

CAPITULO OCTAVO
EFFECTOS DEL DIVORCIO CON
RESTABLECIMIENTO DE APTITUD NUPCIAL

ARTICULO 217	149
1. Remisión a los efectos derivados de la separación personal	149
2. Restablecimiento de la aptitud nupcial	150
3. Pérdida de la vocación hereditaria	151
4. Esquema legal de la vocación hereditaria conyugal en la separación personal y el divorcio	153
ARTICULO 218	155
1. Observación general	155
2. Los motivos de privación de los derechos y el deber de fidelidad	156
3. Caso de alteración mental grave, alcoholismo o drogadicción	157
4. Necesidad de ejercicio de la acción y decisión judicial	158

CAPITULO OCTAVO
EFFECTOS DEL DIVORCIO CON RESTABLECIMIENTO
DE APTITUD NUPCIAL

ARTICULOS 217 - 218

CAPITULO XIII

DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO VINCULAR

Art. 217 La sentencia de divorcio vincular producirá los mismos efectos establecidos para la separación personal en los artículos 206, 207, 208, 209, 210, 211 y 212.

Los cónyuges recuperarán su aptitud nupcial y cesará la vocación hereditaria recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 3574, último párrafo.

1. REMISION A LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA SEPARACION PERSONAL

El artículo remite a los efectos que produce la separación personal en relación con el cese del deber de cohabitación, la patria potestad y la tenencia de hijos (art. 206 Código Civil), con el deber de asistencia en su aspecto alimentario (arts. 207, 208, 209 y 210) y con lo vinculado al hogar conyugal (art. 211) y la facultad de revocar las donaciones efectuadas a la mujer en las convenciones matrimoniales (art. 212).

Esta remisión, a la que nos adherimos en lo que atañe al tratamiento de los efectos de la separación personal en los artículos que la norma indica, evidencia con toda claridad la importancia que tiene la separación personal en su proyección sobre los derechos y deberes conyugales y aspectos a ellos vinculados y refleja la desmesurada trascendencia que

se suele otorgar al llamado divorcio vincular en función de traer aparejado el restablecimiento de la aptitud nupcial para los cónyuges como efecto primordial.

A ello se suman los aspectos que destacamos en el análisis del artículo 218 acerca de la subsistencia de estos derechos pese al divorcio vincular decretado.

2. RESTABLECIMIENTO DE LA APTITUD NUPCIAL

Al analizar el artículo 213 del Código Civil conforme a la reforma introducida en la legislación matrimonial (capítulo sexto, comentario al inc. 3º del mencionado art. 213), señalamos que constituye una inexactitud de la ley pretender que el divorcio aniquile el vínculo conyugal, en tanto subsisten importantes efectos que se derivan del matrimonio de los divorciados.

En rigor, el restablecimiento de la aptitud nupcial constituye el efecto más destacable derivado del divorcio vincular y cabe apreciar que no median obstáculos temporales para su producción, en tanto ha desaparecido de nuestra legislación el denominado impedimento de viudez o de espera que consagrara el derogado artículo 93 de la ley 2393. Esta solución concuerda con lo dispuesto en el artículo 243 del Código Civil (ley 23.515) en tanto la presunción de paternidad no rige cuando el nacimiento se produce más de trescientos días después de la interposición de la demanda de divorcio vincular o separación personal, salvo prueba en contrario.

Destaquemos que podría darse la hipótesis de divorcio vincular de un menor sin la edad mínima legal que contrae matrimonio con dispensa (art. 167 Código Civil).

En tal caso, al no mediar aptitud nupcial genérica, no puede darse el efecto que indica la norma y el menor no quedará habilitado para celebrar nuevo matrimonio (art. 133, Código Civil, ley 23.515).

3. PERDIDA DE LA VOCACION HEREDITARIA

El llamamiento a suceder por causa de muerte es formulado al cónyuge por la ley, la cual lo ubica en calidad de heredero legítimo. Su ubicación reviste carácter preferencial pues comparte la herencia con los descendientes y ascendientes y la nuera y excluye a los colaterales, siendo beneficiario de una porción legítima (art. 3595 Código Civil), y hereda con exclusividad a falta de descendientes y ascendientes (art. 3572, cf. ley 23.264).

La vocación hereditaria del cónyuge divorciado vincularmente dio lugar en su momento a una extensa discusión doctrinaria y a la necesaria elaboración con motivo de la carencia de previsión legal referida a los efectos de dicho divorcio conforme al artículo 31. de la ley 14.394.

Un plenario de las Cámaras Nacionales en lo Civil del año 1962 distinguió en base a la inocencia en el divorcio, privando de derecho al no culpable si había sido suya la iniciativa de pedir la disolución del matrimonio o había hecho uso de la aptitud nupcial¹.

