

**A.I. N° 1104 31 de diciembre de 2008**

Opinión de la Dra. María Mercedes Buongermini:

NULIDAD: El recurrente no ha fundado el recurso de nulidad. Por lo demás, y dado que no se advierten vicios o defectos que autoricen a declarar una nulidad oficiosa, el recurso debe ser declarado desierto. -----

APELACIÓN: En estos autos se discute la procedencia de la exclusión hereditaria de la Sra. YY de la sucesión del causante XX. La pretensión de la actora fue acogida favorablemente por la *aquo*, quien fundamentó la exclusión en la separación de hecho de la demandada y el causante tiempo antes del deceso. -----  
-----

Los agravios expresados por el recurrente en su escrito de fs. 32/37 se centran en el desinterés del causante de separarse de su otrora esposa, materializado en la inexistencia de divorcio vincular o separación judicial de cuerpos entre ambos. Asimismo, el accionado se ha referido a la falta de culpa de la Sra. YY en el distanciamiento con el Sr. XX. -----

En primer término se debe realizar el análisis de la norma contenida en el artículo 2587 del Cód. Civ., de interpretación controvertida para las partes. El artículo reza: "La sucesión entre esposos no tendrá lugar: [...] b) si se hallaren separados por sentencia judicial, respecto del que hubiere dado causa para ello; y c) si lo estuvieren por mutuo consentimiento, o de hecho, sin voluntad de unirse. Como no existe resolución judicial que acredite la separación -divorcio o separación de cuerpos- entre el Sr. XX y la Sra. YY, el caso plantea la aplicación del inciso c) del artículo, dado que se ha alegado separación de hecho sin voluntad de unión. -----

Tanto la magistrada inferior como la fiscalía interviniente consideran irrelevante la culpabilidad de las partes en el distanciamiento o separación a la hora de determinar la vocación hereditaria del cónyuge, considerando relevante -únicamente- la efectiva separación y la voluntad de no unirse, tal cual taxativamente lo establece el artículo. Al respecto, debemos decir que mediando resolución judicial, la exclusión del supérstite en la herencia no trae mayores problemas, dado que la norma regula el supuesto del cónyuge que hubiere dado causa a la separación. Ahora bien, distinto se presenta el

JUICIO: "INCIDENTE DE EXCLUSIÓN DE  
HEREDERA EN LOS AUTOS: XX S/  
SUCESSION" -----

caso -como el presente- en el que no existe sentencia judicial y la separación es de hecho. -----

En este punto, nuestra normativa ciertamente se muestra indiferente respecto de los efectos que pueda llegar a tener la culpabilidad de las partes en el distanciamiento o separación, apartándose así de la legislación Argentina. Vale decir, habiendo separación de los cónyuges -por la causa que fuere- la exclusión hereditaria quedaría configurada; la parte inocente en el distanciamiento carecería, del todo igual a la culpable, de vocación hereditaria respecto del otro cónyuge. Le está vedado al juez la calificación de conductas, por ende, no cabe reputarlos culpables, mas tampoco inocentes: en rigor, se elude el análisis de la causa del conflicto. *"Debe entenderse de que si la Ley no acuerda a ninguno de los esposos los beneficios que concede al inocente, es porque si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso del matrimonio (conf. Arianna, Carlos A., "Separación de hecho. Divorcio sin atribución de culpas y ganancialidad", LL 1996-C-1287)".* -----

