

## CAPÍTULO XI

### CONCUBINATO O INJURIAS GRAVES DEL CÓNYUGE INOCENTE

#### I. *Introducción*

351. Régimen de la Ley de Matrimonio Civil .....	409
352. Régimen de la ley 17.711 .....	410
353. Régimen de la ley 23.515 .....	413
354. ¿Se puede continuar las acciones derivadas del art. 71 bis después de la reforma introducida por la ley 23.515? .....	413
355. ¿Son causales de indignidad el adulterio o las injurias graves? ....	414
356. Fundamento de la exclusión por concubinato o injurias graves ...	414
357. ¿Se mantiene el deber de fidelidad con posterioridad a la separación personal tras la sanción de la ley 23.515? .....	415
358. Conceptuación del concubinato como causal de exclusión .....	416
359. Conceptuación de las injurias graves como causal de exclusión ...	417
360. ¿Constituye la unión homosexual una injuria grave? .....	418
361. Análisis de precedentes jurisprudenciales .....	419

#### II. *Acción de exclusión*

362. Juez competente .....	420
363. Sujeto activo: enunciación .....	420
364. A) El problema durante la ley 17.711 .....	420
365. B) La solución dada por la jurisprudencia de la Cámara Nacional Civil .....	423
366. C) La solución dada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	423
367. D) La ley 23.515 .....	423
368. Sujeto pasivo .....	424
369. Prueba .....	425
370. Efectos .....	425
371. Efectos especiales en cuanto al inmueble que habita el excluido ...	425

## CAPÍTULO XI

### CONCUBINATO O INJURIAS GRAVES DEL CÓNYUGE INOCENTE \*

#### I. INTRODUCCIÓN

#### 351. Régimen de la Ley de Matrimonio Civil.

En el régimen del Código Civil y en el de la Ley de Matrimonio Civil, el cónyuge inocente del divorcio mantenía los derechos hereditarios en la sucesión del culpable. En el actual sistema matrimonial, el cónyuge separado judicialmente, el separado de hecho y el separado provisionalmente por juez mantienen los derechos hereditarios, salvo que incurran en injurias graves o concubinato.

El tema fue motivo de evolución legislativa y jurisprudencial. Para comprender el régimen vigente conviene analizarlo en sus transformaciones, a fin de rescatar los aportes doctrinales y los precedentes jurisprudenciales que puedan arrimar soluciones a los problemas que se generan en el marco de la legislación vigente.

La Ley de Matrimonio Civil no preveía la posibilidad de que el cónyuge culpable del divorcio demandara al inocente por actos de inconducta posteriores al divorcio, que le hicieran perder los derechos patrimoniales (sucesorios o alimentarios) que devenían de su inocencia.

Antes de la sanción de la ley 17.711 se discutió si el cónyuge culpable del divorcio podía demandar al inocente frente a hechos reveladores de su inconducta moral, ocurridos después de dictada la sentencia de divorcio. La cuestión dio lugar a resoluciones contradictorias <sup>1</sup>, que provocaron un fallo plenario de la Cámara Civil

\* Ver modelos de escritos en el Apéndice, ps. 497 a 501.

<sup>1</sup> Ver una relación de esos fallos en Guillermo Borda, *Familia*, t. 1, n° 536, nota 869, bis 10.

de la Capital, en el cual se negó la posibilidad de intentar la nueva acción, basándose en que, decretado el divorcio, no cabía un nuevo pronunciamiento sobre la materia ya juzgada<sup>2</sup>. En concreto, se dijo: "No es admisible la acción tendiente a alterar la calificación de inocencia de uno de los cónyuges, con respecto al divorcio ya decretado, en razón de hechos sobrevinientes o no contemplados en el pronunciamiento, sin perjuicio de la alegación de tales hechos, a los efectos de privar al cónyuge inocente del divorcio de los derechos que pudieren corresponderle".

### 352. Régimen de la ley 17.711.

A) *Reapertura del juicio de divorcio para declarar también la culpabilidad del inocente.* La ley 17.711 introdujo el art. 71 bis en la Ley de Matrimonio Civil, aceptando la doctrina contraria a la del plenario. El artículo decía así: "Decretado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, puede éste pedir la declaración de culpabilidad del otro en juicio ulterior, cuando hubiere incurrido en adulterio, infidelidad o en grave inconducta moral posterior a la sentencia". La solución era plausible, pues no se trataba de pedir nuevamente un divorcio —que ya estaba decretado—, sino de obtener la declaración de culpabilidad del inocente.

Sólo cabía interponer esa acción en los casos de adulterio, infidelidad o grave inconducta moral. Fuera de las hipótesis concretas de adulterio y de infidelidad, la ley dejaba librada a la apreciación de los jueces la determinación de los actos de grave inconducta moral, como podían ser las agresiones contra el otro cónyuge, la comisión de delitos deshonorosos, etc.<sup>3</sup>

El efecto de la sentencia que declaraba culpable a quien había sido inocente en el divorcio consistía, para los fines hereditarios, en la pérdida de la vocación, aunque para el cónyuge sobreviviente no había propiamente pérdida de la vocación hereditaria —pues perder implica tener con anterioridad—, sino falta de vocación<sup>4</sup>.

En tal sentido, la jurisprudencia, cuando fallaba sobre el supuesto de declaración de culpabilidad del cónyuge inocente, no declaraba la pérdida de la vocación hereditaria, porque no estando

<sup>2</sup> C.N.Civ., en pleno, 29/4/65, "L.L.", 118-312.

