de nuestra Ley de Matrimonio Civil 23.515.

El divorcio concebido como una herramienta que venga a remediar la realidad impuesta por una familia desquiciada, disfuncional o simplemente sin más " *affectio maritalis*", se impone como paso evolutivo lógico y consecuente.

III. Divorcio incausado en el nuevo Código Civil y Comercial

No puedo dejar de reconocer que la consagración de un sistema de divorcio que no sólo se abstenga de atribuir culpabilidades por la ruptura, sino que en mayor medida se desprenda completamente de cualquier motivación que pueda fundarlo, resulta resistido por parte de la doctrina.

Resulta lógico entender que la eliminación de las causales de divorcio y su reemplazo por la sola voluntad de las partes genere más y nuevas inquietudes sobre la concepción actual y jurídica no sólo del divorcio sino también del propio matrimonio. Cabe replantearse en este contexto la nueva naturaleza jurídica del matrimonio, si es que la tiene, o si estas modificaciones no le han restado independencia como acto jurídico familiar complejo (14).

Empero, aquellas cuestiones no pueden restar mérito al gran avance que significa esta nueva concepción legal y, a todo evento, si esto implica haber llevado al acto jurídico matrimonial al estatus de "contrato", ello no puede denostar los evidentes beneficios que el nuevo sistema pretende proveer tanto a los sujetos que quieran casarse como a aquellos que quieran disolver su matrimonio.

Tal razonamiento nos lleva a plantearnos cuál es el nuevo modelo de familia que la naciente legislación contempla como basamento de su sistema regulador en materia matrimonial. Sin lugar a dudas, el modelo ha cambiado. Los deberes otrora exigibles so pena de sanción legal, como prevé el art. 199 del Código Civil vigente, según el cual un cónyuge puede exigirle al otro que restablezca la convivencia interrumpida bajo apercibimiento de negarle alimentos, se transforman para dar lugar a deberes con una única fuente moral de exigibilidad (art. 431, ley 26.994) (15), sin que su incumplimiento acarree sanción alguna, pues se encuentra fuera del ámbito de la justicia y se reserva exclusivamente al plano moral e íntimo de los cónyuges (16).

En este contexto, creo que resulta acertado afirmar que ha tomado mayor relevancia y trascendencia el *affectio maritalis* al que me refiriera en párrafos anteriores. Si este "afecto" es, en definitiva, el que determina el nacimiento de este nuevo régimen matrimonial si lo clasificamos desde su disolubilidad y la forma de lograrla.

El matrimonio, en este sentido, se basa en el afecto de los cónyuges, este "proyecto de vida en común" (art. 431, ley 26.994), el que mantendrá vivo el matrimonio mientras éste exista y concluirá con aquél por la sola voluntad de las partes (o incluso una sola de ellas, art. 437, ley 26.994) (17) cuando el afecto ya no esté presente, sin que sean de relevancia los motivos por los cuales ello ocurra.

Y esto es necesario si se entiende y se admite que nadie puede tener una expectativa exigible al cumplimiento de un proyecto de vida en común, pues esto importaría transformar en coercible el afecto y ello, se sabe, resulta inadmisibile. No puede imponerse a un cónyuge que tenga determinados sentimientos por el otro, o de otro modo no puede sancionarse a un cónyuge por no tenerlos, pues ello atenta contra los más esenciales derechos naturales de todo ser humano, consagrados por nuestra Carta Magna y los tratados internacionales de derechos humanos contenidos en ella (art. 75, CN).

Claro está que ello no significa que se permita libremente infringir un daño incausado al cónyuge sin que ello acarree la lógica sanción y/o el derecho a su reparación, pues que no exista causal de divorcio culpable no implica que el autor de cualquier hecho o acto ilícito no se vea perseguido por los efectos de la responsabilidad, concebida esta última como la obligación de reparar el daño causado.

Desde la premisa originaria de los principios fundamentales del derecho, enunciada como "*neminm laedere*", no dañar nadie o "*alterum non laedere*", no dañar a otro, como norma implícita de los sistemas que incriminan el daño injusto y como consecuencia también de la relatividad de los derechos subjetivos (18).

Así ha quedado plasmado en el art. 401 de la ley 26.994 al decir que "...no hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si correspondiera".

1. Trasmisión del derecho alimentario

Distinto es el análisis que puede extraerse del art. 434 de la ley 26.994 (19), pues, al reconocer un derecho alimentario a favor de uno de los cónyuges con posterioridad al dictado del divorcio, no está reconociendo una reparación por un eventual daño sino que los incisos a y b establecen una prestación alimentaria con un evidente y único fin asistencial. Sin perjuicio de ello, la incorporación en el último párrafo del inc. a del art. 434 de la ley 26.994 de la subsistencia de la obligación alimentaria luego del fallecimiento del alimentante y su trasmisión a los herederos de este último, llama poderosamente la atención, pues parece que este precepto excede los marcos del criterio que hasta aquí se ha venido delineando en materia matrimonial y fundamentalmente con relación al concepto de "*affectio maritalis*" tan mencionado.

