



LA EXCLUSION DE CONYUGE EN EL MARCO DEL ART. 231 DEL CODIGO CIVIL

Autora: Dra. Silvia Guahnon.
Jueza de Primera Instancia en lo Civil de la Capital Federal. Docente de Posgrado de la USAL.

1.- GENERALIDADES

La sola promoción de un juicio de divorcio o separación personal evidencia la ruptura de los pilares en los que se asienta un matrimonio como comunidad de vida. Esta situación crítica por la que atraviesan los cónyuges, hace que la permanencia en la misma vivienda pueda originar situaciones de conflicto que tornen aconsejable tomar medidas de protección para preservar la salud física y psíquica de los integrantes de la familia.

Este es el fundamento de la medida de exclusión y atribución del hogar conyugal, contemplada en el art. 231 del Código Civil que en su parte pertinente dispone: *“Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes e ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal o ser reintegrado a él ...”*.

Esta medida apunta a evitar el agravamiento de la crisis, pues ante la promoción de un juicio de divorcio o durante el mismo, máxime cuando se formulan imputaciones de gravedad, se presume un estado de cosas de gran tirantez, que de por sí tornan aconsejable la inmediata supresión de todo posible contacto, aún cuando más no fuera, a fin de no agregar a la discordia

familiar un nuevo factor que pueda acentuar el deterioro de las ya alteradas relaciones del matrimonio¹.- Así, en principio se justificaría la decisión preventiva de atribuir la vivienda a uno de ellos y excluir al otro.

La medida analizada no solo comprende la exclusión del cónyuge, cuando ambos conviven en el mismo ámbito, sino que su texto también aprehende la hipótesis de que alguno se haya retirado y luego intente el reintegro, previa exclusión del que mantuvo la ocupación².

Es importante destacar que en este artículo analizaremos la exclusión del hogar dentro del ámbito del derecho matrimonial y en los términos del art. 231 del Código Civil, pues también se puede solicitar y disponer la exclusión del hogar en el marco de las leyes de protección contra la violencia familiar, y que no impone como presupuesto la existencia de un matrimonio, sino que aprehende también las uniones de hecho, cuyo análisis excede el ámbito del presente.

Los antecedentes de la norma en análisis, siguiendo a Kessler³, provienen del original texto de Vélez en el art. 205 del CC, que establecía la forma en que debía alojarse a la mujer, pues era la esposa quien debía dejar el hogar que ocupaba el matrimonio y su “depósito en casa honesta”.

A partir de los avances del reconocimiento de los derechos de la mujer, se facultó expresamente al juez a decidir si alguno de los cónyuges debía retirarse del hogar conyugal, con lo que se consagró la posibilidad que tanto el hombre como la mujer pudieran ser excluidos del mismo, lo que tuvo recepción legislativa en el art. 68 de la Ley 2393, introducida por la reforma de la Ley 17.711.

La sanción de la Ley 23.515 de Matrimonio Civil, en el art. 231 del CC, introdujo la posibilidad expresa (aunque implícitamente ya era reconocida con la legislación anterior) de reintegrar al cónyuge que se hubiere retirado del hogar por algún motivo.

Esta norma se ve complementada con el art. 199 Código citado reformado, que establece que *“Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos”*.

Si bien coincidimos con Bossert y Zannoni⁴ cuando sostienen que “la dispensa judicial del deber de vivir juntos es inaplicable para el supuesto de que medie entre los cónyuges proceso de divorcio o separación personal en trámite o que tal dispensa se pida al juez ante la inminencia de un juicio a iniciarse. Para estos casos, corresponde que el juez decida en los términos del art. 231, es decir, que resuelva a cual de los cónyuges corresponde atribuir la vivienda pero no dispensar a uno u otro del deber de cohabitar”.-

2.- TRÁMITE.

La medida de exclusión de cónyuge legislada en el art. 231 del Código Civil no tiene un trámite previsto en el ámbito de la Nación, a diferencia de lo que ocurre en la Provincia de Buenos Aires, donde expresamente el art.