<sup>3</sup> Poviña, *Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales*, p. 174; Alberto G. Spota, *Tratado de derecho civil*, t. II, vol. 2, "Matrimonio", Depalma, Bs. As., p. 111.

<sup>4</sup> José Luis Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, "Parte especial", vol. II, p. 111.

abierta la sucesión del cónyuge no mediaba interés. Al respecto, se dijo que "en el juicio de declaración de culpabilidad posterior al divorcio autorizado por el art. 71 bis de la ley 2393, no es posible procesalmente declarar la pérdida de la vocación hereditaria en la sucesión del cónyuge, ya que por esa vía se ingresa a la inexistencia de un interés jurídico actual, conformando una cuestión abstracta"<sup>5</sup>. En igual sentido, se afirmó que "los principios inherentes al derecho hereditario obstan a la declaración de pérdida de la vocación hereditaria en el juicio declarativo de culpabilidad, autorizado por el art. 71 bis de la ley 2393, ya que la sucesión —sea legítima o testamentaria— se abre con la muerte del autor de la sucesión o por la presunción de muerte en los casos prescritos por la ley. Y las herencias futuras (art. 3311, Cód. Civil) no pueden aceptarse ni repudiarse"<sup>6</sup>.

A pesar de que al momento de ser declarada la culpabilidad del cónyuge inocente los magistrados se negaban a decir que el efecto consistía en la pérdida de la vocación hereditaria, las consecuencias prácticas eran similares, porque, llegado el momento de la apertura del sucesorio, la cónyuge declarada culpable por el art. 71 bis carecía de derechos hereditarios.

Durante la vigencia de la ley 17.711 se planteaba el problema de si los herederos podían continuar la acción del art. 71 bis cuando era intentada por el cónyuge culpable y durante su tramitación el actor moría. La cuestión radicaba en determinar si los sucesores podían continuar dicha acción, teniendo en cuenta, principalmente, que se trataba de una acción de familia en la cual el principio general es la intrasmisibilidad.

Si bien nosotros hemos sostenido que la acción de divorcio no puede ser continuada por los herederos, consideramos que en este caso sí puede serlo, puesto que "la sentencia de divorcio ya ha sido dictada y los sucesores tendrán que intervenir en la continuación del proceso, ofreciendo y produciendo prueba de hechos que igualmente están habilitados para demostrar en el sucesorio conforme al párrafo final del art. 3574. Fundamentalmente, esta circunstancia, que permite acceder a razones de economía procesal, autoriza a admitir el seguimiento, esto es, a reconocer una excepción implícita al principio de la intrasmisibilidad de las acciones de estado"<sup>7</sup>.

Por otra parte, pensamos que por la naturaleza de los hechos

<sup>5</sup> C. 1<sup>o</sup> C.C. La Plata, Sala II, 18/9/79, "L.L.", 980-295 (365 SP).

<sup>6</sup> C. 1<sup>o</sup> C.C. La Plata, Sala II, 18/9/79, "L.L.", 980-295.

<sup>7</sup> María Josefa Méndez Costa, *La exclusión hereditaria conyugal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, p. 99.

a probar, la continuación sólo compete a los herederos legítimos o testamentarios llamados a suceder en concurrencia con el cónyuge inocente o por exclusión de éste<sup>8</sup>; no así, por ejemplo, los acreedores.

B) *Declaración, en el sucesorio, de que el cónyuge inocente ha cometido actos de grave inconducta moral con posterioridad a la sentencia de divorcio (pero con anterioridad a la muerte del causante)*. Esta hipótesis presupone la muerte del cónyuge declarado culpable en el divorcio. En ese caso, los herederos interesados en la exclusión hereditaria del cónyuge inocente podían probar, en el sucesorio, que éste había incurrido en actos de grave inconducta moral, para hacerle perder la vocación hereditaria. Aquí ya no se pretendía la culpabilidad en el divorcio del cónyuge inocente —pues el vínculo había desaparecido con la muerte del culpable—, sino, directamente, la pérdida de su vocación hereditaria.

En este sentido, decía el art. 3574, párr. 2º, del Código Civil, introducido por la ley 17.711: “Empero, el cónyuge inocente perderá el derecho hereditario si hubiere incurrido en adulterio o en actos de grave inconducta moral, con posterioridad a la sentencia de divorcio”. Con esto, la ley 17.711 no hizo más que aceptar la opinión dominante en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>9</sup>.

Llambías<sup>10</sup> y Borda<sup>11</sup> consideraban que ese supuesto constituía un caso de indignidad, aumentando así las causales de los arts. 3297 y ss.

En igual sentido se expidió la jurisprudencia, al decir: “El supuesto del párr. 2º del art. 3574 del Código Civil descansa sobre los mismos presupuestos y objetivos que las causales de indignidad; con un criterio objetivo, no basado en las subjetividades del causante, el legislador formula un juicio de reproche a una conducta de la cónyuge que lesiona el deber que ésta, según nuestro ordenamiento positivo, tiene ante el otro cónyuge, aun después de declarado el divorcio. No existe diferencia esencial con la indignidad, sino al contrario”<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Horacio Poviña, *Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales*, Plus Ultra, Bs. As., 1973, nº 164.

<sup>9</sup> Juan Carlos Rébora, *Derecho de las sucesiones*, La Facultad, Bs. As., 1932; Borda, ob. cit., t. 1, nº 256; Spota, ob. y lug. cits.

