

LA INSUFICIENCIA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA

Autor: Jorge A. M. Mazzinghi*

Resumen:

La norma del art. 2437 del Código Civil y Comercial establece que los cónyuges separados de hecho sin voluntad de unirse, no se heredan entre sí. Al disponerlo de un modo categórico, se equiparan, -en materia de exclusión hereditaria-, la separación de hecho y el divorcio. El régimen legal plantea algunos problemas de interpretación, pues el matrimonio no incluye el deber de cohabitación y es de muy fácil disolución. A la luz de estas consideraciones y de estos problemas interpretativos, nuestra ponencia es modificar el art. 2437 del Código Civil y Comercial y establecer que, en principio, la vocación hereditaria entre los cónyuges se mantiene en el supuesto de separación de hecho, y que sólo la pierde el cónyuge que ha asumido una voluntad claramente contraria a la unión matrimonial.

1. Los deberes conyugales. El matrimonio no exige la cohabitación.

Al definir los deberes propios del matrimonio, los arts. 431 y 432 del Código Civil y Comercial sólo se refieren al deber de asistencia recíproca, y al deber de alimentos.

Aunque el nuevo Código alude genéricamente a un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber de fidelidad, está claro que, el deber de cohabitación no forma parte del núcleo del matrimonio, y bien puede darse el caso de que los cónyuges decidan, -desde un comienzo, o en el transcurso de la vida matrimonial-, no vivir juntos.

En este sentido, el nuevo Código Civil y Comercial se aparta de lo que disponía el art. 199 del Código Civil, luego de la reforma de la ley 23.515: “Los esposos deben convivir en una misma casa...”.

Ahora los cónyuges pueden estar felizmente casados, compartir un proyecto de vida basado en la cooperación, la convivencia y la fidelidad, asistirse espiritual y materialmente, pero mantener dos domicilios separados, no convivir, -de un modo regular y estable-, bajo el mismo techo.

Ante esta nueva realidad, o, mejor, ante esta posibilidad nueva, -y más allá del juicio de valor que ella nos suscita-⁽¹⁾, resulta contradictorio disponer de un modo rotundo y

* Profesor Titular Ordinario de Derecho de Familia y de Derecho de las Sucesiones, U.C.A.

¹ La omisión de la cohabitación como una de las notas esenciales y características del matrimonio, desfigura y enrarece su fisonomía. Las personas que se casan se comprometen de ordinario a vivir juntas,

unívoco, -como lo hace el art. 2437 del Código Civil y Comercial-, que la separación de hecho sin voluntad de unirse “excluye el derecho hereditario entre cónyuges”.

Si puede haber un matrimonio sin convivencia, también tiene que poder configurarse, -al menos, como principio-, el derecho hereditario entre cónyuges que no conviven. ⁽²⁾

Es que un mismo hecho, -la falta de convivencia-, no puede ser indiferente para caracterizar el matrimonio, y absolutamente determinante para definir la subsistencia o el cese de la vocación sucesoria.

2. La falta de voluntad de unirse como factor determinante de la exclusión hereditaria.

En razón de lo expuesto en el apartado que antecede, la separación de hecho, -como presupuesto objetivo-, es insuficiente para excluir la vocación sucesoria entre los cónyuges.

Esta insuficiencia del hecho mismo de la falta de convivencia, le traspaasa todo el protagonismo al componente subjetivo o intencional de la fórmula legal.

A la luz de esta comprobación, parecería que lo verdaderamente relevante no es la separación de hecho como dato objetivo ⁽³⁾, sino la falta de voluntad de unirse mencionada en el art. 2437 del Código Civil y Comercial.

