

CAPITULO QUINTO
EFFECTOS DE LA SEPARACION PERSONAL

ARTICULO 206	97
1. Observación preliminar	97
2. Efectos de la separación personal sobre el deber de cohabitación o convivencia	98
3. Remisión al régimen de patria potestad	99
5. Esquema de la preferencia legal. Acuerdos conyugales	102
6. Tenencia y patria potestad	103
ARTICULO 207	105
1. Deber alimentario conyugal	105
2. Presupuestos del deber alimentario	106
3. Culpabilidad conyugal y otros presupuestos del deber alimentario	107
ARTICULO 208	109
ARTICULO 209	111
1. Observaciones generales	111
2. Extensión del deber alimentario	112
3. Pautas para la fijación de la cuota	112
4. Aplicación para los cónyuges separados o divorciados por mutuo consentimiento	112
5. Casos de falta de declaración de culpabilidad	113
ARTICULO 210	115
1. Observaciones generales	115
2. Ejercicio de la acción. Presupuestos	115
ARTICULO 211	117
1. Observaciones generales	117
2. Extensión subjetiva del beneficio	118
3. Necesidad del ejercicio de acción específica	119
4. Indisponibilidad del inmueble propio	120
5. Cesación del beneficio	120
ARTICULO 212	123
1. Observaciones generales	123
2. Legitimación	124

CAPITULO QUINTO

EFFECTOS DE LA SEPARACION PERSONAL

ARTICULOS 206 - 207 - 208 - 209 - 210 - 211 - 212

CAPITULO X

DE LOS EFECTOS DE LA SEPARACION PERSONAL

Art. 206 Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.

Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

1. OBSERVACION PRELIMINAR

Este artículo y los posteriores contenidos en el presente capítulo, hasta el artículo 212, inclusive, contienen precisiones relacionadas con los efectos que se derivan del emplazamiento de los cónyuges en el estado de separados personalmente o judicialmente, también susceptible de ser denominado divorcio semipleno o simple (ver Capítulo Sexto, nota N° 7).

Dos advertencias cabe efectuar de modo inicial. En primer lugar cabe resaltar que todas estas disposiciones son de

aplicación genérica en el divorcio, conforme a la remisión expresa que se formula en el artículo 217 del Código Civil reformado por la ley 23.515.

Desde una segunda perspectiva, debe apreciarse que tanto los efectos de la separación judicial como los del divorcio vincular no se agotan con los contenidos normativos señalados, en tanto existen numerosas consecuencias jurídicas dispersas en el propio Código Civil y en otras leyes que es preciso considerar si se quiere tener un panorama integral de los efectos que derivan del nuevo estado de familia constituido por las sentencias respectivas. Así, en lo referido al trascendental aspecto de la vocación hereditaria remitimos a su tratamiento como efecto del divorcio vincular (art. 217).

2. EFECTOS DE LA SEPARACION PERSONAL SOBRE EL DEBER DE COHABITACION O CONVIVENCIA

Según indicáramos en su momento, el deber conyugal de cohabitación requiere, en uno de sus aspectos, que los esposos vivan en el hogar común (art. 199 del Código Civil).

La sentencia de separación judicial determina que cese totalmente este deber, renaciendo en consecuencia el derecho de la persona separada judicialmente o divorciada a fijar su propio domicilio.

Este importante efecto era regulado por el artículo 72 de la derogada ley 2393, el cual estableció idéntica consecuencia.

Pero además del ajuste efectuado en la redacción de la nueva norma debemos destacar que la misma debe ser correlacionada con la derogación del artículo 90, inciso 9º del Código Civil que la reforma ha igualmente concretado (art. 9º, ley 23.515).

La importancia de tal derogación radica en que, en el régimen legal anterior, si la mujer no ejercitaba su derecho a

fijar nuevo domicilio, conservaba el de su marido por ser su domicilio legal durante el matrimonio¹, consecuencia que ya no habrá de producirse atento a la derogación del mencionado inciso 9º del artículo 90 del Código Civil.

La ley hace referencia, como lo hacía su antecesora, a la posibilidad de fijar "residencia". La referencia es acertada pues aun cuando cese el domicilio conyugal no por ello necesariamente se dará lugar a uno real como consecuencia de la residencia, ya que, entre otros supuestos, puede darse la circunstancia de tenerse un domicilio legal al funcionar alguno de los casos contemplados en el artículo 90 del Código Civil (incs. 1º, 2º y 3º), atento al principio de la unidad del domicilio general.