<sup>10</sup> Jorge Joaquín Llambías, *Estudio de la reforma del Código Civil. La ley 17.711*, Bs. As., 1969, p. 459.

<sup>11</sup> Borda, *Sucesiones*, nº 863.

<sup>12</sup> C.N.Civ., Sala F, 30/4/85, “L.L.”, 1985-C-119.

### 353. Régimen de la ley 23.515.

La ley 23.515 creó un nuevo régimen de matrimonio civil y derogó la ley 2393, con lo cual suprimió el art. 71 bis, incorporado por la ley 17.711, que permitía replantear la culpabilidad en caso de "adulterio, infidelidad o grave inconducta moral" del cónyuge antes declarado inocente.

La nueva ley legisló, en los arts. 3574 y 3575 del Código Civil, la pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge inocente de la separación personal, de la separación provisional y de la separación de hecho por injurias graves o concubinato posteriores a la sentencia de separación personal.

El art. 3574, Cód. Civil, establece: "En todos los casos en que uno de los esposos conserva la vocación hereditaria, luego de la separación personal la perderá si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge". Y el art. 3575 preceptúa: "Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el art. 3574".

### 354. ¿Se puede continuar las acciones derivadas del art. 71 bis después de la reforma introducida por la ley 23.515?

Es probable que haya habido acciones de declaración de culpabilidad del cónyuge inocente, según el art. 71 bis, pendientes al tiempo de la sanción de la ley 23.515. No obstante la derogación de esa norma legal, creemos que tales acciones pueden ser continuadas, porque de lo contrario estaríamos efectuando una aplicación retroactiva de la ley.

El tema es de gran importancia práctica, porque el art. 71 bis permitía la declaración de culpabilidad por "adulterio, infidelidad o grave inconducta moral", en tanto que ahora las causales son las injurias graves y el concubinato, con lo cual es discutible si el simple adulterio o la infidelidad podrían dar lugar a la pérdida de la vocación hereditaria.

Por lo expuesto, al cónyuge culpable que ha logrado probar la infidelidad de su ex cónyuge bajo el procedimiento y el régimen del art. 71 bis, le resulta más conveniente terminar ese juicio que embarcarse en otro en el cual se duda de si existe el deber de fidelidad posterior a la sentencia de separación personal<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Guillermo Borda, *¿Se mantiene el deber de fidelidad en la separación personal?*, "L.L.", 1988-B-985.

**355. ¿Son causales de indignidad el adulterio o las injurias graves?**

Estimamos que no constituyen supuestos de indignidad, ya que no se puede ampliar analógicamente las causales de indignidad, pues se trata de sanciones civiles que, como tales, deben ser interpretadas restrictivamente. Por lo demás, la aplicación analógica del régimen de la indignidad a este caso crearía situaciones verdaderamente anómalas: el cónyuge culpable de la separación personal perdería la vocación hereditaria, en tanto que el cónyuge inocente que luego incurre en grave inconducta moral —que tal vez supone actitudes similares o más graves que las que cometió el cónyuge culpable— sería considerado indigno, con lo cual se hallaría en mejor situación que quien perdió la vocación (pensemos en la posibilidad que tiene el indigno de adquirir definitivamente la herencia por el trascurso de tres años en la posesión). Siendo así, no es lógico concebir que ante conductas similares o más graves se pueda aplicar una normativa más ventajosa.

Las razones expuestas —que podrían ser abonadas con otros ejemplos— nos llevan a la conclusión de que en este caso no estamos ante un supuesto más de indignidad, sino de pérdida de vocación, o, si se lo quiere decir con más precisión, de carencia de vocación, ya que el término “perder” induce a pensar que antes se tuvo la vocación, y no es así, pues la falta fue cometida antes de la muerte del causante, y en ese instante, que es cuando hay que tener vocación, ésta no existía.

Moderna jurisprudencia ha entendido que “la interpretación de los supuestos de indignidad no puede extenderse por analogía”<sup>14</sup>.

**356. Fundamento de la exclusión por concubinato o injurias graves.**

El fundamento de la inexistencia de la vocación reside, precisamente, en la falta de una conducta intachable acorde con el mantenimiento de la vocación hereditaria, pese a la separación.

Enfocando el art. 3554 con anterioridad a la reforma, Belluscio condenaba el criterio adoptado por el legislador, diciendo: “La única sanción de la infidelidad ulterior al divorcio es la pérdida de los derechos derivados del matrimonio que aún subsisten para el inocente; y no se advierte cómo el que ha organizado su vida

<sup>14</sup> C.N.Civ., Sala F, 30/4/85, “L.L.”, 1985-C-119.

sexual fuera de la relación que establecía su matrimonio puede moralmente pretender obrar así pero mantener aquellos derechos, de modo de continuar siendo sostenido mediante la pensión alimentaria pagada por el culpable, o de heredarlo en caso de fallecimiento”<sup>15</sup>.

**357. ¿Se mantiene el deber de fidelidad con posterioridad a la separación personal tras la sanción de la ley 23.515?**

Esta cuestión reviste capital importancia a los fines de determinar qué hechos resultan injuriosos como determinantes de la exclusión.

