

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES Y LA EXCLUSIÓN HEREDITARIA(*) (372)

RÓMULO VERNENGO PRACK() (373)**

1. Su vinculación con la separación de bienes. El problema por resolver consiste en si los cónyuges separados de hecho (es decir, sin dispensa por acto jurisdiccional del juez competente) se heredan entre sí, frente a la prohibición del art. 3575 del Código Civil.

La interpretación de la ley es clara, estimo que también su sentido y su justicia.

Pero existe demasiado dinero de por medio para que esto quede siempre así. Hay quienes quieren recogerlo para el viudo que pretende desacreditar y pleitear después que el cadáver de su ex cónyuge (muy pocas veces rica, pero con frecuencia enriquecida después de la separación por su actividad personal) comienza a enfriarse.

2. Para la mujer que trabaja, ha readquirido sentido la definición del Tratado elemental de Planiol (París, 1910, 5ª edición, pág. 150, nº 1160), que define la separación de bienes como una medida de protección para la mujer, destinada a sustraerla del peligro de las facultades atribuidas a su marido sobre su fortuna por el régimen de la comunidad (también del de la separación).

Partiendo de esa base conceptual, se supone que tiene la misma finalidad esta especie de finalización de la comunidad que ha consagrado el mismo artículo que habla de la separación de bienes de jure, decretada por sentencia: el art. 1306.

3. Esa medida de protección, antes, era la propiedad y devolución de la dote. Actualmente, que el marido la recibe gratis (en la mayoría de los casos), es decir, sin un capital para iniciar la aventura familiar, su valor reside en las posibilidades de producción que tiene la mujer moderna, no sólo colaborando en el afectio familiaris (que constituye una unidad económica bien apreciable), sino actuando por derecho propio en todas las actividades productivas que el hombre desarrolla.

4. Es interesante destacar que, con respecto al régimen de separación de bienes, en la separación de hecho, el art. 1306 no ha recogido un concepto jurisprudencial que estaba claro, habiendo fluctuado entre una correcta valoración del sistema de sanciones de la ley de matrimonio y la atenuación - no ya demagógica - sino blandengue y acomodaticia de una jurisprudencia deformante de nuestra idiosincrasia y manera de ser argentina.

La separación de hecho y la herencia entre cónyuges. Efectivamente, no toma soluciones del derecho canónico (nuestra tradición argentina es esencialmente católica), pero tampoco la de civilizaciones y países en que las sanciones civiles se cumplen, en aras de fijar una política familiar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

coherente y caracterizada, sino una especie de ininteligibles o poco claras normatividades que den para cualquier solución, en base a la política variable de un Tercer Mundo que, por la vía de falsear y atenuar la religión y las instituciones, conduce a los totalitarismos de izquierda, pasando, mientras, por la incertidumbre de lo que son los derechos y deberes civiles cuyos corifeos son los autores de las confusas normas.

5. La evolución jurisprudencial, en materia de separación de bienes, originada en la separación de hecho, comienza a materializarse a partir del fallo de 8 de agosto de 1923, con intervención de nada menos que los entonces camaristas Helguera, Gigena, Senillosa y Salvat. Y se funda en que, como el art. 1262 del Cód. Civil (referente a la sociedad conyugal) establecía que ésta "se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo que está expresamente determinado en este título", era procedente aplicar a la separación de hecho entre los cónyuges el art. 1769 del Código Civil, que predicaba que la sociedad civil podía disolverse por el "abandono de hecho" de alguno de los socios, y desaparecía también respecto a los bienes la *affectio societatis*, que por más legal que fuera la sociedad o su constitución, antes existía concreta y materialmente respecto a los bienes (mejoramiento económico del conjunto), y después de la separación desaparecía.