El texto original de la normativa argentina establecía, en el art. 3575 del Código Civil: "Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisoriamente separados por juez competente". Como vemos, hasta antes de la promulgación de las leyes modificatorias, la sola separación de hecho era causal de caducidad de vocación sucesoria. Con posterioridad apareció la ley N° 17.711, que vino a consagrar legislativamente la posición subjetiva anteriormente receptada por la jurisprudencia. Así, la normativa agregó un párrafo al artículo 3575 que rezaba: "Si la separación sólo fuere imputable a culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriese en las causales de exclusión previstas en el artículo anterior". Con ello, la sola separación ya no era causal de pérdida de la vocación sucesoria, sino que era menester además ser el causante de la separación de hecho. Amén de ello, el Plenario Mauri, de fecha 12 de febrero de 1986, realizado con la finalidad de unificar la jurisprudencia del vecino país y evitar sentencias contradictorias, resolvió -además de consolidar la concepción subjetivista del instituto- que *"la carga de la prueba de las causales de la exclusión sucesoria del cónyuge supérstite por su culpabilidad en la separación de hecho, recae sobre quienes cuestionaren la vocación*

*hereditaria del cónyuge supérstite". ("Mauri de Mauri y otra s/ Sucesión ab intestato". E.D.117-319; L.L.1986-B-134; J.A. 986-II-36.). Con posterioridad a esto, se produjo nuevamente actividad legislativa, dando un nuevo enfoque a la cuestión. Así, se sanciona la Ley 23.515, que si bien no introdujo grandes modificaciones al art. 3.575, sí lo hizo respecto del art. 3.574, el cual se vio sustancialmente reformado en materia de separación personal y divorcio vincular, estableciendo que: "En caso de decretarse separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro". Aquí, en materia probatoria la cuestión ciertamente varió, aunque en la actualidad no está cerrado el debate sobre a quién correspondería probar la culpabilidad o inocencia en la separación de hecho, para excluir de la sucesión al cónyuge supérstite. -----*

Hecha la referencia doctrinal argentina, al mero efecto de ubicarnos en el contexto normativo regional en el que se dictó nuestra legislación, lo volvemos a señalar, nuestro código de fondo prescribe la exclusión con abstracción e independencia de toda consideración de conductas imputaciones de culpa, lo que quiere decir, como queda expuesto, que la ley no se pone a distinguir ni inferir reproches. Como principio, y para preservar la intimidad de los esposos -entre otras muchas razones-, se permite que en este tipo de procesos se prescindiera de traer a colación hechos imputables a título alguno. El eximio anteproyectista de nuestro Cód. Civ. entendió desacertado adscribir al sistema subjetivo adoptado por el legislador argentino, al que consideró inclusive indecoroso. "Según este sistema, la herencia recogida por el supérstite inocente, sería el precio de su resignación a la grave ofensa inferídale en vida por el difunto, ejemplo nada edificante para los hijos, si los hay, tempranamente así instruidos por su padre o madre de cómo es posible sacar ventajas de la sumisión"; "Tan poca dignidad hay en que el culpable herede al inocente, como que éste recoja la herencia del culpable"; "¿Y si lo que secretamente movía a estos esposos ofendidos a trocar su acción de divorcio, reparadora del agravio, por la conformidad que supone el silencio y la inacción, por la tolerancia, el estoicismo y la paciencia implícitos en la resignación, fuese la avaricia, el deseo inmoderado de heredar, no sería peor el remedio que la enfermedad?"; "Si pues, bastando, como basta, el decreto judicial de separación provisoria de ambos esposos, cesa la sucesión entre ellos, mal podría el