Ahora bien, esta transmisión a los herederos del alimentante de la obligación existente no evidencia una clara configuración legal, pues no se alcanza a comprender cuál es la naturaleza jurídica de esta institución.

Esta obligación transmitida a los herederos no constituye un derecho hereditario especial para el beneficiario del derecho alimentario, pues no sólo no hay norma en el Libro quinto de la citada ley que consagre tal derecho, sino que específicamente el art. 2437 veda de plano tal posibilidad al establecer que no sólo el divorcio sino que "la decisión judicial de cualquier tipo que implica el cese de la convivencia, excluye el derecho hereditario entre los cónyuges".

Podría entenderse que subsiste como una carga de la sucesión, empero tampoco está contemplada como tal y el art. 2384 (20) no la menciona expresamente.

Con ello sólo cabe calificar esta trasmisión como una deuda de aquellas que se contemplan en el capítulo 5 y, por ende, el alimentado/a deberá instituirse como acreedor hereditario sin garantía real y presentarse a la masa, denunciar su crédito a fin de ser pagado (art. 2356, ley 26.994), reconociéndosele el carácter de legítimo abono a su crédito (art. 2357, ley 26.994) para obtener el cobro en el orden de prelación establecido por el art. 2358, inc. b, de la ley 26.994.

Esta última apreciación merece un análisis más profundo que sin dudas excede el marco de este artículo, pero que creo será objeto de distintas posiciones e interpretaciones, pues, según la postura que se tome sobre este tema, la solución será diferente, en una cuestión que sin dudas se habrá de aplicar en más de una oportunidad a partir de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento sustantivo sancionado por el Parlamento.

2. Atribución de la vivienda familiar

Por último, cabe preguntarse qué ocurre con la atribución de la vivienda familiar prevista por los arts. 443, 444 y 445 de la ley 26.994.

El nuevo ordenamiento establece un sistema de atribución de la vivienda matrimonial a favor de uno de los cónyuges, sea esta vivienda de carácter ganancial o incluso propia de cualquiera de los cónyuges (art. 443, ley 26.994), determinado por el juez en atención a las pautas establecidas por la misma norma.

Cabe preguntarse, entonces, si esta atribución de la vivienda, en el supuesto de radicar sobre un bien de quien no resulta adjudicatario, es oponible a los herederos de éste en el supuesto de producirse el fallecimiento del titular dominial.

Si así fuera, podríamos asimilar esta atribución a la constitución de un derecho real, que, dentro de los enumerados por el nuevo Código, sólo puede compatibilizarse con el de uso (inc. i, art. 1887, ley 26.994), pues mantiene este ordenamiento el principio de *numerus clausus* en materia de derechos reales (art. 1884, ley 26.994).

Sin embargo, el propio art. 1884 referido nos limita no sólo en la eventual creación de un nuevo derecho real, sino que también impone la nulidad para cualquier modificación de la estructura de los derechos reales establecidos en la ley. Por su parte, el art. 2155 establece la aplicación supletoria para el derecho de uso de "...las normas del título VIII..." del mismo libro. Esta remisión nos obliga a aplicar el art. 2133, según el cual no podrá constituirse jamás el derecho real de uso por disposición judicial, lo que no se condice con lo ya expuesto para la atribución de la vivienda familiar conforme lo reglado en el art. 443 citado. El mismo razonamiento cabe para el supuesto de calificar como "habitación" al derecho emergente de la atribución citada, pues el art. 2159 del título X, donde se regla dicho derecho real, nos remite nuevamente al título anterior, dedicado al derecho de "uso" ya descripto.

En consecuencia, si esta adjudicación judicial de la vivienda matrimonial no puede ser considerada como un derecho real, sólo cabe aceptar que ella no será oponible a los sucesores del nudo propietario sino como una obligación personal emergente y, por ende, serán de aplicación las normas contempladas en el Libro tercero de la ley 26.994, lo que excluye cualquier connotación hereditaria que pudiera otorgársele al derecho subsistente tras la muerte del titular dominial de la vivienda afectada (21).