En base a ello, se llegó a la conclusión de que los bienes adquiridos por los cónyuges después de la separación de hecho no pertenecen al otro (Gaceta del Foro, t. 62, pág. 185; ídem t. 65, pág. 46). Una parte distinguida de la doctrina compartió dicho criterio (Moyano, J.A., t. 31, págs. 53 y sigtes.; Spota, J.A., 1946, III, pág. 662; Díaz de Guijarro, J.A., t. 20, pág. 205 y t. 29, pág. 458).

Pero en el año 1941 (L.L., t. 26, pág. 978) se introduce - en base a ese negativo espíritu que hemos mencionado en el número 4 de este capítulo - un elemento subjetivo que enuncia: "si ha quedado reconocido que los esposos vivieron separados de hecho, para que el cónyuge supérstite pueda reclamar, en tal situación, una parte de los gananciales adquiridos con posterioridad a la separación, sería menester demostrar que ese estado no fue provocado, ni querido, ni consentido por ella", lo que Guaglianone (que es de donde se ha resumido esta jurisprudencia) resume diciendo: "en caso de mediar acuerdo en la separación de hecho, "los bienes adquiridos con posterioridad a ella son personales del adquirente" o, mejor, no son gananciales (L.L., t. 100, pág. 764; t. 102, pág. 814; t. 104, pág. 544, entre otros citados por el autor ante mencionado).

Ello quería decir que, si los bienes "gananciales" eran adquiridos con "el trabajo personal" del cónyuge que los produjo (con la nueva terminología del art. 1276 que reemplaza la de la ley 11357 derogada), y éste era el supérstite, no necesitaba hacer sucesión del otro cónyuge, porque si los bienes no eran gananciales, eran de él. En cambio, si el productor de los bienes después de la separación de hecho era el muerto, el otro no tenía derecho a presentarse a recogerlos ni aun en los términos del art. 3572. Todo ello si mediaba convenio que de común acuerdo se separaban de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hecho.

Fuera del caso del convenio, la investigación que, apartándose de la jurisprudencia, parecía preconizar el último párrafo del art. 1306 produjo una tanda de rechazos sobre la bondad de los títulos de trabajadoras señoras que habiendo reunido sus ahorros después de varias decenas de años de trabajo, después de separadas y solicitando un crédito al Banco Hipotecario Nacional (ejemplo que conozco, porque participé en su cuerpo letrado), querían construir sobre el terreno que habían adquirido o ampliar, para los hijos que habían criado, un piso de la vivienda que habían edificado con el producido del trabajo después de la separación de hecho. Como para gravar necesitaban el consentimiento del cónyuge, y no había constancia que éste hubiera muerto, el problema se hizo insoluble en los primeros casos en que los Tribunales rechazaban las venias para hipotecar, alegando que el art. 1277 sólo contemplaba el supuesto de que el cónyuge se negare a otorgar la conformidad, y no simplemente hubiera desaparecido "de los lugares que frecuentaba", como acostumbra a decir la crónica policial. Hubo casos en que sugirió que para constituir la hipoteca ¿se tramitara una ausencia con presunción de fallecimiento del marido! (a eso lleva legislar sin estadísticas y sin conocimiento de la proporción entre defraudaciones y casos normales de enajenación). (De allí la jurisprudencia de que, para una hipoteca de saldo de precio que permite "adquirir" un bien para la masa, no se necesita el consentimiento del cónyuge, y muchas de las excepciones del art. 1277, de las que se ha hecho eco el derecho, siguiendo nada más que situaciones normales de la vida de relación.)

Lo cierto es que, cuando no media convenio sobre la separación de hecho (debía agregarse que tuviera fecha cierta), el productor de los bienes era su dueño. Sólo que el parásito, para poder participar en su liquidación, debía probar que la separación no había sido provocada, ni querida, ni consentida por él.

