



UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL LITORAL
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Especialización en DERECHO SUCESORIO



*“Exclusión de la Vocación
Hereditaria del cónyuge
supérstite. Problemática del
art. 2437 infine del Código
Civil y Comercial”*

Alumna: ROSSI JESICA

Director: Gabriel Guastavino

Santa Fe - Año: 2020-2021

Índice

Introducción	1
--------------------	---

Capítulo I.- Vocación hereditaria

1.- Introducción.....	2
2.- Análisis de la vocación hereditaria del cónyuge.....	6

Capítulo II.- Exclusión de la Vocación hereditaria del cónyuge

1.- Introducción	10
2.- Causales de Exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite	
2.1.- Matrimonio in extremis	13
2.2.-Divorcio.....	18
2.3.- Separación personal sin voluntad de unirse.....	22
2.4.- Cese de convivencia por decisión judicial de cualquier tipo.....	26

Conclusión	31
-------------------------	----

Bibliografía	34
---------------------------	----

"Todas las teorías son legítimas y ninguna tiene importancia. Lo que importa es lo que se hace con ellas".

Jorge L. Borges

INTRODUCCIÓN

Para el presente trabajo seleccione, dentro del cuantioso catálogo de sugestivos temas que contiene el Derecho Sucesorio, lo que a mi parecer deviene en una cuestión que resulta controversial. Dicha cuestión a mi entender problemática es la exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite a causa de resoluciones de cualquier tipo emanadas de la judicatura que impliquen el cese de la convivencia.

Teniendo presente que la doctrina pacíficamente entiende que la aplicación literal de la norma, frente a diferentes hipótesis, trae aparejado el riesgo de soluciones injustas, y que frente a ello debe optarse por una interpretación coherente con todo el ordenamiento jurídico, tanto en su carácter intrasistémico, vale decir con respecto al propio Código Civil y Comercial, como en su aspecto extrasistémico, o sea en orden a los derechos, principios y valores que emergen de los Tratados sobre Derechos Humanos intentaré aportar elementos suficientes que permitan construir un criterio interpretativo que sustente la elaboración de soluciones ajustadas a la norma que no resulten inicuas ni infrinjan la coherencia sistémica enunciada.

A tales fines, y en consideración de resultar esenciales para dotar de sentido al presente trabajo, creo necesario iniciar con una breve exposición del instituto vertebral de la vocación hereditaria, describiendo asimismo de forma sucinta las diferentes hipótesis excluyentes del cónyuge de dicho instituto.

Espero el presente desarrollo, permita construir de manera escalonada un fundamento, coherente con la sistemática y el espíritu del Código, y que permita adicionar los mínimos elementos que considero necesarios, en orden al desarrollo de un nuevo punto de vista frente a la problemática planteada.

CAPITULO I

Vocación hereditaria

1.- Introducción.

Modernamente la doctrina expresa que la vocación es uno de los conceptos con lo que puede explicarse y estructurarse el fenómeno sucesorio¹.

Podemos definir, siguiendo a Ferrer a la vocación hereditaria como el título o fundamento jurídico para suceder, es decir, el título que produce el llamamiento de una o varias personas a la sucesión de su causante, y que da el derecho a la herencia independientemente de que el llamado después llegue a ser heredero, pues puede aceptarla o repudiarla, ejerciendo de tal modo el derecho de opción que le confiere el artículo 2288 del Código Civil y Comercial de la Nación y que el sucesible, en caso de fallecer antes de ejercerlo, transmite a sus herederos.²

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico nacional este llamamiento implica la transmisión automática de todo el conjunto de derechos y acciones transmisibles por causa de muerte que componen el acervo hereditario del cuius a quienes por ley o por testamento fueren llamados a sucederle. En este sentido el derogado código velezano en su artículo 3420 sostenía que “el heredero aunque fuera incapaz o ignorase que la herencia se le ha deferido, es sin embargo propietario de ella desde la muerte del autor de la sucesión”, y en el mismo sentido el vigente Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 2277 que refiere a la apertura de la sucesión, sostiene que la muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por testamento o por ley, éste efecto de transmisibilidad automática o de adquisición ipso iure de la totalidad del acervo hereditario del causante se reafirma en la redacción del artículo 2280 del Código Civil y Comercial de la Nación que en cuanto a la situación de los herederos sostiene que desde la muerte del causante, éstos tienen todos los derechos y acciones de aquel, exceptuados obviamente los de carácter intransmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor.

¹ FERRER, Francisco A. M., “Comunidad Hereditaria e Indivisión Posganancial” Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, citando a HERNANDEZ GIL Antonio, Obras completas, Espasa Calpe, Madrid, 1989. t.4, p. 493- Nota N° 16-1er. Edición Revisada. Santa Fe- Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, p.69.-

² FERRER, Francisco A. M., Ob. cit. p.69/71.-

Por lo expuesto resulta claro que este llamamiento es genérico y que se produce en el mismo momento de la muerte del causante, y convoca a todos los posibles herederos por ley o por testamento.

Este llamamiento genérico en nuestro derecho moderno responde a un sistema de vocación simultánea, ya que para que se configure la comunidad las diversas titularidades deben concurrir en un momento temporal concreto³, dejando de lado el antiguo sistema romano de vocación sucesiva; pudiendo diferenciar en éste sistema entre una vocación actual y una eventual.

Dicha diferenciación surge del sistema de orden y grados del llamamiento establecidos en la ley y que determina quién debe ser convocado en primer término. Tenemos entonces que nuestro Código Civil y Comercial de la Nación enumera los distintos órdenes sucesorios, y dentro de cada uno de ellos una serie de grados. Estos órdenes sucesorios están estructurados sobre la base familiar del parentesco, compuestos cada uno de ellos por una serie ininterrumpida de grados en relación a un tronco común. Así pues, los órdenes hereditarios de descendientes, ascendientes y por último colaterales, se excluyen entre sí, a excepción del cónyuge supérstite, que concurre tanto con los ascendientes como con los descendientes, excluyendo a los colaterales, y dentro de cada orden, el grado más próximo excluye al más remoto. La ley ha seguido aquel viejo principio español según el cual "el afecto baja, sube y se desparrama", ya que ateniéndonos al fundamento que, tanto para nuestro primer codificador como para los autores del nuevo Código, tenía la sucesión legal, de basarse en la voluntad presunta, o afecto presunto.⁴

Para clarificar la cuestión podemos utilizar un ejemplo: a la muerte de A, lo sobreviven dos hijos H1 y H2, su cónyuge C, 3 nietos N1, N2 y N3 y dos bisnietos B1 y B2. Todos ellos tienen vocación hereditaria pero solo el cónyuge C y los hijos H1 y H2, tienen llamamiento actual. En cambio los nietos N1, N2 y N3 y los bisnietos B1 y B2, tienen llamamiento eventual.

Entonces, quién 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

³ FERRER, Francisco A. M., Ob. cit. p.71.-

⁴ GOYENA COPELLO, Héctor Roberto, "Curso de Procedimiento Sucesorio", 10a Edición 2ª reimp. Actualizada y Ampliada con las reformas introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, p.

representación.⁵ 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 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, 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, o el caso del heredero instituido bajo condición suspensiva, entre otros que podríamos mencionar.

Como se puede inferir de la definición dada al comienzo de la exposición la vocación es entonces un llamamiento de carácter genérico a todos los posibles herederos.

Ahora bien, éste estado de incertidumbre debido a su carácter genérico, requiere de un concepto que permita precisarse o concretizarse en personas determinadas, es decir, un llamamiento concreto y efectivo a quienes carecen de obstáculos para adquirir la herencia, lo que conocemos como delación.

Tenemos entonces que la delación consiste en ofrecimiento formulado por la ley o por la voluntad del causante a todo aquel heredero que, teniendo vocación hereditaria (legal o testamentaria), se ve libre de impedimentos de aceptar o no la herencia, es decir, no presenta ningún obstáculo de índole legal para adquirir concretamente la herencia a la que fue llamado previamente y de modo genérico y abstracto.

Ahora bien, actualmente en los países en cuyo ordenamiento jurídico aplica el sistema de adquisición hereditaria por medio de la aceptación, la delación se agota en el simple ofrecimiento, necesitando del *ius delations* para adquirir la herencia a través de su aceptación. Es decir que dentro de este concepto de delación hay dos momentos, ya que ésta por sí sola no implica la existencia de heredero sino de un sujeto a quien se le ha ofrecido que lo sea, y recién con el *ius delations* es que se le da el derecho de poder convertirse en tal, al momento de la aceptación de la herencia.⁶

Por el contrario en los países cuya legislación se ha inclinado por adoptar el sistema de adquisición *ipso iure* del acervo hereditario la delación conlleva no solo el ofrecimiento sino que aún en sí misma la adquisición de ella por parte de los herederos.

⁵ RUSSO, Federico; "Exclusión de la vocación hereditaria y divorcio incausado", en RDF 68-267 : DOCTRINA : Abeledo Perrot, AP/DOC/66/2015,p.1.-

⁶ PEREZ LASALA, José Luis, "Tratado de Sucesiones" Parte General, 1er Edición, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal -Culzoni Editores-2014,p.307.

Por lo que podemos concluir que la delación implica un llamamiento actual y efectivo, y que quien goza de la delación es heredero, a no ser que renuncie a la herencia, o en otras palabras para que una persona sea heredero no le basta tener vocación sino que requiere tener delación para que opere en la persona de los herederos la adquisición del conjunto de derechos y acciones que componen el acervo hereditario del de cujus, adquisición que pacíficamente la doctrina entiende como provisoria, ya que el heredero podrá renunciar a la adquisición que implica la delación después de la apertura de la sucesión, o podrá consolidar el llamado mediante la aceptación.

Ahora bien, este llamamiento, encuentra origen en la Ley o en el acto jurídico del Testamento. En lo que refiere al presente trabajo, sólo resulta de importancia la convocatoria que nace de la ley, ésta vocación intestada tiene como fuente la presunción realizada por el legislador de la voluntad del causante, conjeturando quienes van a concurrir a la sucesión del mismo. Esta presunción del legislador se direcciona en base al hipotético afecto que el causante podría tener por determinadas personas y por el cual se supone su voluntad de dejarles sus bienes. Y va más allá la ficción jurídica realizada por el legislador, al establecer como vimos precedentemente un orden abstracto de prelación y extensión.