Con esta óptica, la vocación hereditaria cesaría a causa de la falta de voluntad de unirse de los cónyuges, y no por el simple hecho de que éstos vivan separados, en distintos domicilios. ⁽⁴⁾

La cuestión se vuelva más compleja, -y algo incierta-, pues la norma no define con claridad cuál es el momento en el cual tendría que configurarse la voluntad contraria a

a correr la misma suerte, y a observar la fidelidad. Por algo todos los ordenamientos jurídicos incluyen la cohabitación entre los deberes conyugales. Como ejemplo, puede citarse el art. 68 del Código Civil español: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”. Sobre el punto, la doctrina española se pregunta si los deberes tienen virtualidad jurídica o una naturaleza sólo ética o social. AL respecto, se sostiene: “Una cosa es que el contenido de estas normas responda a principios éticos, sociales y morales y otra es que no sean obligaciones jurídicas; existen suficientes datos como para afirmar que, efectivamente lo son”. (Macía Morillo, Andrea; “Los efectos personales del matrimonio”, en Derecho de Familia”, coordinado por Gema Díez-Picazo Giménez, pag. 482, Thomson-Reuters, año 2012)

² El art. 3575 del Código Civil, que establecía que la separación de hecho hacía cesar la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí, partía de la base de admitir y asumir la cohabitación como uno de los deberes propios del matrimonio. Por eso, y en relación al texto de Vélez Sarsfield, es interesante recordar lo que dice Zannoni: “No se discute, pues, que la separación accidental, no querida o imposible de evitar, no importa ruptura o incumplimiento del deber de cohabitación. Lo que se sanciona es el incumplimiento deliberado de tal obligación, juzgada de orden público e inderogable. AL no ser susceptible de poderes dispositivos de la voluntad, la separación de hecho es sancionada por el derecho”. (Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de las Sucesiones, tomo 2, nº 880, pag. 98, Editorial Astrea, 4ª edición, 1997)

³ La separación de hecho, por si sola, no excluye la vocación hereditaria entre cónyuges ni en el derecho francés ni en el derecho italiano. El art. 765 del Código Civil francés establece que, a falta de otros parientes, « les biens de la succession appartiennent en pleine propriété au conjoint non divorcé qui lui survit et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée ». El art. 585 del Código Civil italiano también preserva la situación del cónyuge separado de hecho al disponer: “Il coniuge cui non è stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato ha gli stessi diritti successori del cónyuge non separato”. En ambos casos, lo que excluye el derecho hereditario del cónyuge es la sentencia firme de divorcio o de separación.

⁴ Al no existir un deber expreso de cohabitación, los cónyuges podrían optar por una “convivencia” en distintos domicilios, o podrían querer un matrimonio sin convivencia permanente.

la unión matrimonial, y tampoco establece si la falta de voluntad de mantenerse unidos debe estar presente en ambos cónyuges, o si basta con que uno solo de ellos tenga una disposición opuesta a la perduración del matrimonio.

Si uno de los cónyuges decide abrupta y repentinamente dejar el hogar conyugal, y, de hecho, modifica su domicilio, y se instala a vivir en otro lugar, no hay duda de que busca deshacer el proyecto de vida en común.

Pero bien puede ocurrir que el otro cónyuge tenga una voluntad y una actitud sustancialmente distinta, y que quiera preservar la unión.

Si lo que determina la exclusión del derecho hereditario entre los cónyuges es la falta de voluntad de mantener la unión, si lo que verdaderamente importa no es la separación de hecho como dato objetivo, sino la disposición en orden a sostener el matrimonio, es ilógico que, -en una situación como la descrita-, la vocación hereditaria cese en relación a ambos cónyuges, sin reparar en que la voluntad de uno fue contraria a la prolongación del matrimonio, y la del otro, en cambio, se orientó a tratar de superar los problemas y restablecer la armonía conyugal.

3. La valoración de la voluntad de los cónyuges como presupuesto necesario del cese de la vocación hereditaria.

Como el elemento determinante del cese de la vocación hereditaria es la voluntad de los cónyuges, -favorable o contraria a la persistencia del matrimonio-, parece innegable que su valoración tiene que ser particular y tomar en consideración la actitud y el comportamiento de cada uno de los cónyuges.

Ante la insuficiencia de la separación de hecho como presupuesto objetivo, es indispensable profundizar en el elemento intencional, estableciendo si fueron los dos cónyuges los que coincidieron en la decisión de romper su unión, o si fue una determinación de uno solo de ellos, no compartida o resistida por el otro cónyuge. ⁽⁵⁾

En esta línea, es lógico concluir en que la vocación hereditaria sólo la pierde el cónyuge que tomó una actitud contraria a la subsistencia de la unión matrimonial.

El cónyuge que quiso mantener a ultranza el vínculo matrimonial, que se opuso a la separación como tal, y que luchó para superar los inconvenientes y restablecer la convivencia, no debería verse privado de la vocación hereditaria.