Esta disposición contraría la lógica más elemental, porque, aun poniéndonos en el supuesto sólo académico de la "inocencia" de la separación de hecho, lo único que justifica la participación del marido en los bienes obtenidos por el trabajo personal de la mujer es su colaboración en la vida común de ambos. Los ejemplos podrían multiplicarse; pero la razón de ser que la mujer puede ahorrar, o, en épocas de inflación, invertir, es que simultáneamente con lo que gana el marido con el que conviven juntos (la redundancia es para subrayar el sentido contrario a la separación de hecho), lo usa para consumir (que aquí es lo opuesto a invertir), es decir: comer, vestirse, internarse, curarse, tener esparcimientos. Y no sólo eso, sino tener la seguridad de que hay alguien en quien pueda apoyarse para defender su buen nombre, alguien que la defiende hasta físicamente de las agresiones cada vez más frecuentes de la vida moderna, y que se integra espiritual, sexual y síquicamente con ella.

Sin esa colaboración, ella no puede "invertir" normalmente. Si lo hace, constituirá una ya común hazaña de sacrificios, privaciones, abstenciones dolorosas, graves vacíos espirituales, en la que de ninguna manera, por más inocente que haya sido el otro de la separación, tiene derecho a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

participar, porque se trata de otro problema.

En aquel caso se trató de la convivencia que pudo haber fracasado por culpa de la mujer, porque, ante la inercia de su marido, ella lo injuriaba aun "ante terceros..."

Pero cuando el abúlico inocente se fue (por causa justificada: las injurias), ella comenzó a desarrollar sus talentos, iniciativas, su firme voluntad, e hizo un patrimonio sola. En la mayoría de los casos, criando a sus hijos. ¿Algún legislador le puede reconocer al marido, que no planteó el juicio de divorcio, ni intimó su vuelta al hogar, algún peso de lo que ganó su mujer sola? No tendría sentido. Sería de una injusticia objetiva.

Pero se cree que mejora la conducta del abúlico injuriado si prueba que no había sido "provocada, ni querida por él." En ese caso, el abúlico tinterillo que ni pasa alimentos porque la mujer gana más que él y mantiene a los hijos de ambos, puede seguir medrando en su cargo de rutina, porque, si su mujer llega a la fortuna, la mitad será de él (art. 1306, párrafo 3º, Cód. Civil) . Esa falsa conclusión es producto de dos errores: 1. El concepto de "inocencia" de la separación de hecho. 2. Lo que se entiende por prueba de la separación.

En el artículo publicado en la Revista Jus, año 1962, nº 2, pág. 77, de Doctrina, La Plata, "Naturaleza y fundamento de la acción de divorcio y su proyección sobre las conexas", decíamos, en la pág. 78, "que el fracaso matrimonial que desemboca en una imposibilidad de convivencia es el resultado de un largo proceso de alejamiento en el que inciden múltiples factores psíquicos, biológicos, sociales y temperamentales que siempre pujan, positiva o negativamente cada vez que en el engarce de la monogamia aparecen un hombre y una mujer." "Que el hecho crítico, uno de los previstos en el art. 67 de la ley, que marca el fin del proceso aludidos es en realidad imputable a ambos cónyuges, si bien las apariencias presentan al menos fuente o al de menos carácter, educación o cultura, como autor indiscutido del mismo".

"De tal manera surge de la experiencia diaria de la vida real, que, salvo contadísimas excepciones, en sentido lato, culpables del divorcio son ambos cónyuges, si bien la ley debe detenerse a prever sólo los hechos notables, y el juez, a valorar sólo los probados."