Desde la sanción del Código Civil de Vélez, tal presunción se halla vinculada al parentesco y al matrimonio, con respecto al primero, en su origen estaba reducido al parentesco por consanguinidad, lo que con el transcurso de los años y el consecuente cambio social se fue modificando, incluyendo al parentesco adoptivo y el parentesco por afinidad (derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos). Asimismo la extensión de la mencionada presunción sujeta al parentesco, fue modificada con el paso del tiempo; en el orden colateral la vocación hereditaria de la que gozaban los parientes hasta el sexto grado se redujo quedando comprendido solamente los parientes colaterales hasta el cuarto grado. Cabe destacar que con la promulgación del nuevo Código Civil y Comercial todos estos cambios se mantuvieron, con excepción del caso de parentesco por afinidad (nuera viuda sin hijo) que fue abandonado.

Por otro lado, si bien la vocación hereditaria del cónyuge supérstite, se mantuvo sin modificaciones desde su origen, estando siempre ligada al acto jurídico del matrimonio, su reconocimiento ha transitado por diferentes caminos en los diversos sistemas jurídicos incluyendo el nuestro.

2.- Análisis de la Vocación hereditaria del cónyuge.-

El reconocimiento de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite ha recorrido un largo camino legislativo en los diferentes sistemas jurídicos.

En el Derecho Romano, en donde un principio la esposa tenía vocación hereditaria, ocupando el lugar de una hija, siendo excluida luego de la sucesión del marido, salvo que fuere instituida heredera por éste, situación que se modificó al reconocerle derechos hereditarios en ausencia de otros llamados a recibirla, y por último se le dio un reconocimiento a un derecho hereditario en concurrencia con los otros herederos.

En nuestro derecho, a diferencia de otros derechos comparados, el derecho hereditario del cónyuge supérstite siempre ha tenido acogida favorable: tanto en el Código Civil de la obra de Vélez Sarsfield, pasando por la reforma de la ley 17.711 hasta llegar al actual Código Civil y Comercial, el cónyuge supérstite tuvo un lugar y emplazamiento de privilegio en la sucesión del causante⁷.

Luego de varias leyes especiales que contemplaban el derecho hereditario del cónyuge en concurrencia con los colaterales, la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield en el siglo XIX le reconoció el derecho a la mitad de los bienes gananciales, la concurrencia con descendientes y/o ascendientes sobre los bienes propios y concurrencia con los ascendientes sobre la mitad de los gananciales, situación que rige hasta hoy.⁸

Por lo que el cónyuge puede iniciar o intervenir en la sucesión del causante a título de heredero o de socio de la comunidad de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2237 y 2433 del Código Civil y Comercial.⁹

Vale aclarar en este punto la situación en que se encuentran los integrantes de las uniones convivenciales, es decir de los convivientes, ya que existe un preconcepto social equivocado de conferir luego de un cierto tiempo de unión derechos hereditarios al o la conviviente que sobrevive al otro.

⁷ Guastavino Gabriel en FERRER, Francisco A. M., “Manual Práctico de Derecho Sucesorio” 1er. Edición Revisada. Santa Fe- Rubinzal-Culzoni Editores, 2020, p.153.

⁸ LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga, FARAONI Fabián; “Derecho de Sucesiones- Código Civil y Comercial de la Nación . Ley 26.994”-La sucesión por causa de muerte- la dinámica del proceso sucesorio- 1er Edición revisada, Tomo I- Santa Fe- Rubinzal -Culzoni Editores-2016, p.60

⁹ MEDINA Graciela, “Proceso Sucesorio”, 4ta. Edición Ampliada y actualizada, Tomo I, Santa Fe- Rubinzal -Culzoni Editores-2017, p.246.

En nuestra legislación si bien con la nueva redacción del Código Civil y Comercial se regulan las uniones convivenciales y se les reconoce algunos derechos que se asemejan a los derivados del vínculo matrimonial, no alcanza a los derechos hereditarios de los convivientes.

Corresponde decir que el caso del cónyuge supérstite reviste ciertas particularidades, encontrándose en la estructura del Código Civil y Comercial en el tercer lugar de los órdenes allí establecido para ser considerado heredero legítimo, su vocación hereditaria no opera por su calidad de pariente del causante sino que encuentra su origen en un acto jurídico con efectos jurídicos como es el caso del matrimonio; dicho vínculo se extingue al momento de la muerte del causante y consecuentemente conlleva la disolución de la sociedad conyugal, no obstante lo cual dicha extinción no resulta óbice de que el cónyuge supérstite concurra a la sucesión del causante, ya sea con descendientes (primer orden) y ascendientes (segundo orden), en caso de que estos existan al momento de fallecer el causante, pues sino hereda en soledad ya que excluye a los parientes colaterales (art. 2435 CCC). Es decir que, si el causante tiene descendientes- teniendo también ascendientes- concurrirá con ellos como uno más sobre los bienes propios, pero en relación a los bienes gananciales serán excluidos de la mitad que pertenezcan al de cuius, con quien estuvo unido en matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales (art. 2433 CCC). Pero para el caso que el causante carezca de descendientes y si tenga ascendientes, el cónyuge supérstite concurrirá con éstos, dividiendo la herencia por mitades (art. 2434 CCC).

Es decir que se trata de un heredero legítimo, porque su llamamiento -legal imperativo- a la universalidad de los bienes dejados por el causante proviene de la ley, teniendo su investidura de pleno derecho (art. 2337 CCC) y además es legitimario, ya que tiene derecho a una porción de la herencia de la cual no puede ser privado por disposiciones entre vivos a título gratuito ni por testamento (art. 2444 CCC) y sólo podrán serlo por una justa causa de indignidad (art. 2281 y ss. CCC).

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, en satisfacer el deber de asistencia y proyectar la solidaridad conyugal más allá de la muerte en virtud del *ius conyugii*.¹⁰

¹⁰ RUSSO, Federico; Ob. Cit. citando a LLOVERAS, Nora; Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p.99; MENDEZ COSTA, María J.; La exclusión hereditaria conyugal, Atlántida, Buenos Aires, 2009,p.82 .-

Por ende, si existe entre el causante y el cónyuge supérstite un vínculo válido que los una, y que en el proceso sucesorio el mismo se encuentre probado a través de la presentación de la documental respaldatoria respectiva (partida de matrimonio o libreta de matrimonio), resultara pertinente declararlo heredero, carácter que mantendrá siempre que no procedan causales de exclusión de la vocación hereditaria (arts. 2436, 2437 CCC) o de inexistencia o nulidad del matrimonio (arts. 406, 424, 425 y ss. CCC). En ese sentido, cabe decir que el matrimonio para resultar válido, deberá cumplir con los requisitos legales - intrínsecos y extrínsecos - estipulados en el Capítulo 2 del Título 1 del Libro IV del Código Civil y Comercial.

Sobre esto último, cabe aclarar que los llamados requisitos extrínsecos son los referidos a la forma que debe tomar el acto jurídico del matrimonio y su prueba, mientras que los intrínsecos refieren a la ausencia de impedimentos y el necesario consentimiento de los contrayentes, siendo también hasta el año 2010 la diversidad sexual de los consortes un requisito intrínseco, perdiendo vigencia y exigibilidad a partir de la sanción de la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario.¹¹

En este punto, es importante remarcar lo que creo resulta una incongruencia intrasistémica de nuestro ordenamiento jurídico, dado que si tenemos en cuenta como dijéramos que el fundamento de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite encuentra su origen en el presunto afecto que el legislador pone en cabeza del causante sustentado en la comunidad de vida y la solidaridad, resulta inexplicable la no inclusión de los simples convivientes en el orden sucesorio. Ya que mientras que nuestro Código Civil y Comercial en lo que refiere a cuestiones de familia regula y reconoce modernas y actuales formas de organizar las relaciones interpersonales de los miembros de la sociedad, como son las uniones convivenciales o el fenómeno de las familias ensambladas, en lo que hace al derecho sucesorio son descartadas de plano, a pesar de que la cuestión fáctica de la convivencia es utilizada como fundamento para la inclusión o exclusión de un cónyuge supérstite de la sucesión del causante, ejemplo de ello es la separación de hecho sin voluntad de volver a unirse que resulta excluyente de la sucesión del de cuius para el cónyuge supérstite, a pesar de la existencia del vínculo jurídico matrimonial.

¹¹ HERZ Mariana, GUTIERREZ DALLA FONTANA Esteban, “Vocación hereditaria de la cónyuge supérstite en segundas nupcias celebradas en el extranjero mediando impedimento de ligamen” en RC D 694/2017

Es por lo que considero que las convivencias formalizadas (uniones convivenciales) o no deberían considerarse pasibles de gozar de vocación hereditaria, podrá discutirse la forma y el alcance para acceder a este beneficio, lo que resulta indiscutible en nuestra conformación social actual es su necesidad de ser en alguna medida incluidas en el orden sucesorio, lo que reduciría la posibilidad de arribar a soluciones inicuas, como por ejemplo en el hipotético caso, que podría darse que en la sucesión del causante, no habiendo herederos forzosos y existiendo solamente entre los colaterales un primo, éste estaría llamado a la sucesión del de cuius y no el conviviente. Es en este tipo de casos donde surge la pregunta, de ¿si la voluntad presunta del causante, es que reciba la herencia su primo o su conviviente?. No tengo dudas en señalar que, de hacerse una presunción general y abstracta —como lo hace la ley en el llamamiento ab intestado— será el conviviente quien debiera recibir dicha herencia, teniendo en cuenta la realidad social actual.

Por ende, si la sucesión intestada se inspira en la probable voluntad de un tipo normal o común de personas, según sus afectos naturales, el afecto presunto del causante y el principio de la solidaridad familiar, sobre la base de los mismos no puede discriminarse a quien vivió en unión convivencial e hizo un proyecto de vida en común con el causante, por el hecho de haber optado o no querido casarse y sobre la misma privarle derechos hereditarios.