Son pocos los autores nacionales que han tratado este problema. Entre ellos, Bendersky entiende que tal deber no se mantiene, por haber sido derogado el art. 71 bis de la Ley de Matrimonio Civil<sup>16</sup>. Para Borda, en cambio, si bien el deber de fidelidad no subsiste como tal, ya que el simple adulterio no produce efecto alguno, se impone un deber de castidad y de respeto al vínculo persistente<sup>17</sup>. Pedro Di Lella sostiene que “mientras el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y extingue, por ende, todos los deberes matrimoniales, con la única excepción de aquello que la ley deja subsistente expresamente, la separación personal deja incólume el matrimonio, con las únicas excepciones del deber de convivencia y débito conyugal, y el alimentario, cuando la ley lo suprime. (...) En síntesis, el deber de fidelidad, cuya subsistencia podía ser discutible mantener en un régimen de separación sin divorcio vincular, resulta coherente se mantenga en un país que regula y permite ambas instituciones”<sup>18</sup>.

Compartimos la tesis seguida por Borda en el sentido de que subsiste un deber de fidelidad atenuado<sup>19</sup>. Ésta era la postura de la jurisprudencia con anterioridad a la reforma, que sostuvo que las obligaciones exigibles a los cónyuges separados no eran

<sup>15</sup> Conc.: Alberto Jorge Gowland, *Inconsistente pretensión de un separado que vive en concubinato a ser llamado a suceder a su esposa*, C.N.Civ., Sala A, 21/5/90, “L.L.”, 19/2/92, fallo 90.133; Augusto César Belluscio, *Derecho de familia*, t. II, p. 338.

<sup>16</sup> Mario Bendersky, *Nuevo régimen consensual de separación personal y divorcio*, “L.L.”, 1987-E-749.

<sup>17</sup> Borda, *¿Se mantiene el deber de fidelidad...?*, ob. cit., p. 985.

<sup>18</sup> Pedro Di Lella, *Conversión de la separación personal en divorcio vincular* (en curso de publicación).

<sup>19</sup> Borda, *¿Se mantiene el deber de fidelidad...?*, ob. cit., p. 985.



iguales, ni aun en su conducta, que las que se podía exigir a los casados <sup>20</sup>.

En definitiva, para calificar las injurias graves en orden a la aplicación del art. 3574, Cód. Civil, no se ha de tomar en consideración las faltas al deber de fidelidad que no lleguen al concubinato.

### 358. Conceptuación del concubinato como causal de exclusión.

Vivir en concubinato constituye la causal de exclusión por excelencia, porque al legislador le ha parecido que tal situación de vida es incompatible con la conservación de los derechos hereditarios.

Conviene conceptuar el concubinato a los fines de su identificación, ya que muchas relaciones humanas entre parejas no lo constituyen. Dentro de la calificación común de "concubinato" aparecen distintas uniones extramatrimoniales, que tienen como elemento identificador el de la estabilidad y publicidad en la relación de pareja. Bossert ha definido al concubinato diciendo que "es la unión permanente de un hombre y una mujer que sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges" <sup>21</sup>.

Ateniéndonos a tal definición, podríamos concluir afirmando que no se puede excluir de la herencia del culpable al inocente que ha mantenido una relación momentánea, o de amistad, o de compañerismo, o un noviazgo sin cohabitación <sup>22</sup>, o una relación secreta sin publicidad <sup>23</sup>, ya que tales situaciones no constituyen concubinato, salvo que se trate de una relación injuriosa, concepto, éste, que desarrollaremos en el párrafo siguiente.

Creemos que no constituye concubinato la unión de personas del mismo sexo, ya sea derivada de homosexualidad masculina como femenina; pero, sin duda, ella va a dar lugar a la exclusión por injurias graves.

<sup>20</sup> C.N.Civ., Sala A, 25/2/76, "L.L.", 1976-B, fallo 73.032.

<sup>21</sup> Gustavo Bossert, *Régimen jurídico del concubinato*, p. 42.

<sup>22</sup> Mário Aguiar Moura, *Concubinato*, Rio Grande do Sul, marzo de 1985, p. 44.

<sup>23</sup> Danièle Mazeaud-Lueder, *Le concubinage*, Editions du Puits Fleuri, p. 87.

### 359. Conceptuación de las injurias graves como causal de exclusión.

El tratamiento del concepto de "injurias" ha sido desarrollado en el ámbito de las causales de divorcio, al cual debemos acercarnos para una primera aproximación al tema.

Allí se ha dicho que "el concepto de «injurias graves» involucra uno sumamente amplio, que supera en mucho el más estrecho tipificado por el correspondiente delito penal. Así, dentro de esa holgada acepción no entran solamente las palabras o los calificativos injuriosos lanzados cara a cara o por escrito al otro cónyuge, sino que además pueden quedar configurados por toda clase de actos que, sin llegar a esos extremos máximos, constituyan una ofensa para el otro cónyuge, ataquen su honor, su reputación y su dignidad, hiriendo de este modo sus justas susceptibilidades"<sup>24</sup>.

Empero, hay que tener en cuenta que la injuria como causal de divorcio es la que *daña injustamente* el honor, la dignidad, la afectividad legítima del otro cónyuge *en su condición de esposo o esposa*. En cambio, la injuria como causal de exclusión hereditaria ha de ser el hecho que *dañe injustamente* el honor, la dignidad, el respeto legítimo del otro cónyuge, en su condición de *separado, judicialmente, provisionalmente o de hecho*. Y no son iguales las legítimas expectativas de quien culposamente originó la separación que las del cónyuge durante el matrimonio.

