

Dictamen de la Procuración General:

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín confirmó el pronunciamiento apelado -v. fs. 212/221 vta.- que, en lo principal, hizo lugar a la demanda de divorcio vincular promovida por I. I. R. contra M. R.L. , por culpa exclusiva de éste último a quien encontró incursión en las causales de adulterio e injurias graves y, en su consecuencia, acogió la reclamada indemnización por daño moral efectuado por la actora -v. fs. 250/256 vta.-.

Se alza el vencido -con patrocinio letrado- mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley -fs. 264/266- con sustento en la violación y errónea interpretación de los arts. 198, 202 inc. 1º, 204, 214 del Código Civil, dirigiendo su embate, principalmente, a cuestionar la solución propiciada por los sentenciantes en orden al mantenimiento del deber de fidelidad de los cónyuges cuando, como en el caso, se encuentra acreditada la separación de hecho por más de tres años.

Aduce en tal sentido que, *"...El segundo párrafo del art. 204 del Código Civil al permitir la introducción de una o varias causales subjetivas dentro del régimen de resolución objetivo, determina que las conductas que se han de meritar son las*

anteriores al momento en que se produjo la separación de hecho de los esposos. Producida la separación de hecho de los cónyuges, el plazo razonable para dar por extinguido el deber de fidelidad es el de tres años, puesto que transcurrido ese término se puede demandar el divorcio y contraer nuevo matrimonio, con lo cual queda de manifiesto que la ley legitima la posibilidad de la nueva unión..." - v. fs. 264 vta./265 y fs. 265 "in fine"/265 vta.-.

Sostiene que no pretende asimilar los efectos de la separación de hecho a los del divorcio, más cree ilógico que la separación de hecho no afecte necesariamente los deberes impuestos por el matrimonio, no pudiendo reducirse a una mera causal de divorcio, cuando, precisamente, concluída la convivencia de los esposos resulta imposible e irreal predicarse la subsistencia de un deber, el de fidelidad, que reposa en aquélla.

Finalmente, invocación de absurdo mediante, reprocha el daño moral acordado a la actora por cuanto entiende que el mismo no ha sido acreditado en autos.

El recurso, en mi opinión, no puede prosperar.

En efecto. Determinar la existencia de las causales de divorcio alegadas en la

demanda o reconvención, así como la valoración de la prueba en general, constituye una típica cuestión de hecho, que únicamente puede ser revisada en casación en el supuesto de absurdo (conf. S.C.B.A., causa Ac. 81.625, sent. del 19-II-2002; Ac. 80.131, sent. del 29-XII-2004; e.o.). Es decir, el recurrente tiene la carga de demostrar la existencia del error de magnitud excepcional que permita calificar de absurdo lo decidido por el tribunal a quo, vicio éste que no logra ser acreditado por el impugnante con la sola exposición de un punto de vista personal discordante al expuesto por el a quo y que no encuentra -por otra parte- sustento legal expreso en nuestro régimen normativo.

Es que, "no cualquier disenso autoriza a tener por acreditado el absurdo, ni tampoco puede este Tribunal sustituir con su propio criterio al de los jueces de mérito. El vicio de marras no queda configurado aún cuando el criterio del sentenciante pueda ser calificado de objetable, discutible o poco convincente, porque se requiere algo más: el error grave, grosero y manifiesto que conduzca a conclusiones inconciliables con las constancias de la causa" (conf. S.C.B.A., causas Ac. 74.596, sent. del 19-II-2002; Ac. 82.487, sent. del 18-XI-2003, Ac. 87.026, sent. del 16-VI-2004, Ac. 86.829, sent. del 7-III-2005 y Ac. 91755, sent. del 8-III-2007; e.o.).

El hecho de que el presentante haya sido considerado incurso en las causales de adulterio e injurias graves tras quedar acreditada la convivencia con la Sra. L. R. con quien tuviera una hija, constituye una conclusión que no puede ser considerada 'per se' de absurda, siendo insuficiente el recurso que contiene como única crítica una interpretación subjetiva y paralela a la sentada por los juzgadores de segundo mérito la que no acredita, a mi modo de ver, las infracciones legales que denuncia (art. 279 del C.P.C.C.).

Por último, la fijación del daño moral es una atribución privativa de las instancias ordinarias y basta para su otorgamiento -según lo ha puesto de manifiesto V.E. en causa Ac. 81092, sent. del 18-XII-2002; entre muchas otras- "la certeza, en el juzgador, de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión. Su revisión sólo es posible si se denuncia y acredita que al elaborar las conclusiones a él vinculadas se incurrió en absurdo, sin que pueda admitirse que dicha oposición sea un simple disentimiento con lo decidido", tal como aparece denunciado en el libelo de protesta.

Consecuentemente con lo que en breve dejo expuesto, habré de aconsejar a V.E. el rechazo del presente recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 16 de abril de 2007

- **Juan Angel de Oliveira**

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 6 de junio de 2012, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Kogan, Genoud, Pettigiani, de Lázzari, Soria, Negri**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 96.021, "R. , I. I. contra L. , M.R. . Divorcio".