Por ello, aun cuando se cuente con el elemento material de la residencia y el intencional requerido por el domicilio real, podrá éste no configurarse por darse al cónyuge un domicilio legal en atención a su calidad personal o por sus funciones.

3. REMISION AL REGIMEN DE PATRIA POTESTAD

El texto del derogado artículo 72 de la ley 2393 hacía referencia a necesidad de contar con autorización judicial para trasladar los hijos fuera del país por el progenitor que los tuviera a su cargo.

Dicho régimen fue modificado en el año 1985 por obra de la ley 23.264, que al establecer un régimen de ejercicio de la patria potestad de carácter indistinto, con requerimientos legales de intervención conjunta², vino a consagrar la necesidad de contar con el consentimiento expreso del progenitor que no tiene a su cargo el hijo para autorizarlo a salir

¹ BELLUSCIO, A.C., *Derecho de Familia*, t. III, p. 528.

² D'ANTONIO, D.H., *Nuevo régimen legal de la patria potestad*, ps. 88 y ss.

de la República (art. 264 quater, inc. 4° y 264, inc. 2° del Código Civil, cfr. ley 23.264).

Por nuestra parte habíamos sostenido oportunamente que la licencia judicial prevista en el ahora derogado artículo 72 de la ley 2393 ya no era necesaria luego de la reforma que exige el consentimiento expreso paterno.

La necesidad de dicho consentimiento rige aun tratándose de viajes breves o a países limítrofes, en tanto el mencionado artículo 264 quater, inciso 4° no distingue al respecto. Si el progenitor que debe otorgar la autorización se niega a hacerlo o media imposibilidad para que preste su consentimiento, se abre la vía judicial que contempla el último párrafo del artículo 264 quater del Código Civil.

4. TENENCIA DE HIJOS. OBSERVACION GENERAL

Una profunda modificación se introduce por la reforma a la ley matrimonial civil en lo que concierne al régimen de preferencia para otorgar la tenencia de los hijos, por cuanto se abandona el criterio rector de la inocencia para acordar la misma, que consagrara la reforma del año 1968 (art. 76, ley 2393, cfr. ley 17.711).

La ley de matrimonio civil de 1889 había reproducido prácticamente la regla observada por Vélez Sársfield y reflejada en el artículo 213 en su Código Civil. Según la misma, establecida la premisa de la preferencia materna para los hijos menores de cinco años, que se ha mantenido inalterada a través de todas las modificaciones legislativas, correspondía al juez ponderar cuál de los progenitores era el más idóneo para hacerse cargo de los hijos menores.

Esta posición del codificador y de la ley 2393 se vio sustancialmente modificada por la reforma de 1968, que vino a otorgar preferencia al cónyuge inocente, a menos que tal so-

lución fuera inconveniente para el menor y remitiendo a la decisión judicial en caso de culpabilidad de ambos.

Oportunamente señalamos al respecto que la adopción de tal criterio legislativo era acertado, pues no compartíamos la opinión de Vélez Sársfield, expresada precisamente en la nota al artículo 213, cuando sostenía que nada tienen que ver las relaciones del marido y de la mujer con la conducta probable que uno u otro observarán con sus hijos. Afirmamos por nuestra parte que no puede dejar de reconocerse que es difícil establecer hasta dónde una o varias inconductas matrimoniales dejan de constituir un ataque a la formación de los hijos y, consiguientemente, la vulneración de los deberes paternos, pronunciándonos a favor de toda reforma que distinga las situaciones de inocencia y culpabilidad en el divorcio³.

Según se advierte, la reforma sigue la tesis que se consagrara legislativamente con anterioridad a la importante modificación introducida por la ley 17.711, adscribiéndose a diversas iniciativas que postularan volver a aquellas soluciones⁴.

Pero no podemos dejar de advertir que, sin perjuicio de nuestra adhesión a la anterior solución legal, la reforma aparece contradictoria en sí misma pues, por ejemplo, ha consagrado como causal de separación judicial y divorcio inconductas conyugales que tienen como sujeto pasivo a los hijos (art. 202, inc. 2° Código Civil), lo que pone en evidencia el reconocimiento de la influencia que tiene la inconducta conyugal sobre la persona de los hijos y la necesidad de que la ley tome en consideración dicha circunstancia para resolver a cuál de los progenitores debe acordarse la tenencia.