En este orden de ideas, debemos descartar como causal de exclusión muchas causales de injurias que han sido determinantes para otorgar el divorcio, como el desaseo<sup>25</sup> o la indiferencia total de un cónyuge hacia el otro, circunstancia, esta última, que ha dado lugar a innumerable cantidad de divorcios, pero que no podría ser considerada injuriosa entre cónyuges separados<sup>26</sup>. Tampoco podrían ser consideradas como injurias graves, en orden a la exclusión hereditaria conyugal, las actitudes impropias de la condición de casado, las cuestiones sexuales, las deficiencias de carácter, la desconsideración, las enfermedades venéreas adquiridas fuera de la relación conyugal —que sólo serían prueba de la infidelidad—, el incumplimiento de deberes derivados del matri-

<sup>24</sup> C.N.Civ., Sala B, 31/8/78, "L.L.", 1979-A-301.

<sup>25</sup> Jorge A. Mazzinghi, *Derecho de familia*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1981, t. III, p. 78.

<sup>26</sup> C.N.Civ., Sala B, 16/2/84, "L.L.", 1984-C-70; ídem, Sala C, 9/4/85, "L.L.", 1985-D-57.

monio (en especial, los de asistencia moral y fidelidad), las cuestiones relativas a las relaciones con parientes, las vejaciones vinculadas con la convivencia, y los vicios que traen como consecuencia la desatención de deberes matrimoniales<sup>27</sup>.

En efecto: el criterio para juzgar las injurias entre cónyuges que no conviven debe ser distinto del que se utilice para juzgar las de cónyuges que conviven, porque los deberes a los cuales están sujetos los cónyuges son diferentes de aquellos a los cuales están sujetos los separados.

Constituye una cuestión de hecho para el juez determinar si el inocente del divorcio se conduce de manera que agravia la dignidad del culpable. Podrá ser por violación del deber de decoro (como la prostitución o la homosexualidad), o por medio de otros comportamientos deshonorosos (comisión de delitos graves, reincidencias, alcoholismo, drogadicción) o el incumplimiento doloso de los deberes para con los hijos<sup>28</sup>, así como también por las acciones judiciales infundadas, en especial las relacionadas con la liquidación de la sociedad conyugal disuelta como consecuencia de la separación personal, las acusaciones y denuncias penales y policiales, la correspondencia injuriosa, la comisión de delitos contra el otro cónyuge, hijos o terceros, las amenazas de muerte, y cualquier otra actitud de violencia.

### 360. ¿Constituye la unión homosexual una injuria grave?

Ante un planteo de pérdida de la vocación sucesoria del inocente por una unión homosexual, éste podría oponer como defensa el hecho de que una decisión fundada en su unión homosexual atentaría contra "el libre desarrollo de su personalidad", o contra la "igualdad de los sexos", o contra "el derecho a la intimidad personal y familiar del transexual"<sup>29</sup>.

Una resolución que considerara como injuria grave hacia el ex cónyuge el mantenimiento público de una relación homosexual, no constituiría ningún atentado contra la igualdad de los sexos, ya que sexos hay sólo dos: el femenino y el masculino; no hay

<sup>27</sup> Belluscio, ob. cit., t. III, n° 298.

<sup>28</sup> Conf.: Méndez Costa, ob. cit., p. 102.

<sup>29</sup> Todos estos argumentos fueron esgrimidos por el Supremo Tribunal español en su Sala 1, el 2 de julio de 1987, para admitir un cambio de sexo, y hoy los rescatamos para analizar si las relaciones homosexuales constituyen o no hechos injuriosos en los términos del art. 3575 del Código Civil (ley española del 14 de octubre de 1987).

un tercer sexo, que sería el homosexual<sup>30</sup>. Por otra parte, si se tratara de una relación entre diferentes sexos constituiría concubinato, y también se lo excluiría. Por tanto, el homosexual no está sujeto por ello a ningún trato discriminatorio.

En cuanto a que la exclusión fundada en tal motivo atentaría contra el derecho a la intimidad personal y familiar del transexual, conviene aclarar que el reconocimiento de la inherencia de determinados derechos que asisten a la persona, por el mero hecho de serlo, nos parece que debe ser encuadrado dentro de la acotación o valoración de la realidad que el ordenamiento de un país lleva a cabo. Y en nuestro país las uniones homosexuales son consideradas inmorales, por lo cual, ante dos derechos en juego: el derecho a la intimidad del homosexual y el derecho a no ser injuriado del ex cónyuge, hay que inclinarse por este último.

Entendemos que es posible proteger la intimidad del transexual, siempre que se deje abierta la posibilidad, ante el legítimo interés de un tercero, de hacer valer la realidad subyacente, exigiendo en su caso la consiguiente responsabilidad<sup>31</sup>. Sobre todo, cuando la publicidad de la unión homosexual influye en los hijos.

### 361. Análisis de precedentes jurisprudenciales.

El análisis de casos jurisprudenciales nos lleva, comúnmente, a contemplar los supuestos de concubinato o de adulterio. Pese a ello, nosotros hemos querido rescatar un precedente jurisprudencial que consideró injurioso un hecho muy común entre padres separados, y que consiste en impedir que el progenitor culpable tenga contacto con sus hijos.

En este orden de ideas, se ha dicho que "la actitud de la esposa separada de hecho, y que ejerce la tenencia de los hijos, de no permitir la visita de su cónyuge a los menores, configura una injuria no sólo hacia el grupo familiar, que, aunque desquiciado, cabe intentar resguardar y consolidar en la medida de lo posible, para que no incida en los hijos tan desdichada situación, sino también una actitud agravante para el esposo, a quien se lo condena como padre, sin darle oportunidad de así acreditarse"<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Jaime Vidal Martínez, *¿Se incluye el "cambio de sexo" (transexualidad) en el "libre desarrollo de la personalidad" al que se refiere el art. 10-1 de la Constitución española?*, "Revista General de Derecho", p. 989.