IV. Corolario

Estas líneas han recorrido un derrotero que nace con la concepción de una vocación hereditaria matrimonial que subsistía incluso luego del divorcio (por entonces no vincular) para el inocente en aquella "separación de cuerpos", hasta un sistema actual que limita la vocación hereditaria a la subsistencia no sólo del vínculo matrimonial, pues la *decisión judicial de cualquier tipo que implica el cese de la convivencia excluye el derecho hereditario entre los cónyuges* (art. 2437, ley

26.994), lo cual a su vez se apoya en el " *affectio maritalis*" como basal de su existencia, sin que tenga relevancia para el derecho, si este afecto se perdiera, cuáles son las causas que llevan a su disolución.

Este es el verdadero avance en la materia, el que cambia el ángulo desde el que se concibe la relación humana y permite, por lo tanto, una apreciación más realista de los devenires de la vida en relación.

Resta entonces sólo dirimir las cuestiones relativas a la transmisión de la obligación alimentaria emergente de lo preceptuado por el art. 434 del nuevo Código Civil y Comercial, o aquellas cuestiones relativas a la atribución de la vivienda familiar (arts. 443 y ss.) u otros tantos que se escapan a este trabajo, sobre el que mucha tinta aún debe caer, pero que celebro se erija como un más dinámico, actual y real contexto normativo que permitirá, creo yo, una más armoniosa convivencia social y la disminución de la innecesaria litigiosidad reinante en materia de disolución matrimonial y exclusión hereditaria [\(22\)](#).

(*) Abogado. Docente de Familia y Sucesiones UBA. Colaborador Doctrinario y Jurisprudencial de Editorial La Ley.

(1) Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil, derecho de las sucesiones*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 93.

(2) Lloveras, Nora, *Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges*, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p. 99.

(3) Méndez Costa, María J., *La exclusión hereditaria conyugal*, Atlántida, Buenos Aires, 2009, p. 82.

(4) Autos "Franco, Claudio D. v. Morel, Carmen E. s/exclusión de herederos", sentencia definitiva 20/3/2013, Juzg. Civ. 15 Resistencia, en: www.justiciachaco.gov.ar/listas/Juzgado_Civil_15_Pro/Juzgado_Civil_15_Pro_2013-03-21.Txt.

(5) Art. 3574 en su redacción original: "Estado divorciados por sentencia de juez competente, el que hubiese dado causa al divorcio no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores".

(6) "...Esa orientación merece plena aprobación, como la que han brindado la mayoría de los autores [552], pues si el divorcio que no afecta el vínculo conyugal 'importa la subsistencia de la condición de casados de los cónyuges, y en principio de las obligaciones conyugales, que no sean consecuencia de la comunidad de habitación' [553], de ahí se sigue la subsistencia del deber de fidelidad [554]. (...) De este modo queda relacionada esta caducidad sucesoria con la posibilidad de que luego de decretado el divorcio, se modifique el título de cónyuge inocente que había correspondido al esposo, que no hubiese dado causa a ese divorcio...". Llambías, Jorge J., *Estudio de la reforma del Código Civil ley 17.711*, Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1969, ps. 457/458.

(7) "Los autores, en general, han establecido que la pérdida de la vocación hereditaria se fundamenta en la inexistencia de vínculo al momento de la apertura de la sucesión, es decir, en la carencia del *ius conyugal* al momento de la muerte del causante". Medina, Graciela, *La exclusión hereditaria conyugal y el divorcio vincular*, Buenos Aires, p. 346.

(8) "Esta solución de justicia dada por la ley, afirma el concepto de que cuando la ley menciona 'sin voluntad de unirse' no significa que ambos cónyuges deben tener esa voluntad, sino que basta la de uno solo de ellos para la procedencia de la causal. El juzgamiento subjetivo de la culpabilidad hace que la segunda parte de la norma caiga en la órbita del divorcio sanción". (Vidal Taquini, Carlos H., *Matrimonio civil ley 23.515*, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 427).

(9) "...El abandono del hogar debe ser voluntario en el sentido de que no haya sido determinado por causas atendibles y ajenas a la intención del que lo comete y malicioso, cuando haya sido premeditado, con el propósito de eludir los deberes y responsabilidades recíprocas que la ley impone a los cónyuges" (C. Nac. Civ., sala A 5/5/1995, ED 166-321).

(10) "...La vocación hereditaria entre cónyuges tiene su fundamento en el vínculo matrimonial, por lo cual si éste desaparece cae el basamento de la vocación. La solución de la ley, en cuanto a que no existe llamamiento a suceder por imperio de ella, resulta irreprochable. Esta falta de vocación sucesoria de los cónyuges divorciados es un efecto indiscutible propio del divorcio..." (Vidal Taquini, Carlos H., *Matrimonio civil...*, cit., p. 603).