³ D'ANTONIO, D.H., *Patria Potestad*, p. 89.

⁴ Cf. Sextas Jornadas de Derecho Civil, Santa Fe, 1977, recomendación por ponencia del Dr. Francisco A.M. Ferrer.

5. ESQUEMA DE LA PREFERENCIA LEGAL. ACUERDOS CONYUGALES

Recordemos en primer lugar que las soluciones vinculadas a la tenencia de los hijos reguladas en este artículo son de aplicación en el divorcio vincular (art. 217 Código Civil).

En segundo término apreciamos la trascendencia que otorga la ley a los acuerdos que los cónyuges concreten en relación a este aspecto, permitiendo que se concreten en la presentación conjunta por separación personal o divorcio (ver comentario artículo 205).

Preferencia legal. Separación personal o divorcio por causas expresas	}	<p>Hijos menores de cinco años, para la madre (arts. 206 y 217)</p> <p>Mayores de esa edad para el progenitor más idóneo (arts. 206 y 217)</p>
Acuerdo de los cónyuges	}	<p>Principio general para la separación personal y el divorcio por mutuo consentimiento, cualquiera sea la edad de los hijos (arts. 205, 215 y 236)</p> <p>Admisibles en la separación personal y divorcio por causa expresa para los hijos de más de cinco años (arts. 206 y 217)</p>
Apreciación judicial de garantía	}	<p>Causas graves en caso de menores de cinco años (arts. 206 y 217)</p> <p>Objeción en el mutuo consentimiento (art. 236, párr. 3º)</p>

Según se observa, el sistema implementado por la reforma no contempla la apreciación judicial del acuerdo conyugal en los casos de separación personal o divorcio por causa expresa o manifiesta, lo cual constituye una grave falla, máxime que tal ponderación se encontraba claramente inserta en el derogado artículo 76 de la ley 2393 (cfr. ley 17.711) y en tanto la propia reforma la prevé en los supuestos de mutuo consentimiento.

Consideramos que, pese a la omisión legal, los jueces no sólo están facultados sino que tienen el deber, en ejercicio del Patronato del Estado, de meritarse la conveniencia de tales acuerdos, con opinión del Ministerio de Menores.

6. TENENCIA Y PATRIA POTESTAD

Establece el artículo que venimos comentando que los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

Esta fórmula legal debe ser correlacionada con lo dispuesto por el régimen específico sobre patria potestad. Conforme al mismo, en caso de divorcio el ejercicio de la patria potestad corresponde al progenitor tenedor, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación (art. 264, inc. 2º Código Civil), no habiéndose innovado respecto de la solución consagrada por la reforma del año 1985 (ley 23.264).

Debe igualmente concordarse lo normado en este artículo con los deberes alimentarios y de educación que se imponen al progenitor con independencia del ejercicio de la tenencia, conforme lo establece el artículo 271 del Código Civil en su nueva redacción, similar a la anterior.

Art. 207 El cónyuge que hubiera dado causa a la separación personal en los casos del artículo 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos.

Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta:

- 1º) La edad y estado de salud de los cónyuges;
- 2º) La dedicación al cuidado y educación de los hijos, del progenitor a quien se otorgare la guardia de ellos;
- 3º) La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado;
- 4º) La eventual pérdida de un derecho de pensión;
- 5º) El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal.

En la sentencia, el juez fijará las bases para actualizar el monto alimentario.

1. DEBER ALIMENTARIO CONYUGAL

Entre los derechos y deberes matrimoniales se destaca con firmeza el de asistencia, mostrando su doble aspecto de apoyo moral entre los cónyuges y de prestación alimentaria

que permita superar las necesidades cotidianas y afrontar la vida de relación posibilitando el desarrollo personal.

El artículo 198 del Código Civil en su nueva redacción regula este deber, consagrando su carácter de recíproco y ubicando a los esposos en un completo plano igualitario. Pero cesando la convivencia matrimonial y dándose el emplazamiento de los cónyuges en el estado familiar de separados judicialmente o divorciados vincularmente resulta de rigor que se produzcan importantes consecuencias jurídicas en relación a este deber.