<sup>31</sup> Conf.: Vidal Martínez, *ob. cit.*, p. 1008.

<sup>32</sup> C.N.Civ., Sala A, 28/12/79, "W. E. c. S. A. R."

## II. ACCIÓN DE EXCLUSIÓN

## 362. Juez competente.

Conforme a lo dispuesto por el art. 3284, inc. 1, del Código Civil, toda demanda o incidente tendiente a excluir a un heredero de la herencia debe ser sustanciado y tramitado ante el juez del sucesorio, y ello, aunque la exclusión provenga del intento de ejecutar contra el demandado una sentencia extranjera<sup>33</sup>.

## 363. Sujeto activo: enunciación.

El problema se centra en la legitimación de los herederos del causante para solicitar la exclusión hereditaria del cónyuge declarado inocente, cuestión que analizaremos en las distintas etapas legislativas y jurisprudenciales.

## 364. A) El problema durante la ley 17.711.

El párrafo agregado al art. 3574 por la ley 17.711 no especificaba quiénes podían invocar los actos allí mencionados para privar al cónyuge inocente del llamamiento a la sucesión. La doctrina nacional se dividió entre quienes entendían que después del fallecimiento del cónyuge culpable sus herederos no podían controvertir su vocación hereditaria, y quienes sostenían que los herederos podían controvertirla.

a) *Posición negativa.* Los fundamentos expuestos por los sostenedores de la posición negativa eran los siguientes:

1. *Carácter personalísimo de la acción e intrasmisibilidad a los herederos.* Zannoni sostenía que la acción era de carácter personalísimo y había sido consagrada en favor del cónyuge culpable, y que atento a su inherencia personal no se transmitía a sus herederos, conforme a lo dispuesto por los arts. 498 y 3417, Cód. Civil.

2. *No incoada la acción por el causante, los herederos no la podían intentar.* Se partía de la base de que la acción contemplada por el art. 71 bis de la Ley de Matrimonio Civil era de contenido moral, aunque trajera consecuencias patrimoniales; y

<sup>33</sup> C.N.Civ., Sala C, "L.L.", 122-928, 13.524-S.

atento a su carácter ético, surgía claramente su condición personalísima, lo cual llevaba a deducir que el art. 3574 no otorgaba acción a los herederos para calificar la conducta del inocente; ellos sólo podían continuar la acción cuando había sido iniciada por el causante, según argumento analógico del art. 1099, Código Civil.

3. *Razones de orden ético.* Se sostenía que si durante la unión matrimonial la invocación de los actos de adulterio, infidelidad o grave inconducta moral le había competido exclusivamente al otro cónyuge, era absurdo que más tarde, estando divorciados los cónyuges, los herederos pudieran pretender controvertir o cuestionar conductas que quizá el difunto había perdonado o le habían sido indiferentes, y que en todo caso no quiso juzgar. Se señalaba que el hecho de que el cónyuge legitimado por el art. 71 bis no accionara importaba el perdón del indigno.

b) *Posición positiva.* Los fundamentos de esta postura, que implicaban una crítica a la posición negativa, eran los siguientes:

1. *Carácter de la acción.* El punto de partida de los sostenedores de la posición anterior consistía en considerar que la acción concedida por el art. 3574, en su párrafo agregado por la reforma, no era sustancialmente distinta de la del art. 71 bis, y que en vista de que la acción del art. 71 bis tenía carácter personalísimo, no era transmisible a los herederos.

Nadie discutía el carácter personalísimo de la acción del art. 71 bis, pero la conclusión final resultaba errónea, ya que la acción del art. 3574 era una acción distinta de la del art. 71 bis, que nacía en cabeza de los herederos y no era transmitida por el *de cuius*. Sostener lo contrario implicaba dejar vacío de contenido el último párrafo del art. 3574.

Por otra parte, pensamos que se trataba de acciones distintas, por los efectos diversos que ellas traían aparejadas. En tanto que la declaración de culpabilidad del cónyuge inocente tenía efectos inmediatos sobre el régimen de alimentos, el derecho hereditario y el régimen de adopción, y mediatos sobre el uso del apellido marital y la tenencia, el art. 3574 sólo influía en los derechos hereditarios del cónyuge.

2. *Posibilidad de que iniciaran la acción los herederos.* Los sostenedores de la tesis negativa partían de la base de que la acción era de contenido moral, por lo cual se aplicaba analógicamente las normas del art. 1099, Cód. Civil, por considerárselas situaciones análogas.

La acción no era primordialmente moral, con consecuencias subsidiarias económicas, sino que estaba dominada por el interés pecuniario del heredero de excluir al cónyuge inocente. Por tanto, no había que recurrir analógicamente a la aplicación del art. 1099, Cód. Civil, sino al art. 3575, párr. 2º.

3. *Razones de orden ético.* No convencen las razones de orden ético invocadas por los sostenedores de la posición negativa, que se centraban en cuestionar la conducta de los sucesores como carente de ética, por querer sindicar y querer demostrar el desarreglo moral de uno de los cónyuges.