Por lo que resulta claro a todas luces que ese supuesto fundamento de la vocación hereditaria que abrevaba en la presunta voluntad del causante en realidad es falso pudiendo inferir de la estructura normativa que la vocación hereditaria es en realidad un sistema protectorio sustentado en una estructura familiar socialmente establecida y aceptada que el legislador busca preservar.

CAPITULO II

Exclusión de la Vocación hereditaria del cónyuge

1.- Introducción.-

Como ya he dicho el vínculo matrimonial hace presumir el afecto presunto del causante, por lo que el cónyuge tiene vocación legítima (o sea derivada de la ley) o "intestada", lo que supone la existencia de un matrimonio vigente en su integridad al momento del deceso de uno de ellos.

Sin embargo, como también pudimos ver, aunque exista aceptación de herencia, esta puede no transmitirse válidamente, debido a que la vocación puede no existir en virtud de causales legales que la contradicen, y que están directamente vinculadas a la condición de participe en un proyecto de vida en común con el causante.

La exclusión hereditaria conyugal ha sufrido diversas modificaciones en nuestra legislación y ha encontrado su lugar en el tratamiento de la vocación hereditaria conyugal que supone que media un llamamiento hereditario del consorte a título hereditario, y por lo tanto universal, que por alguna razón desplaza¹².

En sentido amplio, es dable afirmar que una persona está excluida de una sucesión cuando no opera un llamamiento legal o testamentario, o bien si dicho llamamiento se ve frustrado por causales estipuladas en la ley o circunstancias especiales.¹³ Este segundo supuesto es el que se presenta, tanto en el viejo código como en el actual, cuando por determinadas causas legales se frustra el llamamiento de pleno derecho a la herencia que tiene el cónyuge sobre los bienes propios del causante y sobre todo el acervo a falta de descendientes en concurrencia con los ascendientes, y falta de descendientes y ascendientes (cf. arts. 3570, 3571 y 3572, CC y arts. 2433, 2434 y 2435, CCC).

En el Código Civil derogado se encontraba regulada la exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge en los artículos 3573, 3574 y 3575 del CC, donde se distinguía entre

¹² MENDEZ COSTA, María Josefa, "*La Exclusión hereditaria conyugal*" - Segunda Edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni- 2009, p.11.

¹³ LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga, FARAONI Fabián en LORENZETTI Ricardo Luis, "*Código Civil y Comercial explicado*" Doctrina- Jurisprudencia: Sucesiones- Disposiciones comunes a los Derechos Personales y Reales. Art. 2277 a 2671- 1er Edición revisada- Santa Fe- Rubinzal -Culzoni Editores- 2019, p. 286.

divorcio, separación personal y separación de hecho y por otra parte se tenía en cuenta la atribución de culpabilidad.

Al suprimirse la figura de la separación personal y regularse el divorcio sin consideración de la culpa ni de elemento subjetivo alguno (Libro Segundo; Título I: Matrimonio; Capítulo 8: Disolución del matrimonio; arts. 435 a 445), como lógica consecuencia, la nueva codificación previó de manera diferente las causales de exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge superviviente suscitadas por la finalización del vínculo marital o de la convivencia.

Por lo que, podemos destacar que la legislación contempla una serie de causales de exclusión de la vocación hereditaria aplicables sólo al cónyuge superviviente y no a ningún otro orden sucesorio.

Así, establece que las causales de exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge son: el matrimonio in extremis (art. 2436 CCC); el divorcio, la separación de hecho sin voluntad de volver a unirse y el cese de la convivencia resultante de una decisión judicial (art. 2437 CCC), correspondientes al Capítulo 4º "Sucesión del cónyuge", Título IX "Sucesiones intestadas", Libro V "Transmisión de derechos por causa de muerte".

Aquí cabe hacer una aclaración, las causales estipuladas en el Código Civil y Comercial no implican la pérdida del derecho a la mitad de los bienes gananciales que le corresponden por la disolución del régimen de la sociedad conyugal que opera por la muerte de uno de los consortes, sino que se circunscriben solo a la supresión de los derechos hereditarios surgidos a consecuencia del vínculo matrimonial es decir los derechos sobre los bienes de la masa que resultan luego de la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, sea de comunidad de bienes o de separación de bienes, como así también otros que no tengan relación con los bienes propiamente dichos sino que surjan de la condición de heredero.

Las causales de exclusión hereditaria no operan de pleno derecho sino que deviene necesario que los interesados promuevan la pertinente acción judicial ante el juez de la sucesión, en virtud del fuero de atracción que ejerce dicho proceso. En efecto, la configuración en este supuesto de exclusión sucesoria del cónyuge no puede ser decidida en el mismo proceso sucesorio pues, además de exceder su objeto, requiere de un proceso de conocimiento pleno que permita amplitud de debate y prueba.

La exclusión de herencia puede operar mediante una acción que se otorga a un coheredero o a un heredero de orden o de grado sucesivo o concurrente para que, en virtud de

las causales previstas por la ley, solicite la separación de su coheredero o del heredero de grado preferente o concurrente de la sucesión, y la pérdida a consecuencia de ello de los derechos que como tal le correspondían.¹⁴

Hasta tanto recaiga sentencia firme de exclusión, el supérstite que acredita su vocación con la sola presentación de la partida de matrimonio puede ser incluido en la Declaratoria de Herederos e incluso designado como administrador de la herencia, sin perjuicio de las medidas cautelares que pueden solicitar los interesados en su exclusión a fin de preservar la integridad del acervo hereditario.

No existen dentro del Código Civil y Comercial normas legales específicas aplicables al proceso de exclusión del cónyuge, como tampoco las había dentro del Código Civil derogado.

Dicho lo cual, y a los fines del presente trabajo, realizaré un breve análisis de las causas de exclusión del derecho hereditario entre cónyuges consagradas en los siguientes artículos:

El artículo 2436 del Código Civil y Comercial de la Nación reza: "*Matrimonio in extremis. La sucesión del cónyuge no tiene lugar si el causante muere dentro de los treinta días de contraído el matrimonio a consecuencia de enfermedad existente en el momento de la celebración, conocida por el supérstite, y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido de una unión convivencial*".

El art. 2437 del Código Civil y Comercial de la Nación reza: Divorcio, separación de hecho y cese de la convivencia resultante de una decisión judicial. "*El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges*".

¹⁴ LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga, FARAONI Fabián en LORENZETTI Ricardo Luis, Obra Cit., p.288.

2.- Causales de Exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite.

2.1.- MATRIMONIO IN EXTREMIS

El artículo 2436 del Código Civil y Comercial de la Nación reza: "*Matrimonio in extremis. La sucesión del cónyuge no tiene lugar si el causante muere dentro de los treinta días de contraído el matrimonio a consecuencia de enfermedad existente en el momento de la celebración, conocida por el supérstite, y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido de una unión convivencial*".

Si bien esta figura ya había sido contemplada por Vélez en el artículo 3573 del derogado Código Civil hoy se recoge de una manera más clara y precisa, con el agregado de los siguientes requisitos: que el cónyuge supérstite haya conocido la enfermedad al momento de contraer matrimonio y que resultare ésta de desenlace fatal previsible. Asimismo la Ley 17.711 introdujo una excepción a esta exclusión que se sustentaba en la regularización de una situación de hecho precedente; ahora bien esta excepción se mantiene en la nueva codificación nacional pero reformulada bajo el concepto de "unión convivencial", instituto incorporado en el Título Tercero del Libro Segundo del nuevo ordenamiento.

Su operatividad requiere de la verificación de todas las condiciones que a continuación se desarrollan, debiendo coexistir en su totalidad para poder solicitar la exclusión del cónyuge supérstite, porque de lo contrario deviene su inaplicabilidad:

a) Que la muerte del causante se produzca dentro del plazo de treinta días de celebrado el matrimonio, dicho plazo debe computarse en días corridos a partir de la medianoche del día de la celebración.

b) Que la causa de la muerte sea la misma enfermedad, es decir que la enfermedad que sufra el causante debe ser la que conduzca a su muerte, debe ser su causa directa e inmediata, sin que pueda provenir el resultado fatal de causas o concausas distintas.

c) Que se trate de una enfermedad de desenlace fatal previsible, es decir de una enfermedad que revista la gravedad suficiente para hacer posible el desenlace fatal dentro de lo normal y previsible, teniendo en cuenta el carácter de la enfermedad según la ciencia médica y las máximas de la experiencia.

d) Que la enfermedad haya sido conocida por el cónyuge supérstite, siendo éste un presupuesto subjetivo para la procedencia de la exclusión de la vocación hereditaria. La finalidad de la norma no es prohibir los casamientos con personas que padecen una

enfermedad, sino que lo que sanciona a través de la exclusión de la vocación hereditaria es la captación dolosa de la herencia, es decir el aprovechamiento de una persona en estado de vulnerabilidad para quedarse con su herencia.¹⁵

e) Que no haya sido precedido el matrimonio de una unión convivencial entre los esposos.

En el derogado Código Civil, Vélez en su nota al artículo 3573, ilustra la motivación que lo habría llevado a incluir en nuestro ordenamiento jurídico la condición excluyente, aquí analizada. En dicha nota el autor adjetiva a los matrimonios in extremis como escandalosos, opinando que los mismos solo tienen por objeto heredar al enfermo en detrimento de otros parientes, este único fin captativo es el que la norma buscaba evitar.

Ahora bien, queda claro que en el viejo código velezano el fundamento de la exclusión, era moral, manteniéndose dicho basamento en la redacción del código vigente, en ese sentido Ferrer sostuvo que: “El fundamento de esta norma es moral, se trata de evitar una captación alevosa de la herencia aprovechándose de la persona enferma, y utilizando como medio el matrimonio”.¹⁶

Como dijéramos el Código Civil y Comercial de la Nación mantiene la idea de Vélez Sarsfield de sancionar con la exclusión de la herencia al cónyuge supérstite, infiriendo que aquel que cumple las condiciones establecidas en la norma, sólo pudo haber tenido en miras un fin económico como única motivación para la unión matrimonial. A resultas de lo cual queda claro que el cuestionamiento ético es relevante para esta exclusión.¹⁷

Corresponde hacer la siguiente salvedad, esta causal de exclusión no ahonda en los requisitos de forma exigibles para el acto matrimonial, ni indaga en los motivos o fundamentos que llevaron a cada uno a celebrar dicho acto. Como dijéramos, su operatividad está atada a la existencia de las condiciones descritas por la norma, resultando en tal caso la exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite. En este caso podemos inferir que la norma establece una presunción condicionante, a la cual la doctrina de forma dividida le

¹⁵ IGLESIAS Mariana Beatriz en SANCHEZ HERRERO Andrés (Director) “Tratado de derecho Civil y Comercial” 1ª Ed., Tomo VIII Sucesiones, Buenos Aires, La Ley, 2016,p.498.