2. PRESUPUESTOS DEL DEBER ALIMENTARIO

Diversos aspectos deben ser destacados inicialmente a los fines de analizar cómo la reforma ha venido a modificar sustancialmente lo relacionado con el deber y el derecho alimentario.

En primer lugar señalemos que deben distinguirse estos alimentos definitivos, a los que se refiere el artículo que comentamos, de los provisorios a que alude el artículo 231 del Código Civil. Sobre estos últimos oportunamente nos detendremos, pero es prudente adelantar que encuentran fundamento en principios distintos a los que rigen en materia de alimentos definitivos.

Como sostiene Zannoni, tales alimentos provisorios asientan en un sentido moral de época en función de las costumbres y se sustentan implícitamente en la ética⁵, lo cual justifica su diferente regulación.

Desde una segunda perspectiva, advertimos que el deber alimentario, como efecto de la sentencia firme de emplazamiento en el nuevo estado de familia, se encuentra supedita-

⁵ ZANNONI, E. A., *Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges*, Astrea, 2da. edición, Buenos Aires, 1977, p. 47/48.

do a la presencia de una causal de divorcio atribuible a la conducta conyugal. Este es el principio general establecido en el primer párrafo del artículo 207 del Código Civil, pero cabe tener presente en todo momento que dicho principio muestra la importante excepción del artículo 209 del mismo Código, al que haremos referencia luego, excepción que evidencia la subsistencia de una solidaridad entre los cónyuges con independencia de la culpa.

Igualmente, cabe ponderar que el deber alimentario, como efecto, tiene iguales alcances en la separación personal y en el divorcio vincular (art. 217 Código Civil). Ello nos pone de resalto que el matrimonio es un vínculo de tal naturaleza que aun el divorcio que pretende “disolverlo” no puede extinguir.

En efecto, si la ley pudiera borrar totalmente la institución matrimonial no tendría que admitir la subsistencia del deber de asistencia en su aspecto alimentario, que puede alcanzar aun al culpable del divorcio (arts. 209 y 217 Código Civil), realidad que ha determinado esfuerzos por trasladar la cuestión al tema de la reparación de daños, como lo hace el derecho francés⁶.

3. CULPABILIDAD CONYUGAL Y OTROS PRESUPUESTOS DEL DEBER ALIMENTARIO

Habíamos expresado que, como principio general, la reforma establece que el deber alimentario se encuentra a cargo de quien ha dado causa a la separación personal o al divorcio vincular.

Corresponde por tanto formular algunas consideraciones

⁶ Pese a tales esfuerzos se reconoce a la compensación carácter alimentario, a la par de indemnizatoria (ver doctrina cit., en BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t. III, p. 538).

sobre tal determinación legal, no sin destacar antes que es esta una evidencia de que nuestra legislación mantiene el principio del divorcio como sanción a la conducta conyugal.

En primer término advertimos que el artículo no contempla los casos de separación personal y divorcio vincular por mutuo consentimiento. Pero esta falta de regulación es correcta pues para ambas vías se encuentra prevista la fijación del régimen de alimentos como uno de los aspectos sobre los cuales pueden acordar los cónyuges (arts. 205, 215 y 236 Código Civil).

Según se advierte, reposando el deber alimentario en la culpa quedan excluidos de responder ambos cónyuges en los casos no infrecuentes de culpabilidad de ambos, como lo establece la norma que comentamos.

Esta solución concilia con los fundamentos del deber alimentario. La contraria, que adoptaba el proyecto aprobado por Diputados, por la cual se permitía percibieran alimentos los cónyuges pese a ser ambos culpables fue justamente criticada, sosteniendo al respecto Belluscio que tendría derechos alimentarios no sólo la mujer culpable (ya que el texto se funda en la culpa del otro y no en la inocencia propia) sino también el marido de la mujer culpable⁷.

Pero no basta la sola condición de culpable para hacer emerger el deber alimentario, ya que la ley trae una serie de requisitos que vienen a complementar aquel presupuesto genérico.

⁷ BELLUSCIO, A. C., ob. cit., en La Ley del 4 de noviembre de 1986. Califica este autor a la posibilidad que menciona como una especie de "privilegio del zángano".