Tal fue la solución consagrada en el artículo 6º, transitorio, de la ley 17.711, que a tales conductas determinantes de la pérdida de la vocación hereditaria agregó los actos de grave inconducta moral.

La interpretación otorgada a esta norma, que muestra interés en su correlación con la posición que adopta la reforma que comentamos, consideró que no provocaba rechazo mantener el derecho hereditario del inocente en armonía con la valoración de la relaciones conyugales a que obedece la legislación argentina, pero estableció que como principio el divorcio vincular tiene que ir acompañado por la inexistencia de vocación hereditaria para ambos divorciados, recíprocamente, sin atender a su culpa o inocencia².

¹ Ver fallo en La Ley, 108-842.

² MENDEZ COSTA, M. J., *La exclusión hereditaria conyugal*, p. 108.

Para la doctrina en general dicha consecuencia deriva de la carencia de *ius conyugii*, al no mediar éste a la apertura de la sucesión³, más observamos que el fundamento de la privación de este efecto radica mayormente en razones de equidad y se vincula esencialmente con el restablecimiento de la aptitud nupcial, que ubica a los divorciados ante la natural eventualidad de celebrar un nuevo matrimonio. Ello determina una situación éticamente insoslayable y lleva a considerar como riguroso privar de derechos hereditarios a quien goza de tal posibilidad, que de concretarse hará nacer para el contrayente la calidad de heredero por el nuevo vínculo, todo lo cual fundamenta, a su vez, el mantenimiento de tales derechos para el cónyuge inocente de la separación personal.

En consecuencia, la reforma ha seguido en este aspecto la solución adoptada por los sistemas vigentes en el derecho comparado y responde con ello a un imperativo ético-jurídico.

Debe a nuestro entender diferenciarse la privación de vocación hereditaria con el mantenimiento de ciertos derechos que se admiten y que encuentran sustento en razones de equidad. Así, suele reconocerse derecho a "pensión" cuando se produce un desequilibrio económico, el que en España no se extingue con la muerte del deudor (ley del 7 de julio de 1981), o se deriva una situación de indigencia⁴.

La reforma ha incorporado este beneficio en el párrafo 2° del artículo 208, calificándola como carga de la sucesión que los herederos deben seguir cumpliendo. Cabe aquí reproducir la reflexión de Méndez Costa cuando señala, con referencia a la ley española, que el legislador que acepta el

³ MAFFIA, Jorge O., *Manual de Derecho Sucesorio*, N° 67; GUAGLIANO-NE, Aquiles H., *Jurisprudencia Argentina*, 1963-II-199.

⁴ VAZ FERREIRA, Eduardo, *Derechos sucesorios del cónyuge en legislación comparada*, La Ley, 1981-C-920.

divorcio vincular parece sentirse obligado a atenuar sus efectos, aun en el aspecto secundario de lo patrimonial⁵.

4. ESQUEMA LEGAL DE LA VOCACION HEREDITARIA CONYUGAL EN LA SEPARACION PERSONAL Y EL DIVORCIO

Conforme a la concordancia de normas, la vocación hereditaria conyugal se encuentra sujeta a las siguientes vicisitudes según se trate del emplazamiento en el estado de familia de separación personal o de divorciado vincular.

Se extingue (artículo 3574 Código Civil)

- a) Por divorcio vincular por causa expresa o por mutuo consentimiento.
- b) Por separación personal en los casos del artículo 202, para el cónyuge culpable; para el que dio lugar a la separación de hecho y para ambos en el mutuo consentimiento.
- c) Por conversión de la sentencia de separación personal.
- d) Si el separado personalmente, que conserva la vocación hereditaria, luego de la separación vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge.

Se mantiene (artículo 3574 Código Civil)

- a) Para el cónyuge inocente en la separación personal por las causales del artículo 202 y para el que no dio lugar a la separación de hecho (artículo 202, párrafo segundo).
- b) Para el cónyuge enfermo, en la separación personal del artículo 203.

⁵ MENDEZ COSTA, M. J., *La exclusión hereditaria conyugal* cit., p. 119.

Art. 218 La prestación alimentaria y el derecho de asistencia previsto en los artículos 207, 208 y 209 cesarán en los supuestos en que el beneficiario contrajera nuevas nupcias, viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge.

1. OBSERVACION GENERAL

Múltiples aspectos derivan de la norma inserta en el artículo 218 del Código Civil por la reforma al régimen legal del matrimonio.

En primer lugar obsérvese que el reconocimiento del derecho alimentario y el establecimiento del consiguiente deber son claras evidencias de que el divorcio vincular no aniquila todos los lazos que emergen del matrimonio, siendo el deber de asistencia la prueba de una proyección del vínculo conyugal más allá de la presumida disolución.