¹⁶ FERRER, Francisco A. M. en ALTERINI, Jorge (Director Gral) “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, T. XI, Buenos Aires, La Ley, 2015, p.535.

¹⁷ LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga, FARAONI Fabián; “Derecho de Sucesiones- Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994”- Origen y forma del llamamiento. Sucesión legítima y testamentaria. La legítima. 1er Edición revisada. Tomo II-Santa Fe- Rubinzal -Culzoni Editores-2016, p.79.-

asigna dos valoraciones, por un lado quienes sostienen que la misma es una presunción iure et de iure y por otro quienes la consideran iuris tantum.

En la actualidad, se puede decir que en virtud de una redacción más precisa de la exclusión en razón de un matrimonio in extremis contenida en el art. 2436 del Código Civil y Comercial de la Nación, parecería llevar razón a quienes adhieren a la idea de que la presunción contenida en la misma es iure et de iure, sosteniendo que la intención de captar la herencia no debe ser demostrada, ya que de la letra de la norma no surge el requisito del ánimo de captar la herencia para llegar a la exclusión, por lo que resulta indiferente que se demuestre que el matrimonio fue celebrado por motivos altruistas y nobles y no por espíritu de lucro.¹⁸

No obstante ello, destacada doctrina sostiene por el contrario que dicha presunción es de carácter iuris tantum atento a la restricción interpretativa aplicada a toda situación que conlleve una excepción a una regla general (para el caso la vocación hereditaria del cónyuge supérstite), por lo que entienden posible ponderar las circunstancias que rodeen los hechos en particular y que deriven en el descarte de una intencionalidad captativa del posible acervo hereditario, evitando o minimizando la posibilidad de soluciones inicuas¹⁹.

Como señalara, la estructura del artículo continúa, con algunos distinguos en su redacción la idea original de Vélez, siendo objeto de debate la excepción prevista en el párrafo final, toda vez que establece que el supérstite que celebró las nupcias con las características descriptas, sólo podrá conservar el derecho hereditario si dicho matrimonio fue precedido de una unión convivencial.

En ese sentido, la última condición requerida expresamente por la norma para que opere la exclusión, esto es, la inexistencia de una unión convivencial previa al matrimonio²⁰, resulta problemática. Tenemos entonces que para la aplicación de la excepción de la exclusión de la vocación sucesoria del cónyuge que establece el artículo 2436 CCC no es necesario que la unión convivencial esté registrada, por no tratarse de un requisito de existencia de la figura sino meramente de prueba. Pero sí será necesario el cumplimiento del plazo de dos años de convivencia que prevé el artículo 510, inciso "e" cumplido a la fecha del matrimonio, así como la verificación de los restantes requisitos y elementos que surgen del artículo 509 y de los demás incisos del artículo 510 del CCC, vale decir, que se trate de una relación afectiva de

¹⁸ IGLESIAS Mariana Beatriz en SANCHEZ HERRERO Andrés (Director) Obra Cit., Tomo VIII,p.500.

¹⁹ FERRER, Francisco A. M. en ALTERINI, Jorge (Director Gral) Obra Cit., T. XI, p.535.

²⁰ PEREZ LASALA, José Luis, "Tratado de Sucesiones", Tomo II, Santa Fe, Buenos Aires, Rubinzal -Culzoni Editores- 2014,p.768

carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas mayores de edad, del mismo o de diferente sexo, que no presenten impedimento basado en el parentesco o ligamen y no esté registrada otra convivencia de manera simultánea.

Por lo tanto, la existencia de una unión anterior a la muerte del cónyuge que no reúna los requisitos para ser considerada una unión convivencial no podrá ser invocada como eximente para la aplicación de la exclusión del cónyuge supérstite que celebrara las nupcias según los caracteres descritos en la norma.

Por este motivo, la doctrina mayoritaria entiende que la unión convivencial como óbice de la exclusión hereditaria del cónyuge supérstite resulta insuficiente, y que la redacción actual de la norma podría generar inequidad ante situaciones de hecho o comportamiento de los propios interesados, que resulten demostración suficiente para inhibir la exclusión.

Así, Ugarte expresa que al incluir esa condición, la norma ha generado un retroceso de un siglo, desconociendo por qué el legislador se alejó del proyecto del 98 que preveía otra excepción más razonable: que el matrimonio no haya tenido por finalidad la captación de la herencia, sin exigir convivencia anterior, ni tampoco, como regulaba el derogado art. 3573, “regularizar una situación de hecho”²¹.

El autor entiende que la exigencia de este requisito, comprende como *conditio sine qua non* la convivencia por un lapso de 2 años, de acuerdo con lo regulado en el art. 510 inc. e, razón por lo que, ejemplifica, una relación de noviazgo de muchos años sin convivencia o quienes de haber convivido no hubiesen alcanzado el plazo establecido, se verían privados de vocación hereditaria, lo que puede fácilmente entenderse como una solución injusta.

Con la vigencia de la codificación anterior la jurisprudencia había expresado que “probada la relación sentimental previa con las características de permanente, duradera, singular, estable, previa y preparatoria del matrimonio, siendo éste el resultado normal, esperable y justificador de aquel vínculo de dos años, sea o no concubinato, se neutraliza la importación de captación, ya que el noviazgo es tan merecedor, o más, de la protección que el concubinato, al no advertirse razón valedera por el cual se termina colocando a la novia o novio, o integrante de la pareja no concubinaria, después de una estable y prolongada relación afectiva, en situación jurídica de inferioridad y desprotección total con respecto al concubinato.”²²

²¹ MEDINA Graciela y ROLLERI Gabriel, en Rivera Julio César y Medina Graciela (Directores) “Derechos de las Sucesiones”- 1era Reimpresión- Ciudad Autónoma de Buenos Aires- Abeledo Perrot- 2018 citando a Ugarte, p.545.

²² Ibidem nota anterior p. 546.

En el mismo sentido, es dable destacar, por acertado, el criterio seguido por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que oportunamente expreso, “se ha dejado en manos de los jueces la evaluación de las peculiaridades de cada supuesto para establecer si la relación previa al matrimonio -atento a sus características- resulta de una trascendencia suficiente como para sustentar la excepción a la regla normativa que, excluye la vocación hereditaria del cónyuge, evitando así los inmorales intentos de captación de herencia y efectuar esta evaluación de los hechos como de excesivo rigor así como atentatorio de la finalidad axiológica que se percibe en el último párrafo del art. 3573 tantas veces citado desde el momento que la exigencia de “concubinato” no es un requisito que surja de la letra de la ley²³.

Estas soluciones, fueron alcanzadas evidentemente con la vigencia del código velezano que con las reformas introducidas por la Ley 17.711 abrió, en este aspecto, un resquicio de admisibilidad de la prueba en contrario de esa presunción de carácter general, cuando refería a que el matrimonio hubiese tenido por fin “...regularizar una situación de hecho”.

Por otra parte, actualmente en la práctica cabe aclarar que, en el caso de que el juez del sucesorio se encuentre con una partida de defunción que acredite la muerte del causante y una partida de matrimonio (celebrado dentro de los 30 días del fallecimiento), debe incluir al cónyuge supérstite en la declaratoria de herederos, podría entenderse que le correspondería al cónyuge supérstite que pretende su inclusión como heredero probar que el matrimonio fue precedido de una unión convivencial, que acredite el vínculo sucesorio. Pero ello no es así, dado que no basta con acreditar las fechas para excluir al cónyuge, sino que deben acreditarse el resto de las circunstancias establecidas en la norma para concretar su exclusión, como por ejemplo las características de la enfermedad.

Por ello es que la interpretación jurisprudencial ha entendido que corresponde declarar heredero al cónyuge supérstite hasta que se demuestre en el juicio ordinario la existencia de la causal de exclusión contenida en el art. 2436 del CCC.

En conclusión, puedo afirmar, coincidiendo con lo planteado por Ugarte, que la redacción del último párrafo de la norma, produce un retroceso normativo, resultando anacrónico, dado que no contempla la actual realidad social con la complejidad de las nuevas interacciones interpersonales que presenta.

²³ MEDINA Graciela y ROLLERI Gabriel, en Rivera Julio César y Medina Graciela (Directores) Obra Cit., citando a Ugarte, p.545.

2.2.- DIVORCIO

En Argentina hasta la sanción del Código Civil en 1871, matrimonio y divorcio estuvieron regulados por la ley canónica. El código de Vélez sólo introdujo algunos cambios, quedando reservada a la Iglesia la celebración del matrimonio y a los jueces eclesiásticos decretar el divorcio –aunque ello, no autorizaba a casarse nuevamente–, si estos consideraban que se daban las causales para ello; interviniendo los jueces civiles en las consecuencias del mismo (tenencia de los hijos, distribución de los bienes, etc.).

Con el dictado de la Ley 2393 en el año 1888 el matrimonio y el divorcio pasaron a registrarse por el Estado. Esta norma tampoco autorizaba un nuevo matrimonio a los divorciados, y estipulaba que en todos los casos, para poder obtener el divorcio se tenía que haber incurrido en el incumplimiento de algunas de las obligaciones que tenían los cónyuges, como fidelidad, cohabitar, etc. Vale decir que el divorcio estaba fundado en la culpa de los cónyuges.

En diciembre de 1954 se dicta la ley 14.394, que permitía casarse nuevamente a quienes se divorciaran. Este es el primer antecedente del divorcio vincular, pero habría de durar muy poco, ya que en noviembre de 1955 mediante decreto 4070 fue derogada, quedando sin efecto esta posibilidad de los divorciados.