Art. 208. Cuando la separación se decreta por alguna de las causas previstas en el artículo 203 regirá, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo anterior en favor del cónyuge enfermo, a quien, además, deberán procurársele los medios necesarios para su tratamiento y recuperación, teniendo en cuenta las necesidades y recursos de ambos cónyuges. Fallecido el cónyuge obligado, aunque se hubiere disuelto el vínculo matrimonial por divorcio vincular con anterioridad, la prestación será carga en su sucesión debiendo los herederos prever, antes de la partición, el modo de continuar cumpliéndola.

Por este artículo se establece en favor del cónyuge que padece de alteraciones mentales graves de carácter permanente, de alcoholismo o adicción a la droga un derecho alimentario igual al reconocido al cónyuge inocente de la separación personal. Recordemos que en tales supuestos de separación personal no media declaración judicial de culpabilidad (art. 235 Código Civil).

A estos derechos alimentarios deben agregarse los que se otorgan en el artículo 211 del Código Civil.

En lo que respecta a la continuación del beneficio pese a extinguirse el matrimonio por la muerte del cónyuge obligado, trátase de una manifestación de previsión fundada en la solidaridad conyugal, que atiende a la situación del esposo enfermo (ver comentario al artículo 217, § 3).

La norma indica que la prestación representativa del deber alimentario, que abarca lo concerniente a los medios necesarios para el tratamiento y recuperación del enfermo o adicto, constituye carga de la sucesión.

Tal imposición reclamará, con seguridad, la atención de los especialistas en el derecho de sucesiones atento a la peculiaridad de la misma y la necesidad de encontrarle su exacta dimensión jurídica. Sólo indicaremos aquí que este deber viene a integrarse al concepto de herencia otorgado por el artículo 3279 del Código Civil y guarda relación con el contenido de la transmisión hereditaria (art. 3417).

Igualmente, resulta una excepción al principio contenido en el artículo 374 del Código; plantea el problema de la división de la deuda (art. 3490 y concs.); se constituye en elemento esencial para el cálculo de la legítima (art. 3474) y requiere interpretación por la referencia exclusiva a herederos.

La previsión que se establece como previa a la partición a los fines de garantizar que se siga cumpliendo a pesar de la muerte del cónyuge obligado se encontrará supeditada, en primer lugar, a las fluctuaciones propias de toda cuota de índole alimentaria y en un segundo aspecto, condicionada a la pérdida del beneficio por darse las situaciones contempladas en los artículos 210 y 211, párrafo segundo.

En todos los casos, si al enfermo se le ha designado curador corresponderá a éste garantizar el efectivo destino de las asignaciones conforme lo señala el primer párrafo del presente artículo cuando hace referencia a los alimentos y medios necesarios para el tratamiento y la recuperación del enfermo.

Art. 209 Cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación personal, si no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el otro, si tuviera medios, le provea lo necesario para su subsistencia. Para determinar la necesidad y el monto de los alimentos se tendrán en cuenta las pautas de los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 207.

1. OBSERVACIONES GENERALES

Esta norma representa un apartamiento del principio general según el cual el derecho alimentario corresponde al cónyuge que no ha dado lugar a la separación personal (o al divorcio, conforme al art. 217), consagrado por el artículo 207.

Tal apartamiento se sustenta en la subsistencia de efectos derivados del vínculo conyugal sumada a razones de equidad que impregnan de contenido ético las normas jurídicas referidas al cumplimiento de la prestación alimentaria entre los cónyuges. La doctrina en general, al comentar el artículo 80 de la ley 2393 que tenía similar contenido, encontraba fundamento para este derecho alimentario en razones de solidaridad.

2. EXTENSION DEL DEBER ALIMENTARIO

Se advierte con claridad que el derecho alimentario del cónyuge es de excepción y sólo se extiende hasta lo necesario para cubrir sus necesidades para subsistir.

Es marcada la diferencia existente con el derecho del cónyuge inocente, a quien se le debe mantener el nivel económico que gozó durante la convivencia (art. 207 Código Civil). Tal diferencia se reflejará, por consiguiente, en la determinación de la cuota, que deberá limitarse a la suma que cubre los requerimientos básicos de subsistencia, es decir, los alimentos en su acepción restringida de satisfacción de las necesidades primarias del alimentado.

3. PAUTAS PARA LA FIJACION DE LA CUOTA

Aunque la norma haga remisión a la casuística reflejada en los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 207 es evidente que el órgano jurisdiccional podrá ponderar todos los aspectos necesarios a los fines de formar su juicio y determinar la cuota correspondiente.