Los derechos-deberes personales entre los cónyuges son determinados por la relación jurídica matrimonial⁶, de lo que se extrae que si cesara dicha relación no podrán subsistir tales derechos-deberes o, si se quiere el sentido inverso, que subsistiendo derechos-deberes dicha relación jurídica no se ha extinguido.

En segundo término debe apreciarse que las consecuen-

⁶ ZANNONI, E. A., *Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges*, p. 17.

cias de la inconducta conyugal posterior al divorcio no sólo se producen en relación al derecho alimentario sino que reflejan también sobre las prerrogativas otorgadas en el artículo 211.

El artículo 218 que comentamos ha omitido consignarlo, pero de lo regulado en los artículos 217 y 211 surge que si el cónyuge beneficiario de los derechos incurre en injurias graves o vive en concubinato, cesarán sus derechos a pedir que el inmueble asiento del lugar conyugal sea liquidado o partido o a pagar una renta por el uso del inmueble propio del otro cónyuge, con fijación de plazo de la ocupación.

Como se advierte, se trata de derechos que, si bien guardan estrecha relación con el deber de asistencia, lo exceden y adquieren en la nueva regulación naturaleza jurídica propia. Ellos benefician al cónyuge inocente o enfermo, pese su emplazamiento en el estado de divorciado vincularmente.

2. LOS MOTIVOS DE PRIVACION DE LOS DERECHOS Y EL DEBER DE FIDELIDAD

El presente artículo impone la pérdida de los beneficios otorgados en los artículos 207, 208 y 209 en caso de nuevo matrimonio, vida concubinaria o injurias graves contra el otro cónyuge. Según señaláramos, debe agregarse el supuesto del artículo 211 y correlacionarse este dispositivo con el artículo 210, que reproduce la sanción para el caso de separación personal.

Resulta absolutamente sorprendente lo enunciado por esta norma si la ensamblamos con los pretendidos efectos del divorcio vincular y su concepción como institución extintiva del vínculo matrimonial.

De este vínculo emerge sin duda la existencia de un deber de fidelidad, traducido en la exigencia de abstención de

trato sexual con terceras personas con alcances concubinarios, el cual puede ser igualmente vulnerado a través de injurias graves por una relación de la misma índole que no llegue a tipificar concubinato.

Este deber de fidelidad, que se suma al de asistencia consagrado por el artículo 217, primer párrafo, está igualmente contenido en el artículo 218 que comentamos pues las ofensas a que refiere la norma constituirán, sin dudas, ataques a la condición de cónyuge y al respeto que el mismo merece como tal.

Cabe hacer un parangón de marcada identidad con lo regulado en el derogado artículo 71 bis de la ley 2393, el cual al establecer la procedencia de la equiparación del cónyuge inocente al culpable en razón de adulterio, infidelidad o grave inconducta moral posterior a la sentencia, había reconocido la subsistencia del deber de fidelidad⁷ e, incluso, este deber de fidelidad adquiere matices que lo muestran como diferente del vigente durante la convivencia matrimonial, tanto en sus fundamentos como en intensidad⁸.

3. CASO DE ALTERACION MENTAL GRAVE, ALCOHOLISMO O DROGADICCION

En estos supuestos no cabe la acción por divorcio vincular ni mediará sentencia originada en aquélla sino que el emplazamiento derivará de la “conversión” regulada en el artículo 238 Código Civil.

Como no cabe referirse a cónyuge inocente, la ley hace

⁷ D'ANTONIO, D. H., *Equiparación del cónyuge inocente al culpable en cuanto a los efectos del divorcio*, El Derecho, 45-825.

⁸ BORDA, G. A., *La reforma del Código Civil*, El Derecho, 32-885; GUASTAVINO, Elías P., *La posibilidad del reconocimiento de culpa exclusiva antes y después de la separación judicial de los cónyuges*, La Ley, 143-193.

mención al cónyuge enfermo (art. 208), el cual mantiene su beneficio pese a la extinción del vínculo por la muerte de su cónyuge, (v. comentario arts. 208 y 217, párr. 2°).

Al sancionar con la pérdida de derechos, la ley no distingue en relación a este “cónyuge enfermo”, lo que —en principio— resulta adecuado. Pese a ello, consideramos que por las particularidades de los distintos casos, cabrá ponderar judicialmente con criterio favorable al mantenimiento del beneficio, la presencia de hechos tipificantes de injurias graves contra el otro cónyuge.

4. NECESIDAD DE EJERCICIO DE LA ACCION Y DECISION JUDICIAL

El cónyuge deudor de la prestación tiene un interés jurídico a los fines de hacer cesar su obligación, el cual deberá ejercer a través de la respectiva acción a entablar ante el juez competente (art. 227 Código Civil).

Por la naturaleza de la acción, la misma corresponde, en principio, al mismo juez que entendió en la fijación de los alimentos (art. 228) o que estableció el beneficio del artículo 211 Código Civil).