La ley 17.711, dictada en 1968, autorizaba el divorcio por mutuo acuerdo, lo que conllevaba evitar la demostración de la culpa de alguno de los contrayentes, lo que de alguna manera humanizaba un poco el proceso.

En junio de 1987 se dicta la ley 23.515 que establece la posibilidad de separación personal y el divorcio vincular, que requería necesariamente demostrar una separación de hecho de los cónyuges, sin voluntad de volver a unirse, por un plazo previo mayor a tres años.

Este último sistema es el que rigió hasta el 31 de julio de 2015. Ahora, el nuevo Código Civil y Comercial admite el divorcio por voluntad de una sola de las partes, si bien impone que el pedido sea acompañado por una propuesta sobre las consecuencias del divorcio: qué ocurre con los bienes, el cuidado de los hijos, la comunicación, los alimentos, etc.; o acompañar un acuerdo entre las partes acerca de estos puntos, o bien el convenio matrimonial.

La vigente redacción del instituto del divorcio elimina el lapso temporal de separación personal y el análisis de las causales de culpabilidad que llevaran a la disolución del vínculo

matrimonial, resultando de esta forma una simplificación del régimen, lo que a su vez da por finalizada las divergencias doctrinarias suscitadas en torno a la interpretación del art. 3575 del Código Civil derogado (texto según ley 23.264).

Este divorcio incausado surge de una nueva manera de entender la disolución del vínculo matrimonial, ya no como una sanción sino, por el contrario, como un remedio, vale decir como una herramienta que permita la libre reconducción de la vida social de los cónyuges, desensamblando un vínculo que no ha resultado beneficioso para los mismos.²⁴

Resulta claro, que el divorcio remedio regulado en el vigente Código Civil y Comercial tiene efectos constitutivos, y de acuerdo a lo normado en el art. 480 CCC los mismos se retrotraen al día de la notificación de la demanda para el caso de que el pedido de divorcio sea unilateral o bien al día del ingreso de la petición para el caso de que los cónyuges lo realizara de manera conjunta; también los efectos de la sentencia judicial de divorcio pueden retrotraerse para el caso en que hubiese existido entre los cónyuges una separación de hecho sin voluntad de volver a unirse previa a la petición, hasta el día en que la misma se produjo, haciendo la salvedad de que el juez puede modificar la extensión de esa retroactividad en base a la existencia de fraude o abuso del derecho. Como dijera la divergencia doctrinaria que suscitaba la interpretación del sistema derogado, hoy ya no resulta posible. Asimismo, cabe destacar la posibilidad de la existencia de una situación problemática, como puede llegar a ser que una o ambas partes hubieren solicitado el divorcio en vida de ambos contrayentes y que la sentencia de divorcio se dicte posteriormente al fallecimiento de uno de los cónyuges o bien no se dicte la misma pero exista el trámite judicial de divorcio.

En ese sentido, sabemos que el cónyuge supérstite posee vocación hereditaria, la que se ve actualizada ante el fallecimiento del causante, en este caso su cónyuge.

Si nos apegamos a la letra de la norma, cabría sostener que no existiendo resolución judicial que decrete el divorcio, o que la misma se diera con posterioridad al fallecimiento, el cónyuge sobreviviente poseería vocación para heredar, por otra parte del juego armónico de las normas civiles obtenemos una respuesta contraria.

La decisión judicial, que resuelve el divorcio, dictada con posterioridad a la muerte del causante tiene directa incidencia en el devenir del proceso sucesorio, proyectando sus efectos en la composición del acervo hereditario, en primer lugar porque la sentencia de divorcio

²⁴ LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga, FARAONI Fabián; Obra Cit., Tomo II, p.81.

resulta en la exclusión de la vocación hereditaria desde el día al cual se retrotrae, vale decir desde el día de la notificación de la demanda (para el caso de que se unilateral) o desde la presentación de las actuaciones (para el caso que sea en forma conjunta).

Queda claro, que el juego armónico de estas normas, no se ve alterado por el fallecimiento posterior de uno de los conyugues, dado que la retrotraerse los efectos de la sentencia judicial de divorcio, resultara que el cónyuge supérstite, ya no era tal al momento de la muerte del causante, careciendo de título para sucederlo.

Otra situación ocurre, con las actuaciones de carácter unilateral que, iniciadas con anterioridad al fallecimiento del causante, no registran notificación de la demanda al momento de la muerte del conyugue demandado.

En este caso, la prosecución de las actuaciones de divorcio, por parte de quien las promovió, carece de sentido, puesto que el vínculo queda concluido al momento del fallecimiento del causante. No obstante, si puede ser importante, para los demás posibles herederos con vocación hereditaria latente, toda vez, que de excluirse la conyugue, podrían heredar colaterales o bien hacerlo en mayor proporción para el caso de ascendientes o descendientes.

En ese sentido, resulta imposible para los parientes en grado sucesible proseguir las actuaciones, dado que se encontrarían en una situación menos ventajosa que la causada por el fallecimiento, dado que no podría existir una conclusión del régimen matrimonial por fallecimiento, para que luego se dictase una sentencia judicial de divorcio que retrotrajera sus efectos al momento de la notificación de la demanda, dado que la misma operaria con posterioridad al fallecimiento, resultando en un sinsentido, ya que producto de esto último, la comunidad se habría extinguido previamente.

Para este caso resultaría, a mi manera de ver, excluido el cónyuge supérstite en virtud de la existencia de una separación de hecho sin voluntad de volver a unirse, dependiendo de la casuística fáctica del hecho en particular determinar si esa petición unilateral de divorcio sin notificar antes del fallecimiento del causante, resulta en un elemento constitutivo más de una separación previa o debe ser tomada como el inicio de dicha separación quedando de manifiesto la voluntad de no volver a unirse por lo menos de parte del requirente en atención a los fines últimos que persigue el instituto disolutivo del divorcio.(tener en cuenta que debe haber una exteriorización del fin del proyecto en común).

Como corolario del devenir histórico de la evolución del instituto del divorcio, resulta claro que en su redacción actual no existen mayores dificultades interpretativas que pudieran dar lugar a disimiles formas de resolver. Ahora bien, entiendo como defectuosa la caracterización del divorcio como una causal de exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite, dado que desde la emisión de la sentencia judicial disolutiva del vínculo marital, quien sobrevive al causante ya no es su cónyuge por lo que no opera su llamamiento legal a la herencia. Es por ello que hablar de exclusión de quien no tiene vinculo legal con el causante es erróneo, dado que no puede ser apartado de una situación a la que ab initio no tenía ningún derecho de participar. Ejemplo palmario de ello resulta el aspecto práctico procesal, tomemos un ejemplo A y B están casados, éstos se divorcian, luego B fallece, ante esta situación A no podría presentarse a aperturar el proceso sucesorio de B, en carácter de cónyuge, por carecer de legitimación activa suficiente, de lo que con claridad se desprende que no operaba para A un llamamiento de ese orden y por ende no operaria una exclusión dada la inexistencia de ese vinculo marital que lo amerite.

2.3.- SEPARACION DE HECHO SIN VOLUNTAD DE VOLVER A UNIRSE.

Otra causal de exclusión es la separación de hecho sin voluntad de unirse, situación que ya se encontraba regulada en el código derogado, y que fuera oportunamente objeto de variadas críticas y opiniones, así el viejo artículo 3575 establecía “*cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso de que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente. 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*”, y la doctrina entendía que el mismo debía ser centro de un doble análisis, en primer lugar, que la separación de hecho sin voluntad de unirse importa, como dato único, el cese de la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí, y en segundo lugar la posibilidad de conservarle los derechos hereditarios al cónyuge considerado inocente, siempre y cuando no incurriera en injurias graves o unión convivencial, o sea las causales previstas en el art. 3574.²⁵

Así teníamos que la separación de hecho de los cónyuges era una situación fáctica que, sin modificar el estado de familia, producía efectos personales y patrimoniales. Si bien no había una definición legal de la separación de hecho, si existía consenso en vincularla directamente con el deber de cohabitación o convivencia, en ese sentido Kemelmajer de Carlucci, la calificaba como "el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes, sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos"²⁶.

El nuevo Código continúa manteniendo la causal, pero con grandes diferencias con relación al anterior que como dijéramos era objeto de variadas divergencias interpretativas, que se sustentaban en el momento del análisis de la culpa, si esta debía indagarse como motivo de la separación o bien como causal de la persistencia de esta, y también en cuanto sobre quien pesaba la actividad probatoria, es decir si debía probar su inocencia el supérstite o bien probar la culpa de éste por parte de quien pretendiera excluirlo, y que con su nueva redacción se buscó dejar de lado.

²⁵ IGLESIAS Mariana Beatriz en SANCHEZ HERRERO Andrés (Director) Obra Cit., Tomo VIII,p.502.

²⁶ GALLI FIANT, María Magdalena, “Exclusión hereditaria del cónyuge separado de hecho”, en LA LEY 08/06/2016, 08/06/2016, 9 - LA LEY08/06/2016, 530, Cita: TR LALEY AR/DOC/1610/2016, citando a KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída "Separación de hecho entre cónyuges" Astrea 1978, p. 3.

La causal en cuestión, en el Código Civil y Comercial, trae como consecuencia, que la separación de hecho de los cónyuges, sin importar el tiempo transcurrido o si esta fue una decisión de uno de ellos o de ambos, autoriza a excluir al supérstite a pedido de parte, es decir que si al momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, estos se encontraban separados de hecho, la causal opera.

Entonces si el Código Civil y Comercial propuso un divorcio incausado, que solo requiere como mínimo la voluntad de uno de los cónyuges de divorciarse, siendo inconsecuente el deseo del otro de no llevarlo adelante, para su concreción; lo cual a su vez implicó dejar de lado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se sometían los cónyuges y sus familias ante el divorcio contencioso que normaba el código derogado,²⁷ la solución a la que conduce la nueva redacción de la causal de la separación de hecho, resulta sistemáticamente coherente.

No obstante, lo expuesto, la causal no se encuentra ajena a discusiones centradas en lo que refiere al significado que adquiere el concepto de separación de hecho en relación a la normativa vigente y el marco social actual.