En primer lugar, se partía de la base de que quienes pretendían la exclusión del cónyuge eran sus descendientes; por eso podía resultar, *prima facie*, reñida con la moral la imputación de adulterio o infidelidad por parte de los propios hijos. Cabe señalar que no es éste el único caso en que los hijos pueden ejercer acciones en las cuales deben demostrar el adulterio de sus progenitores, ya que con la reforma introducida por la ley 23.264 la acción de impugnación de la paternidad del marido puede ser ejercida por el hijo (art. 259). Por otra parte, no siempre eran los descendientes los que trataban de lograr la exclusión del cónyuge, ya que en muchos casos habían sido los colaterales quienes intentaron tal acción. Además de ello, surgía más disvaliosa la conducta del cónyuge que la de los herederos, por cuanto el primero, que no había dado causa al divorcio, "según la sentencia recaída en juicio, quedaría facultado para observar una conducta deshonesto e injuriosa para el otro, y no obstante conservar incólume la vocación hereditaria, como si nada hubiese ocurrido...".

En este sentido, señalaba Cifuentes: "No se me escapa que podría llegarse al triste espectáculo de un hijo acusando como adúltera a su madre, para impedir que la trasmisión sucesoria la favorezca. Mas el juicio no es de separación, ni es de divorcio. No tiende a desunir la pareja, total y definitivamente desunida por la muerte misma. Esa pareja ya estaba juzgada en su conducta y separada por juez competente. Sólo que ulteriormente debe valorarse la conducta de quien en ese juicio fue declarado inocente, para evitar que se le favorezca no obstante su comportamiento imputable". En forma concordante, la doctora Méndez Costa señaló que "está reñido con la moral que quien vulneró y despreció en los hechos un *status* jurídico aspire a gozar de las prerrogativas que configura"<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Graciela Medina, *Legitimación de los herederos del causante para solicitar la exclusión hereditaria del cónyuge declarado inocente*, "J.A.", 1986-I-645 y sus citas.

**365. B) La solución dada por la jurisprudencia de la Cámara Nacional Civil.**

La Cámara Nacional Civil, Sala A, con el excelente voto del doctor Zannoni, concluyó afirmando: "Si el cónyuge culpable no demandó al inocente para obtener la ulterior declaración de culpabilidad de éste, atribuyéndole «adulterio o actos de grave conducta moral» posteriores al divorcio (art. 71 bis, ley 2393), los herederos que concurren o que son excluidos por el supérstite no pueden intentar *ex novo* esa acción con fundamento en el art. 3574 del Código Civil" <sup>35</sup>.

**366. C) La solución dada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia de la Cámara Nacional Civil que citamos en el párrafo precedente, al decir: "Si para el acogimiento de la demanda de exclusión de herencia de la cónyuge supérstite se exigiera que el causante haya deducido en vida la acción prevista en el art. 71 bis de la ley 2393, tal interpretación introduciría un requisito de procedencia de la pretensión ajeno al régimen del citado art. 3574, dejando sin ámbito de aplicación esta norma, ya que si el causante hubiera obtenido una declaración de culpabilidad de su esposa en los términos del mencionado art. 71 bis, ésta carecería de vocación sucesoria y nada podría reclamar en la herencia de su marido" <sup>36</sup>.

**367. D) La ley 23.515.**

La supresión del art. 71 bis de la Ley de Matrimonio Civil ha venido a solucionar, en gran parte, el problema de la legitimación de los herederos del causante para petitionar la exclusión hereditaria de la cónyuge, porque ya no se podría sostener como condición previa el ejercicio de la acción de declaración de culpabilidad del cónyuge inocente.

Sin embargo, subsisten algunos problemas de interpretación,

<sup>35</sup> C.N.Civ., Sala A, 26/2/85, "Deheza, Ema, y otros c. Paz, Luis", "J.A.", 1986-I-641.

<sup>36</sup> C.S.N., 1/9/87, "E.D.", 127-372.



porque las injurias graves y el adulterio producen la pérdida del derecho alimentario del inocente, conforme a lo establecido por el art. 210 del Código Civil, modificado por la ley 23.515, que dice: "Todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que los percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge"; así también, pueden dar lugar a la pérdida del uso del apellido marital, según lo dispuesto por el art. 9 de la ley 18.248, reformado por la ley 23.515.

Cabe preguntarnos si no se debería interpretar como perdón el hecho de que el causante conociera el adulterio o las injurias graves cometidos por la cónyuge separada, y, en su caso, si tal perdón no borraría la causal de indignidad.

Lo que ocurre es lo siguiente: en primer lugar, no estamos frente a una causal de indignidad, y, en segundo lugar, la acción no nace en cabeza del causante, sino en la de los herederos al momento de la muerte del causante. Por tanto, son válidos todos y cada uno de los razonamientos que hicimos con anterioridad para sustentar, durante la vigencia de la ley 17.711, la legitimación de los herederos para solicitar la exclusión hereditaria conyugal.

Si el causante conoció y perdonó el adulterio o las injurias graves, lo hizo a título personal; su perdón no les es transmisible a los herederos. Pensemos que el único caso en que el perdón borra los efectos de la separación es el de la reconciliación, que no es el supuesto aquí analizado.

### 368. Sujeto pasivo.

La pretensión de exclusión debe ser dirigida contra el cónyuge inocente de la separación personal, el cónyuge inocente de la separación de hecho o el cónyuge inocente de la separación provisional que pretendan ser declarados herederos o que hayan logrado en su favor declaratoria de herederos.