Si esto es cierto para el divorcio con un culpable declarado por sentencia, en el que la esposa inocente, dechado de virtudes domésticas y cívicas, era insoportablemente cargosa con celos infundados, o, al cabo de pocos años, se había puesto de figurín en obesa, o le daba por el snobismo o la figuración social, o, siempre en sus ratos libres, se ocupaba de los gatos persas abandonados, etcétera, con la que no se puede concretar algunos instantes de paz hogareña, y de la que resultan víctimas no sólo el cónyuge, sino también los hijos, es rigurosamente cierto que no puede ser considerada inocente de la separación de hecho. Lo que sucede es que, generalmente, en estos casos, ante el hecho extremo de la huida del hogar, del enamoramiento de la vecina, o hasta del ojo morado por la violencia, el "inocente" teme que descubran sus desencadenantes hobbies, aunque al otro lo declaren oficialmente culpable, y se abstiene de iniciar el divorcio. Si

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no, sería y es absurdo que su pudor de no sacar los trapos al sol en vida, se concluya cuando el otro muera; que al no querer ventilar los hechos, porque podrían enterarse los hijos (inverosímil actuación de ir a buscar al archivo de Tribunales los autos de divorcio), mientras el padre vive, se lo digan directamente en la sucesión en que los hijos se convierten en opositores sin atenuantes de la madre, disputándose los bienes dejados por el presunto "culpable" de la separación de hecho.

6. Terminología. Por eso, era más sensato aplicar el rigor del término del lenguaje jurídico y entender por "culpable de la separación de hecho" al que no inició el juicio de divorcio. No porque todos tengan la obligación de hacerlo, sino porque nadie puede separarse o separar a los cónyuges porque le da la gana. Es decir, sin causas graves, sin causales de divorcio, sin siquiera discusiones. Máxime actualmente (después de la ley 17711), que se puede efectuar sin acusaciones, sin disputas, sin enemistades, pero, eso sí, con causas graves.

Incluso, el art. 53 contempla casos de autorización del juez para la mujer de no vivir con el marido, "con conocimiento de causa".

La acción de divorcio, que consiste en lo que establece el art. 64, "la separación personal de los esposos", caduca con la vida de uno de ellos porque es remedio de una convivencia imposible o peligrosa. Disuelto el vínculo, no tiene razón de ser.

Los que interpretan que después de la muerte pueden buscar un culpable de la separación no hacen otra cosa que iniciar un divorcio post mortem.

El art. 3843 del Cód. Civil sanciona con la revocación de los legados por causa de ingratitud, al legatario que [...] 3º) ha hecho una injuria grave a su memoria. (Ver también art. 4034, en el que se trata de la prescripción de esta acción.)

Si ya se hubiera liquidado la sociedad conyugal, como vimos que era factible cuando se convenía la separación sin voluntad de unirse (se venden o adjudican por vía indirecta los existentes y en lo sucesivo cada bien es del que lo adquiere), sería una grave restricción a la libertad de disponer que a un cónyuge separado de hecho, al que la ley le da libertad absoluta de testar, si no hubiera hijos, se le redujera dicho derecho a la mitad de los bienes relictos que constituye la legítima de la cónyuge, la que, contra la voluntad del causante, lo sucedería dos veces en los bienes, y no había vivido con el causante un matrimonio legítimo.

7. Los argumentos contrarios, sobre todo en relación con la carga de la prueba. No es cierto que la sucesión entre cónyuges sea una característica del derecho sucesorio. Bien claro debe quedar que la liquidación de los gananciales es algo totalmente distinto del derecho sucesorio de un cónyuge con respecto al otro. Basta para ello leer la nota al art. 3572, en la que sólo "la viuda pobre e indotada sucede al marido, aunque haya hijos, en plena propiedad, hasta la cuarta parte de los bienes, sin que ésta pueda exceder el valor de 100 libras de oro. La observancia de esta ley ha sido siempre muy dudosa." Continúa relatando la nota que la viuda pobre e

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

indotada, cuando le quedaban tres o menos hijos, obtenía el usufructo de los bienes del marido. Si los hijos fuesen cuatro o más, el usufructo se reducía a una parte igual a la de cada uno de los hijos. Faltando hijos y descendientes, la viuda sucedía en la propiedad de la cuarta parte, aunque quedasen hermanos y ascendientes.