237 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires lo regula a partir del dictado de la Ley 11.173.

En efecto, el art. 237 bis citado dispone: *“En el supuesto del art. 231 del Código Civil, el juez podrá disponer ante pedido fundado de parte y a título de medida cautelar, la exclusión del hogar conyugal de alguno de los cónyuges o su reintegro al mismo, cuando los motivos fundantes estén sumariamente acreditados y medien razones de urgencia impostergable. Cuando la exclusión o inclusión se promueva como pretensión de fondo antes de la promoción de la demanda de separación personal o divorcio vincular tramitará según las normas del proceso sumarísimo Encontrándose iniciada la demanda, la cuestión tramitará por incidente”*.

De acuerdo a ello, para el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se estableció claramente que tramitará “in audita parte” como medida cautelar cuando los motivos fundantes estén sumariamente acreditados y medien razones de urgencia impostergables, ya que el clima de convivencia resulta insostenible y no admite demora. Como pretensión de fondo tramitará por las vías del proceso sumarísimo, cuando la articulación tiene lugar antes de promoverse la demanda de divorcio o separación personal. En cambio, si éstas se encuentran iniciadas, el requerimiento de exclusión tramitará por la vía de los incidentes.

Esta solución en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires ordenó las distintas posturas en torno a la naturaleza jurídica de la exclusión de cónyuge, pues algunos autores como Gabino⁵ sostienen que siempre se trata de una pretensión de fondo, debiendo necesariamente anoticiar a la parte contraria, excluyendo el dictado de la misma como cautelar.- Para otros autores de la valía de Zannoni⁶, la exclusión de uno de los cónyuges durante el juicio de divorcio es medida cautelar, encuadrándolo dentro de las medidas innovativas .

Al no existir una norma expresa como la del art. 237 bis del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, entendemos, siguiendo a Zannoni, que la exclusión del hogar legislada en el art. 231 del CC tramita como una medida cautelar justamente por su provisoriedad, ya que la pretensión de fondo de atribución del hogar conyugal se va a resolver junto con el dictado de la sentencia definitiva en el juicio de divorcio o separación y mientras esto ocurre, por la situación de tirantez existente entre los cónyuges, se puede disponer provisoriamente quien de ellos permanecerá en el hogar y quien se debe retirar del mismo.

Ello no obsta que se pueda sustanciar el requerimiento con la otra parte por medio de un traslado previo, o la fijación de la audiencia respectiva, pues una de las peculiaridades de las medidas cautelares en el derecho de familia es que no se decretan en todos los supuestos “inaudita pars”, sino que se pueden sustanciar previamente por las graves consecuencias que puede implicarle al afectado.

Es más, en este orden de ideas, y con respecto a la exclusión del hogar en el derecho matrimonial, entendemos que sería conveniente que el pedido *sea sustanciado*⁷ a los efectos de oír a ambas partes antes de resolver sobre tan delicada cuestión como es la de determinar cual de los esposos permanecerá viviendo en el hogar conyugal.

Distinta es la solución que propiciamos en los supuestos en que dicha medida tenga su fundamento en las leyes de protección contra la

violencia familiar, en las que por la naturaleza de la situación y para evitar que puedan llegar a producirse un daño irreparable, entendemos que podría decretarse “in audita pars”. Ello sin perjuicio del análisis de cada caso concreto.

3.- PRESUPUESTOS PARA SU DICTADO Y JUEZ COMPETENTE.

Los presupuestos para el dictado de una medida de exclusión de cónyuge, como toda medida cautelar, son la *verosimilitud del derecho invocado* que va a estar dada por el título en virtud del cual se solicita (partida de matrimonio o libreta de matrimonio que acredite el carácter de cónyuge).