JUICIO: "INCIDENTE DE EXCLUSIÓN DE  
HEREDERA EN LOS AUTOS: XX S/  
SUCESSION" -----

*supérstite pretender lo contrario a pretexto de haber alimentado siempre la intención de unirse al difunto, malgrado la demanda que por divorcio le promovió". Culmina la cita, con referencia jurisprudencial que reza: "Si a esto puede conducir el portal abierto por la hermenéutica de la cátedra, hemos de confesar que preferimos a la de la jurisprudencia opuesta a la consideración del elemento intencional o sea de la culpa en los casos de mera separación de hecho" (Sentencia de 10 de febrero de 1932 de la Cám. Civ. 1ª de la Capital Federal, in Rébora, t. II, núm. 323, pág. 104, n. 21; Lafaille, t. II, núm. 103, pág. 81, n. 123) (De Gásperi, Luis. Tratado de Derecho hereditario. Tomo III. TEA. Bs. As. 1953. Págs. 85/88). Ahora bien, el derecho a heredar de los cónyuges -como bien lo dice el Prof. Eladio Wilfrido Martínez- tiene una larga pero lenta evolución en la historia del derecho hereditario, sobre todo en lo que se refiere a las restricciones concernientes a la mujer, cuyos derechos se encontraban en rango subalterno. Si analizamos las disposiciones del derecho hereditario veremos que la sucesión por causa de muerte tiene su fundamento en una vinculación entre causante y heredero. Dicho vínculo puede ser legal, como en la sucesión *ab intestato*, o puede ser convencional, como en la institución de heredero por testamento. Como quiera que sea, la ley llama a heredar a aquellas personas que tienen un vínculo con el fallecido, vínculo que en primer término es de parentesco -consanguíneo o asimilado, como el establecido por adopción-; en la sucesión entre cónyuges, aparecida con posterioridad en el derecho hereditario, el derecho de heredar se basamenta en el vínculo matrimonial. De modo, pues, que precisando la *sucessio mortis causa* de una vinculación entre causante y heredero, ella siempre debe estar dada. Nuestro derecho civil considera que dicha vinculación no existe cuando el matrimonio se extingue por divorcio, o cuando se produce la separación judicial o de hecho. Este último supuesto se imbrica y aproxima a la idea del matrimonio consensual o de hecho, que ha sido expresamente recepcionada en la ley 1/92 a través de la admisión del concubinato permanente y decenal y su asimilación a los efectos de un matrimonio legal. -----*

Ya analizada la norma, debemos aplicarla al caso concreto. Aún si tomáramos en cuenta los aspectos subjetivos del instituto, debemos igualmente señalar que en autos no existe siquiera una prueba que lleve a este Tribunal a determinar la culpa de los cónyuges en la separación. Lo que sí existe es el convencimiento de que

JUICIO: "INCIDENTE DE EXCLUSIÓN DE  
HEREDERA EN LOS AUTOS: XX S/  
SUCESSION" -----

los cónyuges no tuvieron voluntad de unirse nuevamente luego de su separación de hecho. A este respecto constan en autos una serie de hechos relevantes: que si bien el Sr. XX se hallaba casado con la Sra. YY desde el 24 de junio de 1967, contrajo otras nupcias con la Sra. AA en fecha 7 de diciembre de 1982. Si bien al momento de contraer las segundas nupcias existía un impedimento de ligamen, -declarado por medio del Acuerdo y Sentencia N° 118 de fecha 2 de octubre de 2002 dictado por este Tribunal, que anulo las segundas nupcias-, el hecho de haber contraído -o intentar contraer- nuevamente matrimonio denota la voluntad del causante de no volver a unirse con su primera esposa, la Sra. YY. Disentimos del recurrente en cuanto manifiesta que el único hecho demostrativo de la voluntad de separación del Sr. XX hubiese sido la promoción de un juicio de divorcio; al haber mantenido una relación estable con la Sra. AA, cuyo fruto fue el menor -también heredero- CC, el Sr. XX denota inequívocamente su intención de permanecer separado de la demandada, o, en palabras de la ley "su voluntad de no unirse". Lo cierto y concreto es que la separación se mantuvo hasta el deceso del Sr. XX, lo cual constituye un hecho cierto, aunque desconozcamos los términos de la separación, esto es, si la separación de los cónyuges XX-YY fue producto de un acuerdo entre ambos o si se produjo por decisión unilateral de uno de ellos, lo cual, a los efectos del presente decisorio es, como vimos, irrelevante. Este hecho determina la exclusión de la Sra. YY de la sucesión del Sr. XX. -----