Ello, que venía del derecho romano, da la pauta del verdadero fundamento sucesorio: que la voluntad del causante se prolongase en una persona que continuara su persona, haciendo el uso o afectación que el de jure hacía de sus bienes. Nunca, pues, en ausencia de la voluntad explícita expresada en testamento, la voluntad presunta expresada por la ley iba a entregarle los bienes a sus enemigos o a quienes lo difamaban después de muerto (ver una marcada similitud con el citado art. 3843 que sanciona a quienes injurien la memoria del causante). Ello sería profundamente contrario al fundamento del derecho sucesorio. Por otra parte, dentro de la legislación positiva se miró con disfavor sucesorio, en base a ello, el matrimonio in extremis.

La excelente, objetiva, minuciosa jurista María Josefa Méndez Costa ("De nuevo sobre la exclusión hereditaria conyugal por separación de hecho", J.A. del 21/2/1981, nº 5139, pág. 8), reconoce, en el capítulo II de su excelente trabajo, que la violación del deber de cohabitación es ilícita (contraría a los artículos 51 y 53 de la L.M.C.), pero no le atribuye la consecuencia inmediata, como es la de invertir la carga de la prueba.

Es decir, si la situación está enmarcada en una causal de exclusión (la separación de hecho, que existe, que se ha vivido) que es ilícita, el que pretende borrar su ilicitud por vía de la inimputabilidad, es quien pretende ampararse en una situación no probada, cuya apariencia probada es ya un dato del problema y, por lo tanto, es a él a quien incumbe probar que la apariencia ilícita no le es imputable.

La opción del ofendido a dos "extremos": el sacrificio o el "divorcio", no es una monstruosidad que se le ha ocurrido al suscrito, sino la historia del matrimonio monogámico indisoluble de la civilización occidental.

No es, en general, en la legislación comparada el matrimonio fuente de vocación sucesoria. Pero en todas partes está claro que siempre que se heredan, el que queda vivo generalmente está a los pies de la cama del que muere. Los suntuosos regalos de herencias a cónyuges que viven muy lejos del muerto son un engendro tercermundista. Prueba de ello son todas las argumentaciones a las que recurren para demostrarlo, que nada tienen que ver con los carriles institucionales civiles del derecho sucesorio, ni del derecho matrimonial.

Constituye una petición de principio afirmar que los cónyuges que han violado los artículos 51 y 53 de la ley 2393, conducta que se ha obtenido acuerdo en llamar ilícita, no debe considerárselos en culpabilidad concurrente "por la lógica y razonable suposición de que la conducta de los particulares armoniza con las exigencias normativas".

Tampoco es cierto que el separado de hecho tenga la posesión de la herencia en virtud del art. 3410. Este artículo se basa en una presunta publicidad (es público y notorio en la zona, en la ciudad) y se daba entre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ascendientes y descendientes legítimos (ver nota al art. 3410) (la ley 17711 la amplió al cónyuge) sobre cuyo estado de parentesco no había duda alguna. Sobre la posesión del estado de cónyuge, es equívoco. Pero, de todas maneras, aun cuando se limitara a ser "posesión" del estado (concubina romana o barragana colonial), ésta debía vivir con el causante a la época del fallecimiento de aquél, sin lo cual no podía de ninguna manera funcionar el art. 3410 con respecto a la cónyuge o pseudocónyuge. (Ello era factible con respecto a los ascendientes o descendientes que podían o no vivir con el causante, pero era público y notorio su vínculo.)

La falta de la voluntad de unirse está claramente contemplada por el art. 918 del Código Civil, que sin lugar a dudas establece que para desvirtuar una conducta que crea una presunción de culpabilidad (en el caso, falta de voluntad de unirse) es necesaria una protesta o declaración expresa contraria.

En el caso bastaría el ejercicio, por el marido, de la facultad contenida en el art. 53: no solamente pedir las medidas necesarias para el reintegro al hogar por la vía judicial, sino su simple intimación fehaciente bajo apercibimiento de negarle alimentos provisorios para ella.