4. APLICACION PARA LOS CONYUGES SEPARADOS O DIVORCIADOS POR MUTUO CONSENTIMIENTO

En atención a que la situación de los cónyuges separados personalmente o divorciados por la vía del mutuo consentimiento es análoga a la de los cónyuges culpables, las disposiciones de este artículo les serán aplicables.

Todo ello, por cierto, para la hipótesis de que no haya mediado convenio sobre alimentos, conforme lo autoriza el inciso 3º del artículo 236 del Código Civil, en cuyo caso será dicho convenio el que regirá tal aspecto de la relación conyugal.

5. CASOS DE FALTA DE DECLARACION DE CULPABILIDAD

Conforme lo establece el presente artículo, el beneficio abarca a los cónyuges separados personalmente o divorciados cuando no media declaración de culpabilidad.

Correspondiendo entonces hacer remisión a los artículos 235, 203, 204 primer párrafo y 214 inciso 2° debe apreciarse que para el cónyuge enfermo rige lo establecido en el artículo 203 en su remisión al 207 y con la extensión que el deber alimentario alcanza por operatividad de estos dos últimos.

En los casos de separación de hecho, en cambio, se aplicará en plenitud este artículo 209 con los alcances antes señalados, por lo que cabe entender que la referencia a la no declaración de culpabilidad alcanza sólo a estos supuestos.

Art. 210 Todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que los percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge.

1. OBSERVACIONES GENERALES

Como señaláramos en el comentario al artículo 207, el derecho alimentario asienta en el vínculo conyugal pero concurriendo aspectos que atañen a la inocencia del cónyuge en relación a los motivos determinantes de la separación. Igualmente, en todos los casos, rigen fundamentos de contenido ético que se ponen mayormente en evidencia cuando no media inocencia y nos encontramos ante un cónyuge culpable.

Pero, reiteramos, el no haber dado lugar a la separación personal o al divorcio adquiere el carácter de principio general a los fines de la procedencia del beneficio alimentario.

La condición de cónyuge inocente o culpable son aspectos consolidados por la respectiva sentencia y lo que admite este artículo es que se prive al inocente de derechos que le asisten por su condición de tal, en base a su conducta posterior a la sentencia de separación personal o de divorcio.

2. EJERCICIO DE LA ACCION. PRESUPUESTOS

La privación de los derechos alimentarios del cónyuge inocente requiere el ejercicio de una acción específica, dirigida al logro de una decisión jurisdiccional que haga cesar

el deber del alimentante, deducida por éste en invocación de su interés; o por los herederos en el supuesto del artículo 208, párrafo segundo.

Será juez competente el que haya intervenido en el juicio de separación personal o de divorcio (art. 228, inc. 1º Código Civil) y el objeto de la prueba estará dirigido a la demostración de la vida concubinaria del cónyuge inocente o la efectiva presencia de ofensas de marcada entidad cometidas en perjuicio del cónyuge alimentante.

Trátase, entonces, de una acción de equiparación del cónyuge inocente a la condición de culpable en cuanto a los efectos alimentarios y a los beneficios derivados del artículo 211.

Presupone, por consiguiente, la subsistencia de exigibilidad de conductas para el inocente que enmarcan en su gran mayoría en las típicas observancias del deber de fidelidad consagrado por el artículo 198 como uno de los que rigen durante el estado de familia conyugal.

Por cierto que los alcances de los deberes son distintos habiendo recaído sentencia de separación personal o de divorcio. Así, la vida concubinaria importa una afrenta máxima, mientras que otro tipo de conductas que podrían tipificar injurias durante la convivencia matrimonial resultarán irrelevantes una vez emplazados los cónyuges en el estado de separados personalmente o divorciados.

Las ofensas pueden vulnerar tanto el deber de fidelidad como el de asistencia en su aspecto moral, ya que el menoscabo al respeto y a la consideración del otro cónyuge puede derivar de actos que no guarden relación directa con el aspecto de las relaciones sexuales con terceros.

Cabrá en consecuencia una apreciación rigurosa por parte de los jueces a los fines de ponderar si la ofensa adquiere entidad como para constituirse en factor extintivo del derecho a los alimentos. Igualmente, corresponderá adoptar especial temperamento para evitar que se promuevan demandas sin fundamento, dirigidas a soslayar el cumplimiento de este deber.