Con respecto al *peligro en la demora*, la ley exige que se acredite sumariamente “la urgencia” cuando la medida se solicita con anterioridad a la demanda de divorcio o separación personal, debiendo en consecuencia ofrecerse información sumaria que acredite alguna situación de riesgo, algún peligro psíquico o físico que pueda afectar a algún integrante de la familia. Es decir, que existan motivos que razonablemente impidan aguardar la iniciación del proceso para solicitarla.

Este requisito no puede ser exigido una vez iniciado el juicio de divorcio pues basta para el dictado de la medida cautelar de tutela personal la interposición de la demanda respectiva.

No se exige *contracautela* en función de preceptos legales de fondo que no la imponen (ver art. 231 CC) y la naturaleza de la medida.

Si se iniciare con anterioridad a la acción de divorcio será *juez competente* para entender en el pedido de exclusión de cónyuge, el que le correspondería intervenir en el proceso principal (art. 6to. inc. 4to. del CPCCN).

Como toda pretensión cautelar, no está sujeta al trámite de mediación obligatoria, y tratándose de una medida precautoria de tutela personal en concordancia con lo dispuesto por el art. 231 Código Civil, se puede decretar a pedido de parte o *de oficio*.

4.- PAUTAS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL HOGAR CONYUGAL. DURACIÓN DE LA MEDIDA Y RÉGIMEN RECURSIVO.

En primer lugar cabe decir que *no existe preferencia legal para atribuir el hogar a un cónyuge y excluir al otro, por lo que habrá de estarse a las circunstancias de cada caso concreto*⁸. El juez deberá resolver haciendo una ponderación de los elementos traídos sin que se puedan establecer fórmulas fijas y estancas.

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia mayoritaria se inclina a dar prioridad, en el caso de la existencia de hijos menores, a aquel que goza de la tenencia provisoria de los mismos. Es decir, se da preferencia a la protección del grupo familiar más numeroso.

Es que, como se sostuviera, las medidas de tutela personal en el derecho de familia, no pueden acogerse en forma aislada, sino que están muchas veces íntimamente relacionadas entre si, como en el supuesto de la atribución del hogar conyugal y la guarda o tenencia provisoria de los hijos

menores, pues para decidir acerca de una de ellas se deberán ponderar las circunstancias de la otra.

También se tendrán en cuenta las características de la vivienda sede del hogar conyugal, pues si es de grandes dimensiones y con posibilidad de ser habitada con independencia por cada cónyuge, se podría ordenar la permanencia de ambos en el mismo inmueble en lugares separados (siempre que otras circunstancias no los expusieran a situaciones de riesgo).

Otra pauta orientadora para resolver tan difícil cuestión, va a estar dada por la preferencia de atribuir el hogar al cónyuge que desempeñe sus tareas laborales en la vivienda, como por ejemplo los que tienen un negocio o taller, pues está íntimamente vinculado con los medios de subsistencia de la familia, ya que si se excluye a dicho cónyuge no solo se infringiría un perjuicio económico al excluido, sino también al núcleo familiar, incluyendo a los hijos menores si los hubiere, pues se los privaría del sustento.

También cabe tener en cuenta como pauta, si alguno de los cónyuges padece de una enfermedad que le imposibilite desplazarse y ser ubicado en otra vivienda, ó si la misma se encuentra adaptada a las características o imposibilidades físicas de alguno de los cónyuges (por ejemplo que cuente con rampas, ascensores, etc.).

Asimismo, deberá ponderarse si uno de los esposos posee varios inmuebles donde poder habitar o cuenta con mayores recursos económicos para poder desplazarse.- Alguna jurisprudencia ha establecido que tiene preferencia la mujer, pues el hombre es más apto para enfrentar la situación.

Con respecto a la titularidad del bien, a modo de ejemplo si es un bien propio de alguno de ellos, en principio no tendría incidencia existiendo las circunstancias apuntadas en los párrafos precedentes, en especial la existencia de hijos menores, pues la decisión es preventiva y provisoria hasta que recaiga sentencia definitiva atribuyendo el hogar conyugal.