En este aspecto, vale destacar que el artículo 431 del Código Civil y Comercial expresa que "*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*". La convivencia no se les impone a los cónyuges como una obligación o un deber jurídico cuyo incumplimiento traiga aparejada sanción o consecuencia jurídica alguna. La convivencia o la unión física, se funda como un deber moral para los cónyuges que se unen en matrimonio, y como tal su inobservancia no trae como consecuencia reproche de índole jurídico.²⁸ Por lo que tenemos que el proyecto de vida requiere de la vida en común de la pareja matrimonial y no están obligados a cohabitar en un hogar común, como imponían los arts. 199 y 200 del código derogado, por lo que pueden tener domicilios distintos, y sin embargo mantenerse unidos, en consecuencia, si al fallecer uno de ellos se encontraban en esa situación, y se cuestiona la vocación sucesoria del supérstite, éste deberá acreditar que no obstante las distintas viviendas donde habitaban, ellos no se encontraban separados de hecho "sin voluntad de unirse", sino que mantenían la comunidad de vida de acuerdo a su estilo propio.²⁹

²⁷ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la comisión redactora, Infojus, p.575/579. Puede accederse a ellos en www.infojus.gob.ar.

²⁸ Guastavino Gabriel en FERRER, Francisco A. M., Obra Cit., p.156.

²⁹ FERRER, Francisco A. M. en ALTERINI, Jorge (Director Gral) Obra Cit. T. XI,p.537.

La Real Academia Española define al termino convivir como “vivir en compañía de otro u otros”³⁰, en ese sentido convivencia, importa un término mucho más amplio que la cohabitación. Atento a ello, creo que la convivencia debe entenderse como la forma de interrelación interpersonal que puede darse en un ámbito y momento social determinado, y que puede abarcar la cohabitación, pero que no es definida por esta última y mucho menos limitada.

En la actualidad, se habla desde la convivencia social hasta la convivencia áulica, la de un consorcio de propietarios o de los cónyuges.³¹

Es dable destacar que otros autores sostienen, con diversos argumentos, que la convivencia debe comprenderse como cohabitación, dicho criterio a mi entender erróneo, se funda en una visión anquilosada en una estructura anacrónica de organización familiar, que no es coherente con la sistemática empleada en el actual Código, resultando contradictorio a los planteado en los artículos 1 y 2 del mismo.

Interpretada la norma, desde una perspectiva constitucional y convencional, conlleva indefectiblemente a considerar, como dijera, que la convivencia es un concepto más amplio que la simple cohabitación, y esto proporciona criterios de aplicación de la norma que derivaran en soluciones más justas.

Si, en ese sentido, el Código Civil y Comercial sostiene que el compromiso de los esposos es el desarrollo de un proyecto de vida en común que esté basado en la convivencia, resultara claro que, el simple dato aislado de que los cónyuges vivan bajo el mismo techo o no lo hagan no resulta una referencia determinante para indagar sobre una separación de hecho.

Lo esencial de la cuestión, será entonces, establecer si los cónyuges mantenían, como expresa Ferrer (antes de la muerte de uno de ellos) la comunidad de vida de acuerdo a su estilo propio, la cual podrá, o no, ir acompañada de cohabitación.

Y esto debido a las nuevas formas sociales de entender el matrimonio y sus características, en ese sentido Marisa Herrera, da como un ejemplo a las parejas ‘LAT’ (sigla en inglés: living appartogether traducido como parejas sin domesticidad común).³²

Este tipo de pareja tienen la particularidad, de darse en lo general en segundas o terceras nupcias, y decididos a llevar adelante un proyecto de vida en común, se ven atravesados por circunstancias especiales, como puede ser una cotidianeidad armada debido a

³⁰ www.raes.es

³¹ IGLESIAS Mariana Beatriz en SANCHEZ HERRERO Andrés (Director) “Tratado de derecho Civil y Comercial” 1ª Ed., Tomo VIII Sucesiones, Buenos Aires, La Ley, 2016,p.506.

³² IGLESIAS Mariana Beatriz en SANCHEZ HERRERO Andrés (Director), Obra Cit., Tomo VIII citando a Marisa Herrera, Manual de Derecho de las Familias, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2015,Cap. III, 9.3.2.3(Proview La Ley), p. 508-509.

que uno o los dos de sus integrantes cuenta con hijos de sus relaciones anteriores, la que podría verse afectada de manera negativa, si se obligaran a cohabitar en un mismo hogar.³³

Ahora bien, si entendemos a la convivencia como una característica intrínseca de la proyección de una vida en común, para el espectro de casos en que, al momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, sus domicilios no resultaran coincidentes, la causal de exclusión hereditaria conyugal, no resultaría aplicable, si el supérstite probara que esa proyección de vida en común permanecía incólume.

En sentido contrario, podría darse el caso de una pareja que cohabitara al momento del fallecimiento de uno de ellos, pero que el proyecto de vida en común se encontrara disuelto (a resultas de lo cual, por su carácter intrínseco, no existiría convivencia conyugal), la causal de exclusión aparecería como operativa.

En ese orden de ideas, Krasnow sostiene que el elemento objetivo o material de la separación de hecho es el quiebre del proyecto de vida común.³⁴

Siguiendo el hilo de lo planteado, tenemos entonces que la convivencia, debe pensarse como un concepto amplio que halla su sentido en la forma de relación interpersonal de los cónyuges, y que puede incluir o no a la cohabitación, pero que de ninguna manera puede ser definida por esta, y a su vez como una característica intrínseca del proyecto de vida en común. Entonces es posible concluir que, en lo que refiere a lo conyugal, el proyecto de vida en común deriva de la convivencia y viceversa, por lo que la ausencia de uno implica la ausencia del otro.

Por lo dicho, en lo que refiere a la causal de exclusión de vocación hereditaria por separación de hecho sin voluntad de unirse, su operatividad frente a un caso concreto deberá verse limitada a la posibilidad de probarse la subsistencia del proyecto de vida en común al momento del fallecimiento.

³³ Nota: Marisa Herrera, en la explicación que desarrolla, al respecto de las parejas ‘LAT’, utiliza el término “convivir”, asemejándolo a cohabitar. De ello se puede inferir que la misma hace eje en el “proyecto de vida en común” como punto esencial de la conyugalidad de una pareja. Dado el desarrollo aquí sostenido, que entiende que la convivencia es un modo de comunidad de vida, o de relacionarse de los conyuges, que intrínsecamente se relaciona a la proyección de una vida en común, el ejemplo se reformuló utilizando el concepto ‘cohabitar’, que me resulta más acertado

³⁴ IGLESIAS Mariana Beatriz en SANCHEZ HERRERO Andrés (Director), Obra Cit., Tomo VIII citando a Adriana Krasnow, Tratado de Derecho. Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2015, cit., cap. V, punto I (Proview La Ley), p. 509.

2.4.- EXCLUSIÓN HEREDITARIA POR LA DECISIÓN JUDICIAL DE CUALQUIER TIPO QUE IMPLIQUE CESE DE LA CONVIVENCIA.

Llegado a este punto daré comienzo al análisis de la última causal de exclusión hereditaria del cónyuge contenida en el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación, la cual a mi entender reviste en su redacción una serie de particularidades que en abstracto problematizan su aplicación, a resultas de lo cual podríamos arribar a soluciones injustas en casos concretos.

La causal aquí analizada es la hipótesis en la que el art. 2437 in fine del CCC dispone que *“la decisión judicial de cualquier tipo que implique cese de la convivencia”* excluye el derecho hereditario entre cónyuges.

Ahora bien, ya en el Código de Vélez teníamos que en el art. 3575 se estipulaba que *“Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí...estando provisionalmente separados por el juez competente”*.

En la vigencia del Código Civil derogado, la vocación hereditaria encontraba su cese a consecuencia de este presupuesto, ahora bien, en ese orden de ideas preponderante la doctrina entendía que la culminación de esa vocación operaba para el caso del cónyuge culpable de la separación, en ese sentido Hernández y Ugarte sostenían que la separación provisoria dispuesta por un juez competente no constituía en si una causal autónoma sino una especie de la causal de separación de hecho de carácter culpable que el mismo artículo 3575 tipificaba, pero con la particularidad de la intervención judicial.³⁵ Y dicha culpabilidad debía probarse en el marco del proceso por vía ordinaria de exclusión hereditaria, dado que el Juez en ese momento al tomar un decisorio acerca de la atribución del hogar conyugal y el retiro de uno de los cónyuges, no resolvía sobre la culpabilidad o no de los mismos, sino que velaba por otros intereses.

Por lo que, acaecido el fallecimiento de uno de los cónyuges, estando estos provisionalmente separados por orden de un Juez competente, quienes resultaren legitimados activos debían, en el marco de un proceso acreditar de manera ordinaria para lograr la exclusión del cónyuge supérstite, la culpabilidad de este, como fundamento de la separación. Resultando en este caso aplicable la solución contenida, en lo concerniente, en el art. 3575 referente a la separación de hecho (arts. 202, 204 segunda parte y 214 CC).

³⁵ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Ob. cit., citando a HERNANDEZ Lidia y UGARTE Luis, Sucesión del cónyuge, Universidad, Buenos Aires, 1996; p.200.

Se observa que la solución adoptada por el código derogado, abrevaba en la idea de la culpa, por lo que teníamos una hipótesis compuesta por un elemento objetivo -la separación provisional por decisorio judicial- y un elemento subjetivo -la culpa-, entonces si bien puede resultar novedosa la incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación, la causal de exclusión por cese de la convivencia a raíz de una decisión judicial de cualquier tipo, podemos decir que la misma se encontraba de alguna manera comprendida en el art. 3575 del código velezano, aunque es cierto con un alcance mas acotado, que el que surge de la norma vigente.

Hoy la redacción del nuevo Código Civil y Comercial, abandono la consideración de la culpabilidad en lo que se relaciona a la ruptura conyugal, por lo que resultaría suficiente solo el hecho objetivo -el cese de la convivencia por una decisión judicial de cualquier tipo- como supuesto que dé lugar a configurar la causal de exclusión al llamamiento de la herencia. También resulta de importancia resaltar, que mientras que la redacción del código derogado exigía una decisión por parte de un Juez competente, o sea los que tuvieran competencia en cuestiones de familia, el código vigente no menciona la necesidad de una competencia específica del Juez que dicta el decisorio, por lo cual se amplía el espectro de materias en las cuales pueda darse una resolución judicial que conlleve el cese de la convivencia.