Para la mujer, el pedido judicial de que la eximan temporariamente de vivir con su marido, porque exista peligro para su vida (clima, por ejemplo, para determinadas dolencias), está indirectamente expresando su voluntad inequívoca de seguir unida a él en matrimonio. Pues no seguir la directiva legal la haría incurrir en abandono voluntario o malicioso, ya que la ley ha dispuesto que el riesgo lo aprecie en concreto el juez, antes de producirse la separación y como medida preventiva.

En cambio, el pedido de alimentos de una mujer a su marido que ha abandonado el hogar, sin la previa demanda de divorcio, es o constituye, a mi criterio, una clara presunción de que se está de acuerdo con el alejamiento de hecho. De otra manera, o reclamaría que se le intimara la vuelta al hogar, por no existir causales de divorcio, o por medio de éste se trataría de encontrar con su capital ganancial no liquidado. Recordar que le hemos dado ese sentido al art. 67 bis, en el que existen dos intimaciones a reanudar la vida en común, frente a frente, de los cónyuges, y tan serias y dificultosas que el juez no las tome como rutinarias y se preocupe realmente de remover todos los obstáculos no sustanciales de reanudación de la vida en común.

Por otra parte, pienso que sigue vigente la separación provisional excluyente de la vocación hereditaria, que no era otra cosa que el pedido de exclusión del hogar del art. 68, que, cuando sucede, no hay duda de que no existe voluntad de unirse de ninguno de los dos (uno de los elementos creados por la doctrina alrededor del art. 3575).

Con ello volvería la coherencia al ordenamiento, porque no se heredan los culpables entre sí o el culpable de la separación legalizada en la que consiste el art. 64 (divorcio no vincular). En caso de no existir voluntad de unirse, tampoco hay herencia para ninguno (caso de la separación provisional expresada fehacientemente en juicio de divorcio contestado). Cuando en la separación de hecho existe prueba fehaciente y anterior al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fallecimiento de la voluntad de unirse por uno de los cónyuges (un art. 67 bis fracasado, en que se solicitara expresamente la audiencia, manifestando que existe especial interés en la reconciliación, podía ser el caso) y de su inocencia de la separación de hecho (en juicio de divorcio contradictorio y anterior con prueba), sólo en este caso excepcional un cónyuge separado de hecho podrá heredar al otro.

El suscrito, durante épocas anteriores a la ley 17711, no sólo solicitaba separaciones provisorias ab initio (para prevenir claramente un planteo sucesorio, en caso de fallecimiento durante el pleito), sino que en dos casos, luego de haber quedado firme el decreto inicial de separación provisional, ha pedido su ejecución. Ello porque consideraba una prerrogativa de la ley su petición, sin necesidad de la prueba previa que antes se exigía para decretar la exclusión del hogar.

En relación con las consideraciones críticas de la tesis de la Sala, efectuada por la cordial y extraordinariamente minuciosa doctora Méndez Costa, es necesario tener en cuenta que, como es rigurosamente cierta su afirmación de que en muchos casos la abnegación del inocente es "inidónea" (sic) para retener al culpable, mi personal experiencia estadística es que también hay casos en que sólo hay reconciliaciones serias cuando se logran iniciando el juicio de divorcio. Hay hombres, y también mujeres, que no entienden de consejos y admoniciones frente al dominio psíquico espiritual que tienen sobre su pareja. El marido déspota, muchas veces, ha confesado que nunca creyó a su dócil mujer capaz de iniciar una demanda de divorcio. Un caso bastante difundido en materia de honorarios de abogados ("Luján de Grinfanti María del C. c/Grinfanti Carlos A.", C.N.Civ., Sala B, octubre 9 de 1977, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1978, tomo XXXVIII, nº 1), es uno de los tantos en que sólo el juicio de divorcio provocó la reflexión que lleva a la reconciliación. Viceversa, la mujer dominante que le exige al marido cuotas partes desproporcionadas en la sociedad conyugal, amenazándolo con la privación de los hijos, y extrajudicialmente en el estudio de sus abogados (los de la mujer) le hace hacer transferencias de acciones o poner inmuebles a nombre de terceros, el shock provocado por la repentina demanda de divorcio iniciada por el "infeliz" marido, ateniéndose a todos los requisitos legales, la llevan a una feliz reconciliación, de la que a veces resultan propósitos firmes y experiencias duraderas.