A N T E C E D E N T E S

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda de divorcio interpuesta.

Se interpuso, por la parte accionada, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de

inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

I. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda interpuesta y, en consecuencia, decretó el divorcio vincular de I. I. R. y M. R. L. por culpa exclusiva de este último, a quien encontró incurso en las causales de adulterio e injurias graves (conf. arts. 202 incs. 1 y 4; y 214 inc. 1 del Código Civil).

Asimismo, condenó al accionado a abonar la suma de \$5.000 en concepto de daño moral.

A su turno, la Cámara de Apelación confirmó esa sentencia, en virtud de lo prescripto por los arts. 214, 202 inc. 1 y 1078 del Código Civil.

II. Contra este pronunciamiento la parte accionada, deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denuncia la violación de los arts. 198, 202 inc. 1, 204 y 214 del Código Civil. Alega absurdo.

Considera que la Cámara al afirmar que la única forma en que cesa el deber de fidelidad es obteniendo una sentencia de nulidad, presunción de fallecimiento y/o divorcio, ha interpretado de modo aislado las disposiciones legales mencionadas precedentemente.

Sostiene que de la correcta interpretación

de esas normas se infiere que la separación de hecho, transcurridos tres años, hace cesar el deber de fidelidad y que este es el criterio que han adoptado importantes doctrinarios y parte de la jurisprudencia, al reflejar el "... sentir de la comunidad..." (v. fs. 265).

Por otra parte, en relación a la indemnización por daño moral concedida, invoca la doctrina del absurdo. Aduce que lo decidido no tiene fundamento fáctico ni jurídico y que resulta arbitrario, porque en autos, no ha sido acreditado que efectivamente la conducta del recurrente provocara un daño moral a la actora.

III. Considero que el recurso debe prosperar pues asiste razón al recurrente cuando afirma que existió por parte del juzgador una interpretación fragmentada de los arts. 198, 202 inc. 1, 204 y 214 del Código Civil, como asimismo que aquélla se ha desarrollado fuera del marco social actual y sin tener en cuenta la dinámica del derecho y su necesaria adecuación a los usos y costumbres para evitar que la sentencia quede huérfana de contenido frente a la realidad socio cultural y se constituya en una decisión absurda y arbitraria.

IV. Así, el apelante al interponer recurso de inaplicabilidad de ley ante esta Corte, afirma que hubo por parte del sentenciante una interpretación aislada de las disposiciones que en su fallo menciona: arts. 198, 213,

221 a 223 del Código Civil.

En tal sentido, señala que el 2º párrafo del art. 204 del Código Civil al permitir la introducción de una o varias causales subjetivas dentro del régimen de resolución objetivo, determina que las conductas que han de meritarse son las anteriores al momento en que se produjo la separación de hecho de los esposos (fs. 264 vta./265).

Por otra parte, indica que la Cámara al interpretar el art. 204 del Código Civil estableció simplemente que la separación de hecho no es divorcio y por tanto sus efectos no son asimilables; circunstancia que el recurrente asume como cierta, pero no obstante ello sostiene que no puede desconocerse por parte del juzgador que la separación de hecho afecta necesariamente los deberes impuestos al matrimonio, que tiene como presupuesto ineludible la convivencia, la cual desapareció en su caso hace más de tres años (fs. 265 vta.).

Con el objeto de darle solidez a su postura cita doctrina y jurisprudencia que sostiene el cese del deber de fidelidad en los casos que exista separación de hecho sin voluntad de unirse.

También se agravia el demandado de que se haya hecho lugar a la indemnización por daño moral solicitada por la actora.

V. El tribunal de grado al decidir sostuvo:

"Sólo la sentencia firme que decrete la separación personal o el divorcio vincular **hace cesar alguno de los deberes** conyugales. Mientras tanto pese a la separación de hecho existente -y argüida por el reconviniente- permanecen los de fidelidad, asistencia y alimentos (arts. 198, 206, 217 y sptes., C.C., texto ley 23.515). Es que la separación de hecho, mientras que no adquiera carácter de definitiva como causal de divorcio acogida en sentencia, puede constituir una situación temporaria que **la correcta conducta de los cónyuges es capaz de revertir**, o la violación de los demás deberes conyugales convertir en definitiva' (JUBA B853918 CCO100 SN 940198 RSD-132-94 5 28-7-1994 CCO100 SN 950214 RSD-162- 95 5 22-8-1995)" (fs. 251 vta., todo lo que se halle resaltado me pertenece).