Ante ello, en un proceso judicial cualesquiera en el que por cualquier motivo una decisión conlleve el cese de la convivencia conyugal, puede constituirse en causal de exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge sobreviviente, por ejemplo decisiones que se circunscriban a las leyes de protección contra la violencia familiar o leyes de protección integral de las Mujeres, en las que se establecen supuestos en los que un Juez puede resolver el retiro de uno de los cónyuges para evitar mayores de riesgos, transformándose en una situación que constituya el cese de la convivencia, o en materia penal, en cuyo caso la resolución que aplica una pena de prisión conlleva de por si el cese de la convivencia.

Queda claro entonces que la actual redacción de la norma que establece como causal de exclusión la decisión judicial que comporte el cese de la convivencia conyugal, nos posiciona frente a una serie de complejidades interpretativas, dado que la claridad expresiva de la causal la dota de una rigidez que obsta de cualquier manera a investigar o valorar la responsabilidad de la conducta que diera lugar a tal decisorio, asimismo la calidad del decreto judicial en cuanto a su carácter definitivo o transitorio, o si es necesaria una competencia específica en el Juez que dicta la resolución que oportunamente funja como fundamento de la exclusión.

Tenemos entonces, que frente a cada caso concreto recaería en los Jueces la tarea de discernir los problemas que se suscitan, dado que si se aplica la causal contenida en la norma, de manera literal y estricta, se podría arribar a soluciones inicuas que afecten garantías constitucionales, como por ejemplo el caso en que uno de los cónyuges solicitare el auxilio judicial para hacer cesar una situación de violencia física o malos tratos.

Ahora bien, como dijera, al no estar establecida una competencia específica en la norma, cualquier magistrado puede dictar una resolución en un caso concreto, que al incidir sobre la continuidad de la convivencia, y acaecido el fallecimiento de uno de los cónyuges acarree la exclusión del supérstite, aunque sea por cuestiones ajenas al derecho de familia, por ejemplo en el caso de la condena de uno de los cónyuges a una pena de prisión de cumplimiento efectivo en un instituto penitenciario, lo que implica, resta decirlo, el cese de la convivencia.

En ese orden de ideas, algunos autores entienden que la interpretación del art. 2437 Código Civil y Comercial exige una precisión de naturaleza procesal en cuanto a la orden judicial que causa el cese de la convivencia, por lo que a la hora de aplicar la exclusión de la vocación hereditaria conyugal por el cese de la convivencia resultante de una decisión judicial de cualquier tipo, se exige observar lo establecido en el art. 721 del Código Civil y Comercial en relación al proceso de divorcio o nulidad matrimonial, esta norma debe ser interpretada como enunciando las medidas provisionales, las que no resultan cautelares típicas, sino tutelas anticipadas que importan decisiones provisorias sobre el derecho sustancial, y su finalidad se encuentra en evitar el daño devenido del desquicio matrimonial. Entienden, en ese sentido, que adoptada una medida provisional de cualquier tipo por un Juez, que implique el cese de la convivencia, dado su carácter temporal, no se configuraría la hipótesis de exclusión de la vocación hereditaria conyugal del art. 2437 Código Civil y Comercial.³⁶

Por lo que si la norma se interpretara literalmente se podría concluir que si un cónyuge obtiene una decisión judicial para que el otro sea excluido del hogar hasta que haga un tratamiento para superar la violencia que ejerce, o si una decisión judicial condena a uno de los dos a tres años de cárcel por un delito de estafa por ejemplo, ninguno de los dos heredaría al otro, por lo que una interpretación de ese tenor pecaría de absurda.³⁷

³⁶ LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga, FARAONI Fabián y VERPLAETSE Susana, “EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE (ART. 2437 CCYC)” en la Comisión N°7: Sucesiones “Exclusión de la vocación hereditaria” de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015. https://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/LLovers_Exclusi%C3%B3n.pdf, p.8

³⁷ DÍ LELLA, Pedro, “Acerca de la exclusión hereditaria conyugal: el matrimonio in extremis”, publicado en SJA 16/12/2015, 16/12/2015, 62 – cita: TR LALEY AR/DOC/5444/2015

Gutiérrez Dalla Fontana, sostiene que al no existir norma dentro del Código Civil y Comercial que prive a los justiciables de alegar la culpa o los motivos del cese de la convivencia por resolución judicial de cualquier tipo, al plantearse el caso, los magistrados deberían meritárlas, dado que de no hacerse, podría incurrirse en una grave injusticia. A este respecto, el autor, entiende que la inclusión de la valoración de la culpa o las razones que motivaron la decisión judicial de cualquier tipo que derivo en el cese de convivencia, a pesar de que la norma no da lugar a dicha apreciación, tendría lugar en virtud de lo establecido en los arts. 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial, que posibilitarían invocar varias normas que forman parte de los Tratados de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994, conforme el art. 75 inc. 22, como la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, (arts. 1, 3, 5 y 7), la **Convención Americana de Derechos Humanos** (Ley 23054), la cual a través de sus distintas disposiciones establece la protección de la vida (art. 4), de la integridad y de la libertad personal (arts. 5 y 7), de la honra y la dignidad (art. 11), la igualdad ante la ley y la protección judicial (arts. 24/25) y en el mismo sentido el art. 2 inc. c) de la **Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer** (Ley 23179), que establece “la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”³⁸.

Como destacara en lo concerniente a la separación de hecho sin voluntad de unirse, una mayoritaria doctrina sostiene que la convivencia debe ser entendida en el marco del Código Civil y Comercial, como un concepto que excede la simple circunstancia de la cohabitación, y que abarca en realidad una noción abstracta y netamente subjetiva, que podría resumirse como “*la forma de relacionarse conyugalmente*”³⁹.

Ahora bien entender la convivencia de esta forma, suma un interrogante que complejiza aun más la aplicación de la causal de la exclusión del cónyuge supérstite a causa de una decisión judicial de cualquier tipo que derive en el cese de la mentada convivencia, ya que frente a esta conceptualización, cabe preguntarse si existe en realidad algún tipo de

³⁸ Gutiérrez Dalla Fontana, E., "Exclusión del cónyuge supérstite - Su regulación en el Código Civil y en el Código Civil y Comercial (Ley 26994)", Comentario del fallo S., A. D. vs. V., S. T. s. Exclusión de heredero /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B; 15-dic-2014; RC J 114/15, RC D 387/2015. "Exclusión del cónyuge supérstite (art. 2437 del Código Civil y Comercial). Su regulación Código Civil y Comercial", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, L.L., Febrero de 2016, año VIII, Núm. 2.p.3

³⁹ DI LELLA, Pedro, Ob. Cit.

resolución judicial que pueda, en su construcción, determinar el cese de la forma de relacionarse conyugalmente entre dos personas.

A mi entender, la respuesta es negativa, no es posible que una decisión judicial pueda hacer cesar la convivencia, si la entendemos como la forma particular de relacionarse que los cónyuges establecieron para su vida en común. Entender posible este supuesto acarrearía, si como dijera, la conceptualización amplia de la noción de convivencia encuentra su fundamento en el principio de reserva contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, la consecuencia de que cada resolución librada en ese sentido conculcaría el principio constitucional mencionado.

Frente a esto, tenemos que si convivir es más que cohabitar, y que esto último no necesariamente tiene que darse, no podría construirse ninguna resolución judicial que, de forma válida, pueda hacer cesar esa convivencia, así entendida.

CONCLUSIÓN

Como corolario, creo que la causal de exclusión hereditaria amparada en una decisión judicial de cualquier tipo que implique cese de la convivencia, trae aparejada una inseguridad jurídica que hace imposible su operatividad sin el riesgo superlativo de arribar a soluciones inicuas.

La doctrina en general, entiendo, a pesar de sus esfuerzos resulta incapaz de brindar herramientas eficaces que permitan generalizar un criterio de aplicabilidad de la causal que minimice los riesgos de arribar a soluciones injustas, quedando en todos los casos librado al discernimiento de los operadores jurídicos la extensión y alcance de las variables necesarias para su imputación a los casos concretos.

En ese sentido, tenemos que si se siguiera la tesis que sostiene que resulta necesaria una precisión procesal, que se funda en el carácter temporal del decisorio judicial que motivó el cese de la convivencia, y que concluye que dicho decisorio debe resultar firme, efectivizado y definitivo para dar lugar a la exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite, arribaríamos a soluciones injustas en la misma medida que si la causal se aplicara de manera literal.

Así por ejemplo, A y B están casados, A solicita el auxilio judicial por una situación de violencia, librándose en ese sentido una resolución judicial de carácter temporal, de exclusión del hogar o de restricción de acercamiento para dar fin a esa violencia, en el lapso del cumplimiento de la medida dispuesta, A fallece, según este criterio, dada la provisionalidad de la medida, no sería aplicable la causal, por ende B no podría resultar excluido de la herencia por ese motivo, lo que a todas luces emerge como una solución injusta. Y en el caso de una medida judicial de carácter penal, en el que uno de los cónyuges fuera condenado a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo en un instituto penitenciario, encontrándose la misma firme, y siendo visitado periódicamente por el otro, acaecido el deceso de uno de los cónyuges, resultaría aplicable la causal, pudiendo resultar excluido el supérstite, solución que también luce injusta.

Queda claro que esta postura, no atempera de forma alguna las posibilidades de arribar a soluciones inicuas en la aplicación de la causal.

Si por otra parte, se siguiera el criterio que entiende que resulta posible indagar sobre la culpa o las razones que derivaron en una decisión judicial que hizo cesar la convivencia, tendríamos que para el ejemplo en que uno de los cónyuges es declarado culpable de la

comisión de un ilícito y condenado a una pena de prisión de cumplimiento efectivo, sería pasible de ser excluido de la sucesión de su cónyuge, y éste último no podría ser excluido por resultar inocente, a pesar de que luego de la condena haya demostrado un total desinterés por su cónyuge, lo que no parece ser una solución justa.