Porque éste último no careció de la voluntad de conservar el matrimonio, y es injusto que, como resultado de un análisis de las disposiciones y las conductas, -que tiene que ser necesariamente individual-, se termine propiciando una solución única que equipara actitudes que pueden ser muy distintas y, en algunos casos, diametralmente opuestas. ⁽⁶⁾

⁵ Este análisis particular de la voluntad contraria a la unión matrimonial es una cuestión que viene preocupando a los autores desde la época de los primeros comentarios al Código Civil. Al respecto, es interesante la opinión de Llerena citada por Pérez Lasala: "Si uno tiene la voluntad de unirse y el otro no, justo es que sólo este último sea castigado. El otro, el que ha manifestado voluntad de unirse, no puede sufrir la pena, desde que para él falta uno de los fundamentos del castigo, la falta de voluntad de unirse. El vive separado, es cierto, pero con voluntad de unirse; luego no se realiza en él la hipótesis del artículo; la falta de voluntad de uno no puede traerle un castigo al otro". (Pérez Lasala, José Luos. Derecho de Sucesiones, tomo II, pag. 120. Ed. Depalma, 1981, en donde se cita a Llerena, tomo 9, pag. 326)

⁶ Al respecto, debe tenerse en cuenta que el art. 3 del Código Civil y Comercial exige a los jueces resolver los asuntos "mediante una decisión razonablemente fundada", lo que equivale a decir suficientemente razonable.

4. El elemento intencional conduce y supone un análisis de las conductas.

El art. 2437 del Código Civil y Comercial, en cuanto dispone que “la separación de hecho sin voluntad de unirse ... excluye el derecho hereditario entre cónyuges”, tiene que ser eliminado.

La separación de hecho como dato simplemente objetivo no puede excluir la vocación sucesoria entre cónyuges, porque ellos pueden haber optado por vivir separados, conservando la unión y el espíritu matrimonial.

El elemento subjetivo que sí puede excluir la vocación hereditaria de los cónyuges separados, es la voluntad o la disposición contraria a la unión matrimonial.

Esta voluntad favorable a la desunión debe ser analizada de un modo particular, pudiendo darse en alguno de los cónyuges, o en los dos.

El cónyuge separado de hecho sólo pierde la vocación hereditaria si, con su actitud y su conducta, asumió una posición contraria a la unión matrimonial.

La situación pasa a tener un cierto punto de contacto con el estado de cosas que regía anteriormente, luego de la incorporación por la ley 17.711 del segundo párrafo del art. 3575 del Código Civil: “Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria”.

El criterio conforme al cual la exclusión hereditaria sólo afecta al cónyuge culpable de la separación de hecho, se adopta también en el Proyecto de Código Civil de 1998. ⁽⁷⁾

Lo que importa, -ya sea por el camino de la apreciación de la culpa en la separación, o por la valoración de la voluntad claramente contraria al mantenimiento de la unión-, es evitar que el cónyuge que se limitó a padecer la separación de hecho, sufriendo los efectos del abandono, resulte privado del eventual derecho a heredar al responsable exclusivo de la ruptura de la convivencia.

Los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial obligan a resolver los casos a la luz de los principios constitucionales, las finalidades de la ley, y los principios y los valores jurídicos.

Y está claro que, en función del resguardo de la familia, y de la necesidad de decidir con justicia y razonabilidad, el cónyuge que no ha adoptado una actitud contraria a la unión matrimonial, el que no ha sido artífice de la ruptura, limitándose a padecer sus efectos, no tendría que perder la vocación o el derecho hereditario.

Por eso postulamos la derogación del actual art. 2437 del Código Civil y Comercial, y su sustitución por una norma que sólo prive del derecho hereditario al cónyuge que, -hallándose separado de hecho-, ha asumido una voluntad deliberadamente contraria a la unión matrimonial.

⁷ El art. 2387 del Proyecto de Código Civil del año 1998 disponía: “En caso de que los cónyuges hayan estado separados de hecho sin voluntad de unirse, o de haber sido autorizados judicialmente a vivir separados, debe ser excluido de la herencia aquel cuya culpa en la separación sea demostrada”.