Art. 211 Dictada la sentencia de separación el cónyuge a quien se atribuyó la vivienda durante el juicio, o que continuó ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, podrá solicitar que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le causa grave perjuicio, y no dio causa a la separación personal, o si ésta se declara en los casos del artículo 203 y el inmueble tuviese ocupado por el cónyuge enfermo.

En iguales circunstancias, si el inmueble fuese propio del otro cónyuge, el juez podrá establecer en favor de éste una renta por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar, fijando el plazo de duración de la locación. El derecho acordado cesará en los casos del artículo 210. También podrá declararse la cesación anticipada de la locación o de la indivisión si desaparecen las circunstancias que le dieron lugar.

1. OBSERVACIONES GENERALES

Constituye este artículo una clara manifestación de la solidaridad conyugal y una extensión del deber alimentario que pasa a comprender el delicado tema de la vivienda, otorgándole alcances de marcada equidad, si bien pueden formularse críticas a la implementación normativa efectuada.

El derecho-deber de cohabitación, en su aspecto de convivencia conyugal, está consagrado en el artículo 199 del Código Civil. Esta inmediación física entre los cónyuges y el ámbito material de convivencia quedan alterados hasta extinguirse, al ser efecto natural propio de la sentencia de separación personal y de divorcio el cese del mencionado deber.

Más existen motivos y circunstancias que vienen a modificar tal efecto.

En primer lugar, la atribución de un lugar físico para la permanencia integra el concepto de alimentos.

Pero la obligación de otorgar vivienda no importa la prerrogativa de exigir un lugar determinado, pudiendo traducirse en una suma de dinero que permita acceder a una vivienda conforme a las necesidades a cubrir.

Pese a ello, las leyes fueron paulatinamente reconociendo a uno de los cónyuges el derecho a permanecer en el inmueble que fuera asiento del hogar conyugal, sobre todo ante la presencia de hijos menores, tal como lo hicieron la ley italiana de reformas del año 1975 y el Código francés con las modificaciones del mismo año.

Nuestra legislación muestra el peculiar antecedente de la reforma de 1968, con el texto al artículo 1277 del Código Civil, evidenciando una dirección interesante hacia la protección de la familia basada en el interés del mencionado grupo social básico⁸.

2. EXTENSION SUBJETIVA DEL BENEFICIO

La reforma otorga legitimación para solicitar la concesión del beneficio de no liquidación del inmueble al cónyuge inocente de la separación o al cónyuge enfermo, en los

⁸ Ver D'ANTONIO, D. H., *La restricción a la disposición del inmueble propio impuesta por el artículo 1277 del Código Civil*, *El Derecho*, t. 56, p. 677.

casos del artículo 203. En el primero de los casos mencionados deberá demostrar que la partición o liquidación le causa grave perjuicio.

3. NECESIDAD DEL EJERCICIO DE ACCION ESPECIFICA

La aplicación de la norma requiere una decisión judicial, ya que constituye una excepción al derecho a liquidar la sociedad conyugal de bienes, garantizado por el artículo 1315 del Código Civil.

Surge aquí un obstáculo legal para la división del bien que, por lo tanto, continuará perteneciendo en condominio a ambos cónyuges o, en su caso, al superstite y a los herederos del fallecido⁹, en tanto la muerte del cónyuge no beneficiario no alterará, en principio, el beneficio otorgado.

Será necesaria una apreciación judicial de cada caso, a los fines de determinar si se da el presupuesto de "grave perjuicio" que contempla la norma, o si el inmueble se encuentra efectivamente ocupado por el cónyuge enfermo.

Estimamos prudente que el pronunciamiento judicial fije un plazo para la indivisión. A pesar de que la ley no lo contempla, consideramos que ello constituirá un elemento necesario para los terceros y para los propios cónyuges, sobre todo por cuanto el beneficio se sustentará en la existencia de hijos menores o en situaciones económicas que pueden ser superadas con el transcurso del tiempo.

Si bien todo aconseja no dejar fijado el beneficio *sine die*, no median obstáculos para que el mismo se extienda temporalmente dándose las razones que determinaron su otorgamiento.

⁹ Ver sobre indivisión de bienes después de la disolución de la sociedad conyugal, MENDEZ COSTA, M. J., *Derecho de Familia* cit., t. I, p. 455 y ss.