Tampoco luce como justo, que la posibilidad de indagar en la culpa o en las razones que dieron lugar a la emisión de una resolución judicial cualquiera que dio cese a la convivencia, sea analizable solo según el caso concreto.

En este aspecto, la inclusión del análisis de la culpa solo para la aplicación de esta causal, regulada en el art. 2437 *in fine*, se orienta claramente en favor de quien recurrió de alguna manera al Poder Judicial para protegerse de una situación de violencia que ponía en peligro su vida, su integridad, o su dignidad, o al inocente de la decisión judicial que motivo el cese de la convivencia.

Frente a esta interpretación, entiendo que si bien puede aparecer como más justa, solo lo sería para un universo de casos circunscriptos a situaciones sustentadas en casos de la existencia de algún tipo de violencia familiar o de género donde las víctimas hubieren recurrido al auxilio de una medida judicial de cualquier tipo que las protegiera de estas situaciones. Y en ese orden de ideas, creo, la solución deviene en injusta, ya que quien, víctima de situaciones de violencia o motivada por ellas, recurre al divorcio o a la separación de hecho sin voluntad de unirse, se hallaría en una situación desventajosa, frente a quien víctima de ese mismo tipo de situaciones recurriese a un auxilio judicial provisional, lo que resulta en una contradicción que atenta contra la coherencia del sistema.

Asimismo, vale destacar, que admitir un criterio interpretativo de este estilo, que introduce la valoración de la culpa en el análisis de la aplicabilidad o no de la causal contenida en la norma, implicaría modificar la norma jurisprudencialmente, reformulándola según el caso, ya que la aplicación de la causal no resultaría en la exclusión del derecho hereditario entre conyugues, sino solo del culpable, lo que además de no ser coherente con la norma en sí, excedería, entiendo, la capacidad de los Jueces.

En líneas generales la doctrina mayoritaria entiende, que aplicar de forma literal la causal contenida en el art. 2437 *in fine*, es decir la exclusión de la vocación hereditaria por el cese de la convivencia causada por una resolución judicial de cualquier tipo, conllevaría a graves injusticias, posición que comparto, y entiendo que la solución a esta problemática no puede derivarse de precisiones procesales, o de entender que por interacción de otras normas contenidas en el Código Civil y Comercial y la Constitución Nacional, existe en cabeza de los

operadores jurídicos la obligación de incluir el análisis de la culpa, como puse en evidencia, ambas soluciones no resultan herramientas eficaces que permitan morigerar la posibilidad de que se susciten graves injusticias, y a su vez dan lugar a la posibilidad de arribar a soluciones igualmente injustas.

Por otra parte, las soluciones analizadas no abordan el tema de la convivencia, la cual debe ser entendida, en relación a la evolución social actual, que da lugar a nuevas estructuras de familias, como “la forma de relacionarse conyugalmente”, que excede la simple cohabitación, y que, como dijera sería imposible de hacer cesar por ningún tipo de resolución judicial, atento a la amplia posibilidad y complejidad de relaciones interpersonales que puede abarcar la conceptualización seguida, y cualquier intento por hacerlo implicaría violentar el principio de reserva contenido en nuestra Carta Magna.

Creo que ese concepto resulta clave, si como es evidente, esa convivencia es producto de una unión de voluntades que la dotan de una forma y expresión particular, es entonces el análisis de esas voluntades lo que permitiría minimizar el riesgo de arribar, en los casos concretos a soluciones injustas. Y es la construcción de la misma causal, lo que posibilitaría el análisis, dado que la misma reza “*la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia*”, tenemos entonces que el término “implica” utilizado en la causal, comprende la obligación del operador jurídico de analizar si esa decisión judicial resulta, o no, realmente en un cese de la convivencia, entendida como *la forma de relacionarse conyugalmente*, que tenían los cónyuges y la única posibilidad de responder ese interrogante, es a través de la permisión al cónyuge supérstite, una vez planteada la exclusión, de probar que esa unión de voluntades se encontraba aún vigente al momento del fallecimiento.

BIBLIOGRAFIA

- BASSET Úrsula, en ALTERINI, Jorge (Director Gral) “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, T. III, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- CASTELLS Lía y FABRIZI Lucrecia, “LA SEPARACION DE HECHO Y LA EXCLUSION DE LA VOCACION HEREDITARIA ENTRE CÓNYUGES”, en la Comisión N°7: Sucesiones “Exclusión de la vocación hereditaria” de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015.
https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Castells-y-otro_-LA-SEPARACION.pdf
- DI LELLA, Pedro, “Acerca de la exclusión hereditaria conyugal: el matrimonio in extremis”, publicado en SJA 16/12/2015, 16/12/2015, 62 – cita: TR LALEY AR/DOC/5444/2015.
- FERRER, Francisco A. M., “Manual Práctico de Derecho Sucesorio” 1er. Edición Revisada. Santa Fe- Rubinzal-Culzoni Editores, 2020.
- FERRER, Francisco A. M., “Comunidad Hereditaria e Indivisión Posganancial” Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, 1er. Edición Revisada. Santa Fe- Rubinzal-Culzoni Editores, 2016.-
- FERRER, Francisco A. M. en ALTERINI, Jorge (Director Gral) “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, T. XI, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la comisión redactora, Infojus. Puede accederse a ellos en www.infojus.gob.ar.
- GALLI FIANT, María Magdalena, “Exclusión hereditaria del cónyuge separado de hecho”, en LA LEY 08/06/2016, 08/06/2016, 9 - LA LEY08/06/2016, 530, Cita: TR LALEY AR/DOC/1610/2016.
- GOYENA COPELLO, Héctor Roberto, “Curso de Procedimiento Sucesorio”, 10a Edición 2ª reimp. Actualizada y Ampliada con las reformas introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018.
- GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban Matías; Exclusión del cónyuge supérstite - Su regulación en el Código Civil y en el Código Civil y Comercial (Ley 26994). Rubinzal Culzoni online. RC D 387/20

- Gutiérrez Dalla Fontana, E., "Exclusión del cónyuge supérstite - Su regulación en el Código Civil y en el Código Civil y Comercial (Ley 26994)", Comentario del fallo S., A. D. vs. V., S. T. s. Exclusión de heredero /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B; 15-dic-2014; RC J 114/15, RC D 387/2015. "Exclusión del cónyuge supérstite (art. 2437 del Código Civil y Comercial). Su regulación Código Civil y Comercial", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, L.L., Febrero de 2016, año VIII, Num. 2.
- GUILISASTI Jorgelina, LA EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, en la Comisión N°7: Sucesiones "Exclusión de la vocación hereditaria" de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015. https://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/GUILISASTI_LA-EXCLUSI%C3%93N.pdf
- HERZ Mariana, GUTIERREZ DALLA FONTANA Esteban, "Vocación hereditaria de la cónyuge supérstite en segundas nupcias celebradas en el extranjero mediando impedimento de ligamen" en RC D 694/2017
- IGLESIAS Mariana Beatriz en SANCHEZ HERRERO Andrés (Director) "Tratado de derecho Civil y Comercial" 1ª Ed., Tomo VIII Sucesiones, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga, FARAONI Fabián; "Derecho de Sucesiones- Código Civil y Comercial de a Nación . Ley 26.994"-La sucesión por causa de muerte- la dinámica del proceso sucesorio- 1er Edición revisada, Tomo I- Santa Fe- Rubinzal -Culzoni Editores-2016
- LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga, FARAONI Fabian; "Derecho de Sucesiones- Código Civil y Comercial de a Nación . Ley 26.994"- Origen y forma del llamamiento. Sucesión legítima y testamentaria. La legítima. - 1er Edición revisada, Tomo II- Santa Fe- Rubinzal -Culzoni Editores, 2016
- LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga, FARAONI Fabián en LORENZETTI Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial explicado" Doctrina- Jurisprudencia: Sucesiones- Disposiciones comunes a los Derechos Personales y Reales. Art. 2277 a 2671- 1er Edición revisada- Santa Fe- Rubinzal -Culzoni Editores- 2019
- LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga, FARAONI Fabián y VERPLAETSE Susana, "Exclusión del cónyuge supérstite (ART. 2437 CCYC)" en la Comisión N°7:

Sucesiones “Exclusión de la vocación hereditaria” de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015. https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/LLovers_Exclusi%C3%B3n.pdf

- MAZZINGHI Jorge A. M., LA INSUFICIENCIA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA, en la Comisión N°7: Sucesiones “Exclusión de la vocación hereditaria” de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015. https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Mazzinghi_La-insuficiencia.pdf
- MEDINA Graciela, “Proceso Sucesorio”, 4ta. Edición Ampliada y actualizada, Tomo I, Santa Fe- Rubinzal -Culzoni Editores-2017.
- MEDINA Graciela y ROLLERI Gabriel, en Rivera Julio César y Medina Graciela (Directores) “Derechos de las Sucesiones”- 1era Reimpresión- Ciudad Autónoma de Buenos Aires- Abeledo Perrot- 2018
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. "La exclusión hereditaria conyugal", 2da. Edición, Santa Fe – Bs. As., Rubinzal Culzoni Editores, 2009.
- PEREZ LASALA, José y Luis MEDINA Graciela, “Acciones judiciales en el derecho sucesorio”, Buenos Aires, Ediciones Depalma,1992.
- PEREZ LASALA, José Luis, “Tratado de Sucesiones” Parte General, 1er Edición, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal -Culzoni Editores-2014.
- PEREZ LASALA, José Luis, “Tratado de Sucesiones”, Tomo II, Santa Fe, Buenos Aires, Rubinzal -Culzoni Editores-2014.
- RUSSO, Federico; “Exclusión de la vocación hereditaria y divorcio incausado”, en RDF 68-267 : DOCTRINA : Abeledo Perrot,AP/DOC/66/2015
- SOLARI, Néstor E; “Exclusión hereditaria del cónyuge y cesión de derechos”; LA LEY 31/03/2010,5; LA LEY 2010-B,538.
- Solari, Néstor E.; “La vocación sucesoria ab intestato y las nuevas formas de familia” en: DFyP 2012: AR/DOC/5291/2012