Por el contrario, eso de que la separación de hecho es "de resultados menos totales" puede tomarse al pie de la letra. Sólo confusiones de bienes, de los que no se sabe si el otro cónyuge tendrá participación o no. Los regímenes de visitas incumplidos y sin sanción. No se sabe quién es quién, ni de quién es lo que existe.

Por supuesto que no es obligatorio iniciar divorcio, ni con la sustancia eminentemente reconciliatoria del art. 67 bis (bien manejado e interpretado), pero el que tiene ese pudor de no querer acusar a su cónyuge, que lo siga teniendo y se abstenga de heredar.

La objeción efectuada por la doctora Méndez Costa a mi tesis - que es la legal -, de que el art. 3575 como norma queda privada de contenido, es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inexacta.

En varios fallos de la Sala de la Excma. Cámara Nacional en lo Civil a la que pertenezco, no ya los de mi vida profesional, sino solamente los publicados por revistas jurídicas, el marido resultó vencido por mayoría, pero en uno de ellos, a mi criterio (ver mi voto), fue la familia de la cónyuge la que la instó al divorcio después de su internación, por problemas psíquicos, y de treinta y tres años de matrimonio. El marido no reconvino y manifestaba que quería seguir viviendo con su cónyuge. Los parientes no lo dejaron y fue declarado culpable por injurias de dudoso juzgamiento (L.L., 7/2/78, causa N° 75.365, de 13/12/77). De haber triunfado el marido, al rechazarse la demanda, y haberse negado la mujer a reintegrarse a la vida en común, se hubiera dado el caso del art. 3575 en favor del marido.

Lo mismo en el caso en que no se hizo lugar a la demanda de divorcio de una señora de ochenta y dos años que hacía sesenta que estaba separada de su marido (L.L., fallo N° 75.397, Cám. Civ., B, 21/2/78). Si hubiera aparecido su marido, perdonando el abandono del hogar que ella confesaba y queriendo restituirse a la vida en común se hubiera configurado la situación antes aludida.

En igual sentido se expide el fallo N° 30.732, de 14 de abril de 1978 (E.D., 7/6/78), aunque por aplicación al caso del art. 76 bis, antes se relató en el voto todo un proceso fáctico en que se da el supuesto del art. 3575, en el que el marido puede probar por juicio de divorcio anterior que la mujer es culpable de la separación, y, perdonada (desaparecida la causal), en la nueva separación de hecho su intención de continuar la vida en común lo hace caer en el supuesto mencionado.

En otro fallo, la mujer demandada por divorcio, en el acta de una audiencia de conciliación, dice "que no está de acuerdo con la separación" porque no existen causales y, asimismo, manifiesta su deseo de reconciliarse con el actor (E.D., causa N° 30.276, C.N.Civ., B, 29 de Julio de 1977). Si en este caso la demanda del marido resulta rechazada, se da el supuesto excepcional del art. 3575 que se refiere a la separación de hecho.

La doctrina que propugno es la siguiente:

Los cónyuges separados de hecho no se heredan entre si. Ni los separados por separación provisional que se encuentra vigente. La prueba fehaciente y anterior al fallecimiento que prueba la inocencia total del fracaso del matrimonio en convivencia, y la voluntad del inocente real de continuar la vida en común sólo puede probarse por el juicio de divorcio no acogido u otra prueba auténtica que tenga por sí fecha cierta anterior al fallecimiento del causante.