Si cualquiera de ellos hubiera transmitido *mortis causa* sus derechos hereditarios, la litis deberá ser trabada con sus sucesores.

Si el cónyuge inocente de la separación personal, el cónyuge inocente de la separación de hecho o el cónyuge inocente de la separación provisional hubieran cedido sus derechos hereditarios, habrá que trabar la litis con sus sucesores.

### 369. Prueba.

La prueba estará, en principio, a cargo de quien pretenda la exclusión. En tal orden de ideas, se ha sostenido que "el *onus probandi* incumbe a quien pretende la exclusión del heredero, y no a éste" <sup>37</sup>.

Pero, por otra parte, moderna jurisprudencia se inclina por la opinión de que tal carga de la prueba no es tan absoluta como para sostener que el demandado debe quedar completamente desentendido de la carga de allegar, a su vez, los elementos de juicio que sirvan para robustecer su posición <sup>38</sup>.

Cabe preguntarnos si pueden declarar como testigos los consanguíneos o afines en línea directa. Hay que tener en cuenta que la prohibición de que declaren como testigos de parte los consanguíneos o afines en línea directa se funda en razones de orden público tendientes al mantenimiento de la cohesión familiar, y se justifica en el caso de divorcio porque no hay interés en extender tal conflicto a otros integrantes del grupo familiar. Es por ello que el art. 427 del Código Procesal prohíbe tales testimonios en caso de divorcio; no así en el juicio de exclusión del cónyuge, donde no rige tal norma.

### 370. Efectos.

Con respecto a los efectos, nos remitimos a lo dicho en el párrafo 339.

### 371. Efectos especiales en cuanto al inmueble que habita el excluido.

Puede ocurrir que el cónyuge inocente se mantenga habitando el hogar conyugal (p. ej., por aplicación del art. 3573 bis), ya que si el supérstite "inocente" estaba separado judicialmente o de hecho y continuó habitando el hogar conyugal, hasta tanto se demuestre alguna de las causales del art. 3574 podrá conservar su derecho de habitación <sup>39</sup>.

<sup>37</sup> C.Civ. Concepción, 10/4/80, "V. R. E. c. L. M. A.", "Supl. L.L.", 1981-48.

<sup>38</sup> C.Civ. Concepción, 10/4/80, "Supl. L.L.", 1981-48.

<sup>39</sup> Eduardo Zannoni, *Derecho de las sucesiones*, Astrea, Bs. As., 1982, t. I, p. 644, n° 625.

Probado el concubinato o las injurias graves, ha de cesar el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, y se podría reclamar un canon compensatorio por su uso mientras dure el juicio de exclusión. Entendemos que en tal caso el canon compensatorio comenzaría a correr desde el reclamo judicial o extrajudicial que efectúe el cónyuge excluido del inmueble, y no desde el comienzo de la ocupación por el otro, considerando que hasta que se produce el reclamo ha habido consentimiento tácito en la ocupación gratuita <sup>40</sup>.

Fallos recientes han resuelto: "En la indivisión poscomunitaria de la sociedad conyugal, el ocupante del inmueble común adeuda al otro comunero su porción en el valor locativo desde la fecha de su formal reclamo" <sup>41</sup>.

También puede ocurrir que el inocente de la separación personal continúe habitando el inmueble que es bien propio del otro cónyuge, por aplicación del art. 211, que dice: "Dictada la sentencia de separación personal, el cónyuge a quien se atribuyó la vivienda durante el juicio, o que continuó ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, podrá solicitar que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, si ello le causa grave perjuicio y no dio causa a la separación personal, o si ésta se declara en los casos del art. 203 y el inmueble estuviese ocupado por el cónyuge enfermo". En iguales circunstancias, si el inmueble fuese propio del otro cónyuge, el juez podrá establecer en favor de éste una renta por su uso, en atención a las posibilidades de los cónyuges y al interés familiar, fijando el plazo de duración de la locación.

Cabe preguntarnos si en el caso de que se fijara un plazo de duración de diez años, por ejemplo, y el cónyuge culpable muriese antes de su extinción, los herederos deberían respetar tal plazo, como si se tratara de un contrato de locación. Evidentemente, no.

En primer lugar, porque tanto en éste como en otros casos de atribución del hogar conyugal, el criterio ha de ser el de la revisibilidad. En este sentido, hemos sostenido: "Todo convenio sobre atribución del hogar conyugal es revisable en cualquier tiempo; no es definitivo ni causa estado, y podrá modificarse si

<sup>40</sup> Aplicamos, por analogía, lo dicho para el caso de divorcio por Francisco A. Ferrer y Carlos H. Rolando, *Compensación por el uso exclusivo de bienes gananciales indivisos* (art. 211 del Código Civil), "J.A.", III-1989-913.

<sup>41</sup> Abel Fleitas Ortiz de Rosas y Osvaldo F. Pitau, *La indivisión post-comunitaria en la sociedad conyugal: Problemas e interpretaciones*, "L.L.", 1987-E-367.

cambiaron las circunstancias que le dieron origen”<sup>42</sup>. Por otra parte, aunque la ley hable de “locación”, la totalidad de la doctrina considera que en verdad no se trata de un contrato de locación, y que probadas las injurias graves o el concubinato por aplicación del art. 210, ha de cesar el derecho de continuar en la habitación.

<sup>42</sup> Graciela Medina y Sonia Longo, *Atribución del hogar conyugal (ley 23.515, art. 231)*, ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Civil en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, 7 y 8 de noviembre de 1990.