En cuanto a la *duración de la medida de exclusión del hogar*, si bien no resulta de aplicación la caducidad legislada en el art. 207 del CPCCN cuando se solicitare antes de la demanda de divorcio, podría el juez fijar un plazo para que quien obtuvo la medida, promueva la demanda de divorcio o separación personal con la correspondiente atribución del hogar conyugal como pretensión de fondo, bajo apercibimiento de ordenar su levantamiento.- Por supuesto, si el juicio de divorcio o separación personal se encontrare iniciado, la medida subsistirá hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Con relación al *régimen recursivo*, tratándose la resolución cautelar de exclusión de cónyuge de una providencia simple, puede ser objeto del recurso de reposición o revocatoria, para que el mismo juez o tribunal que la dispuso la modifique o revoque por contrario imperio (art. 238 CPCCN).- El recurso se debe interponerse en el plazo de tres días y deberá fundarse en el mismo escrito de interposición. Este recurso permite el ofrecimiento de prueba dándosele de esta manera trámite de incidente.

También es procedente el recurso de apelación, ya sea en forma directa o subsidiaria del de revocatoria. De hacerse lugar a la exclusión del hogar conyugal, se concederá el recurso de apelación en relación (por no tratarse de sentencia definitiva en proceso ordinario) y al solo efecto devolutivo, lo que importa la ejecución inmediata de la orden judicial ínterin y sin perjuicio de la apelación deducida⁹.

La decisión judicial de exclusión podrá ser ordenada para su ejecución en forma inmediata, ya sea ordenándose notificar al afectado y librándose el correspondiente oficio a la Comisaría de la zona para que preste la colaboración necesaria en caso de resistencia o por medio de mandamiento con intervención de un Oficial de Justicia. También podrá fijarse un plazo para su cumplimiento, vencido el cual se podría ordenar el lanzamiento, pudiendo requerirse el auxilio de la fuerza pública en caso de resistencia por parte del excluido.

La experiencia nos indica, que no es una resolución fácil de tomar, teniendo en cuenta todos los valores que hay en juego, sobre todo los perjuicios para el cónyuge excluido como el desarraigo y las dificultades en el orden práctico de procurarse otra vivienda, máxime teniendo en cuenta la crisis socio económicas por la que pueda atravesarse.

De cualquier modo siempre será una decisión provisoria que puede ser modificada en cualquier momento si variaren las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su dictado (art. 203 CPCCN), sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva que atribuye el hogar conyugal.

Citas

1.-Kielmanovich, Jorge, *Medidas Cautelares*, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs.As. 2000, p.179; ver asimismo C N Civ Sala E 06/11/80 “C de G, G c/ G.O.R” ED 92-207;C N Civ Sala D 20/08/84 “F de Z c/ Z.H.E”; LL 1985-C-648

2.- De Lázzari, Eduardo, *Medidas Cautelares*, Ed. Platense, p. 4

3.- Kessler, Luis Antonio, *Medidas cautelares en la crisis conyugal*, Lerner Editora Córdoba, 1996, p.113/114.

4.- Bossert Gustavo A., y Zannoni, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*, 5ta edición actualizada, Astrea, Bs.As. 2000, p.207

5.- Gabino, Guillermo R., *Exclusión del hogar conyugal*, ED 39-1157

6.- Zannoni, Eduardo, *La exclusión de uno de los cónyuges del hogar durante el juicio de divorcio y separación personal es medida cautelar*, LL 13/09/98

7.- De Lázzari, Eduardo, *Medidas...*, cit., p. 8/9. CNCiv., Sala C. LL,1985-D-582.

8.- Belluscio Augusto C.,y Zannoni Eduardo A., *Código Civil comentado, anotado y concordado*, Astrea, vol. I, p. 725/726.

9.- Morello Augusto M.; Sosa Gualberto L. y Berizonce Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado*. Editora Platense- Abeledo Perrot, Bs. As. 1986, T. II C, p. 1042; De Lázzari, Eduardo, *Medidas...*, cit., p. 22.