4. INDISPONIBILIDAD DEL INMUEBLE PROPIO

La norma que comentamos contempla la posibilidad de establecer la indisponibilidad del inmueble propio del cónyuge cuando su consorte sea inocente de la separación personal y se le haya atribuido la vivienda durante el juicio o lo continuara ocupando por haber sido asiento del hogar conyugal; si la desafectación del mismo le causara grave perjuicio o se tratara de cónyuge enfermo, en los casos del artículo 203.

Como es sabido, los bienes propios de los cónyuges son afectados a la sociedad conyugal en su uso y goce y, al extinguirse la comunidad de bienes, son retirados por el cónyuge titular.

La norma impone una excepción a este principio general, con loable espíritu de solidaridad familiar y atendiendo al interés prevaleciente del grupo.

Pero su instrumentación técnico-jurídica dista de ser ajustada. Sin dudas complicará la explicación de la naturaleza jurídica de la restricción legal haber hecho mención de la figura contractual de la locación o del pago de una renta por el "uso" del inmueble.

Aquí sí la norma contempla la fijación de un plazo por parte del juez.

5. CESACION DEL BENEFICIO

Por la remisión del artículo 210, todos los beneficios acordados en esta norma se extinguen dándose las circunstancias previstas en dicho artículo.

Igualmente, corresponde la cesación anticipada, que se extiende a todos los supuestos contemplados, cuando han desaparecido las circunstancias que dieran lugar a establecer los beneficios.

Tales consecuencias resultarán de la decisión del órgano jurisdiccional, tomada con motivo de una pretensión ejercitada por quien evidencia un interés jurídico, previa meritación de los antecedentes del caso con respeto de las garantías del debido proceso.

Art. 212 El esposo que no dio causa a la separación personal, y que no demandó ésta en los supuestos que prevén los artículos 203 y 204, podrá revocar las donaciones hechas a la mujer en convención matrimonial.

1. OBSERVACIONES GENERALES

La ley hace nuevamente una clara diferenciación entre los cónyuges según su inocencia o culpabilidad en la separación personal (o en el divorcio por la remisión que efectúa el artículo 217 del Código Civil), otorgando al inocente la prerrogativa de revocar las donaciones efectuadas conforme lo autoriza el artículo 1217, inciso 3°, del Código Civil.

Una primera reflexión que determina la norma en examen refiere a la reafirmación que la misma conlleva respecto de la opinión vertida por Vélez Sársfield en su nota al título referido a la sociedad conyugal y en vinculación con lo dispuesto por los artículos 1230 y 1231 del mismo Código Civil.

Desde esta perspectiva, la reforma es más ajustada en su redacción que el derogado artículo 75 de la ley 2393 que sólo hacía referencia al cónyuge inocente, sin precisar que debía tratarse del esposo en relación a las donaciones hechas a la esposa.

2. LEGITIMACION

Por consiguiente, sólo al esposo inocente corresponde el ejercicio de este derecho, el cual se refiere a las donaciones efectuadas en las capitulaciones matrimoniales sin comprender, por tanto, las liberalidades que tengan distinto origen.

La norma excluye al cónyuge que demandó la separación personal en los supuestos de enfermedad mental, alcoholismo o adicción a la droga y de separación de hecho (arts. 203 y 204 Código Civil).

Pero adviértase que de acuerdo al artículo 235 en los casos de los artículos 203 y 204, primer párrafo, no media declaración de culpabilidad, por lo que entendemos que la prerrogativa que otorga el artículo que analizamos sólo podría ejercerla, en su caso, el esposo que fuera declarado inocente conforme al segundo párrafo del artículo 204.

Igualmente, tampoco corresponderá en los supuestos de separación personal o divorcio por mutuo consentimiento, en tanto no se da en ellos el presupuesto de inocencia que la norma contempla.

3. CASO DE ADQUISICION DE LOS BIENES POR TERCEROS

Dándose el caso de que los bienes hubiesen sido adquiridos por terceros, la pretensión revocatoria será ineficaz¹⁰.

¹⁰ ZANNONI, E. A., *Derecho de Familia*, t. II, p. 175; D'ANTONIO, D. H., *Efectos jurídicos del divorcio*, Zeus, t. 20-D-67.