(11) Señala Guillermo Borda (h.): "Tanto se predica y se habla de la importancia de la 'democratización de la familia' de la 'protección integral de la familia' del 'avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia', que 'el proyecto amplía la aptitud de decisión e los integrantes del matrimonio', que 'la injerencia estatal tiene límites', y sin embargo en contra de todas estas argumentaciones se impide que los cónyuges puedan requerir solamente la separación personal, sin disolución del vínculo. ¿Cuál es la razón? ¿Qué derecho se vulnera al no disolverse el vínculo? ¿Qué razón existe para impedir que los cónyuges se separen, dividan sus bienes, pero mantengan el vínculo matrimonial? ¿Por qué razones no puede permitírseles mantener su vocación hereditaria o el derecho a recibir alimentos de por vida si así lo convinieran y

que estando divorciados vincularmente no lo pueden hacer?", Borda, Guillermo, "Las relaciones de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial", RDFyP, julio 2012, p. 40.

(12) Ricardo Lorenzetti, conferencia del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Sala Martín Coronado del complejo San Martín del 22/10/2014. Publicada íntegramente en: www.cpacf.org.ar/noticia.php?id=2473&sec=14.

(13) "El divorcio no es fuente de daños; es una alternativa, a veces la única posible, ante el fracaso de la convivencia matrimonial (...) No parece que más allá de estos límites deba abrazarse una cruzada resarcitoria que, la experiencia lo está demostrando, sirve más a la justificación de vindictas —prolongación del divorcio mismo como propósito de lucro— en un contexto de litigiosidad que por otra parte ha hecho crisis en el derecho de familia moderno". (Zannoni, Eduardo, *Derecho civil...*, cit., ps. 237/238).

(14) Álvarez, Osvaldo, "El divorcio vincular incausado en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, vol. 2014-6, ps. 24/28.

(15) Art. 341, ley 26.994, BO del 8/10/2014: "Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua".

(16) "...Lo cierto es que en el marco de un único régimen de divorcio de tipo incausado, los derechos y deberes matrimoniales pasan a tener más relevancia en el plano ético que el jurídico porque en este último, el incumplimiento de ciertos derechos y deberes no trae consigo ninguna sanción jurídica..." (Graham, Marisa y Herrera, Marisa, *Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea*, Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 287.

(17) Art. 437, ley 26.994, BO del 8/10/2014: "Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges".

(18) Alterini, Atilio A., *Curso de obligaciones*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 170.

(19) Art. 434, ley 26.994, BO del 8/10/2014: "Alimentos posteriores al divorcio. Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos; b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos..."

(20) Art. 2384, ley 26.994, BO del 8/10/2014, "Cargas de la masa. Los gastos causídicos por la partición o liquidación, y los hechos en beneficio común, se imputan a la masa. No son comunes los trabajos o desembolsos innecesarios o referentes a pedidos desestimados, los que deben ser soportados exclusivamente por los herederos que los causen".

(21) La doctrina en general se ha mostrado contraria a la admisión del derecho de habitación viudal cuando ha habido exclusión hereditaria conyugal, fundándose en la interpretación gramatical del art. 3573 bis y en la naturaleza jurídica de la facultad que acuerda. En tal sentido, entendemos que por analogía si la exclusión hereditaria conyugal impide el derecho de habitación del cónyuge supérstite, también impide la transmisión hereditaria de la obligación personal asumida por el causante de permitir que su ex-cónyuge se mantenga habitando el inmueble. En la atribución del hogar conyugal como derecho real de usufructo, uso y habitación... la solución varía radicalmente porque los derechos de usufructo y de habitación se extinguen con la muerte del usufructuario o usuario y no con la del nudo propietario (arts. 2152, 2154 y 2160 del Código Proyectoado). En ese caso, los legitimarios podrán oponerse a que el usufructuario o el usuario sigan disponiendo del bien inmueble...". (Medina, Graciela, "Matrimonio y disolución", en: www.gracielamedina.com/assets/Uploads/MATRIMONIO-Y-DISOLUCION1.doc).

(22) "...La finalización del matrimonio sencillamente puede ser solicitada por la vía menos traumática, previéndose evitar cuestiones que afecten la intimidad de las personas (...) En definitiva, nos debemos preguntar, si era necesario todo ese despliegue, ventilar las situaciones íntimas; a fin de conseguir tan sólo una sentencia de divorcio. Con la reforma se conseguiría lo mismo, sin que los involucrados ventilen sus conflictos a desconocidos". Bigliardi, Karina A. y Olivera, Juan José, "¿Existe necesidad de dar a luz las conductas de los cónyuges en los procesos de divorcio? El divorcio incausado en el Proyecto de Código Unificado", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, vol. 2012-8, p. 107.