Aquí debemos hacer un alto y contrastar esta solución a la luz de la Ley N° 1.215/86, Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW por sus siglas en inglés-, que permite una lectura un tanto diferente de las relaciones familiares conyugales y extraconyugales con carácter de permanencia o estabilidad y su repercusión patrimonial entre las partes. Esta norma tiene rango superior al Cód. Civ., pues consiste en un tratado internacional. Los Tratados y Convenios internacionales tienen y han tenido prelación sobre la ley nacional -aun la codificada- tanto en la Constitución de 1967 como en la hoy vigente, de 1992. Atentos al mandato constitucional de no discriminación, contenido en los arts. 46, 47 y 48 de la Carta Magna y en el art. 1 de la Convención precitada, se hace necesario el control de no discriminación, a fin de arribar a una resolución en perfecta congruencia con todo el orden normativo. Pasaremos, pues, a su estudio. -----

JUICIO: "INCIDENTE DE EXCLUSIÓN DE  
HEREDERA EN LOS AUTOS: XX S/  
SUCESSION" -----

A los efectos de la mentada Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre el hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. -----

La mentada norma exige en todo caso no distinguir a la mujer ni privarle de sus derechos, solo por la situación o estado civil en que se encuentre -en este caso que analizamos, la situación de separada de hecho y sus consecuencias hereditarias-. Este principio no solo se halla genéricamente recepcionado en el art. 1 de la Convención de marras, sino que el artículo 16, en su inciso h), prevé expresamente la necesidad de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos a cada uno de ellos en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso. Se entiende, pues, que la interpretación de la normativa civil, a la luz de dicha norma internacional, permite construir un sistema de participación de la mujer en los beneficios económicos derivados de la vida en común, sobre la base del aporte del trabajo doméstico y de crianza de los hijos habidos en común durante la convivencia. -----

Ahora bien, una norma es discriminatoria cuando establece diferencias entre sujetos que se encuentran en igualdad de condiciones -sea de situación o de posición, jurídicas o fácticas-; o cuando no distingue entre sujetos que se encuentren en distintas circunstancias. Así, no puede considerarse discriminatoria la norma si la distinción que hace entre los sujetos, en cuanto a los derechos de unos y de otros, es razonable y se corresponde con la diferencia de posición, contingencia o situación de ellos. La normativa civil antes aludida no constituiría una *nomos* discriminatorio desde que se aplica por igual a varones y mujeres; y a estas últimas por igual si son casadas o solteras. La distinción solo se plantea para las divorciadas o las separadas de hecho; en este caso la distinción pudiera ser congruente con la filosofía y valores consagrados en nuestra Constitución Nacional respecto de la organización y constitución de la familia, en la cual se entiende que la unión, concubinaria o

JUICIO: "INCIDENTE DE EXCLUSIÓN DE  
HEREDERA EN LOS AUTOS: XX S/  
SUCESION" -----

matrimonial, mientras sea monogámica, es la base de la familia.

Luego, se ve que la interpretación de la normativa civil, a la luz de antedicha norma internacional, permite construir un sistema de participación de la mujer en los beneficios económicos derivados de la vida en común, sobre la base del aporte del trabajo doméstico y de crianza de el hijo habido en común durante la convivencia que es atribuido a la mujer y que en este caso, habría aportado desde la fecha de dicho convivio. Pero estas consideraciones apuntan todas ellas a la participación en los gananciales; en nada se refieren a la adquisición por herencia -que solo abarca los bienes propios y de la cual los gananciales se encuentran expresamente excluidos- y que, como ya vimos, exige la justificación de un vínculo o título de sucesión.

En consecuencia, y en consecuencia con todo lo dicho, aunque podamos opinar que la exclusión hereditaria de la cónyuge separada de hecho constituye una solución quizá poco feliz, no queda más que confirmar la resolución que excluye a la Sra. YY como heredera del Sr. XX.

Las costas deben ser impuestas a la perdidosa, por aplicación el art. 192 concordante con el 203 del Cód. Proc. Civ., en ambas instancias.