Asimismo señaló: "**En el derecho positivo vigente el deber de fidelidad entre los cónyuge (art.- 198 Código Civil) solo cesa por nulidad del matrimonio, por muerte de uno de los cónyuges, por presunción de fallecimiento y por divorcio vincular** (arts. 213, 221 a 223 Código citado). Existen, no obstante, contadas discrepancias doctrinarias respecto del caso del divorcio y un verdadero debate para el caso de la separación personal. **Pero nadie sostiene que por hallarse los esposos separados de hecho cese el recordado deber de fidelidad**" (fs. 252)

En el mismo orden afirmó: "**Quien pretende**

los beneficios que nuestro sistema brinda al cónyuge inocente cuenta con las acciones correspondientes para recuperar su aptitud nupcial y sus libertades -entre ellas la afectiva y la sexual- sin cortapisas, o algunas de ellas liberándose de ciertos deberes, para procurar se decrete el divorcio vincular o la separación personal. Si omite ello y **unilateralmente y por propia voluntad** se sustrae a la observancia de los deberes matrimoniales, no puede existir agravio de su parte porque la ley lo equipare en su tratamiento con el otro, en tanto el incumplimiento de esa carga -verdadero imperativo de su propio interés- conlleva una renuncia a que sus actos posteriores merezcan una valoración diferente" (fs. 252 vta.).

Concluyó de tal modo: "Así como posesión no es dominio, concubinato no es matrimonio, separación de hecho no es divorcio, y no tienen porqué asimilarse en sus efectos" (fs. 253 vta.).

VI. Es preciso señalar para abordar esta cuestión, que destacada doctrina y jurisprudencia con argumentos afines sostienen el cese del deber de fidelidad ante la separación de hecho sin voluntad de unirse por parte de los esposos.

Así, el reconocido jurista Zannoni afirma: "La abdicación recíproca del proyecto de vida en común, mediante la interrupción de la convivencia sin voluntad de

unirse implica que ambos cónyuges se sustraen para el futuro del débito conyugal, es decir de la entrega física y afectiva que preside la unión sexual. No es esperable, en términos generales, que los esposos separados de hecho sin voluntad de unirse mantengan comunidad sexual alguna.

Siendo esto así, no tendría sentido que cualquiera de ellos imputase al otro adulterio o injurias por las circunstancias de que con posterioridad a la separación de hecho, haya mantenido relaciones sexuales o haya iniciado una convivencia concubinaria. **Nótese que, acreditada la separación de hecho sin voluntad de unirse de los esposos, ninguno puede pretender del otro mantener con él relaciones sexuales. Y tampoco se ameritaría como injuriosa su negativa, a diferencia de lo que acaece cuando se trata de negativa a mantener relaciones sexuales entre cónyuges que conviven. La contrapartida de ello se traduce en la imposibilidad de imputar adulterio o injuria por el hecho que uno de ellos mantenga relaciones con un tercero después de que la convivencia quedó interrumpida sin voluntad de restablecer la vida en común" (Zannoni, Eduardo A., Bísvaro, Beatriz R., "Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho", JA, 1995-III-357).**

En consonancia con esa postura, la doctora Highton de Nolasco sostuvo en un voto disidente cuando

formaba parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F: "Si los cónyuges decidieron de común acuerdo la separación de hecho, sustrayéndose voluntariamente del cumplimiento de determinados deberes maritales, como lo son el de cohabitación y el de débito conyugal, en tales circunstancias, el hecho de la unión del actor con una mujer, aun durante el transcurso de los tres años que la ley exige de separación antes de decretada la disolución del vínculo matrimonial, no puede ser reputada como injurias graves".

Con igual sentido, la Suprema Corte de Mendoza, con los votos de los doctores Aída Kemelmajer de Carlucci, Fernando Romano y C. E. Moyano, en la causa "A.C.C. en jº 25736 G., A. B c/ A.C. p/ divorcio-Daños y Perjuicios s/ Cas." expresó: "En efecto, el deber de fidelidad no sólo supone no tener relaciones con un tercero, sino también darse el débito con el cónyuge durante la convivencia.

Ahora bien, la abdicación recíproca del proyecto de vida común implica que, en tanto no medie reconciliación, 'ambos cónyuges se sustraen para el futuro del débito conyugal, es decir se sustraen de la entrega física y afectiva que preside la unión sexual'. En otros términos 'no es esperable, en términos generales que los esposos separados de hecho sin voluntad de unirse mantengan

comunidad sexual alguna' y por eso uno no puede imputar al otro injurias graves por negarse al débito conyugal. El deber de fidelidad, en su otro perfil debe tener igual solución y, consecuentemente, un cónyuge tampoco puede imputar adulterio o injurias al otro que mantiene relaciones sexuales o ha iniciado una convivencia concubinaria después de producida la separación".

De tal modo, se desprende de las citas realizadas, que el deber de fidelidad y derecho al débito conyugal son dos caras de la misma moneda. Asimismo el débito conyugal supone cohabitación.

Bajo esta perspectiva, debe recordarse que la ley 23.515 erigió a la separación de hecho como causal autónoma objetiva de la separación personal y divorcio vincular y por tanto admite que los cónyuges se dispensen del deber de cohabitación, lo que implica a su vez la desaparición del débito conyugal y la imposibilidad de reclamarlo como causal de injurias graves para el caso de querer llevar adelante un juicio de divorcio controvertido.

En el presente caso la actora reconoció que existía una separación de hecho consentida, que ella misma señaló como mayor a los tres años -3 años y 5 meses- (ver fojas 16 vta.) y describió además que hacía tiempo quería separarse; así lo expresó cuando en su escrito de demanda dijo: "Con los años y la llegada de los hijos, todo se

hacía más difícil para mi, ya que la determinación de una separación no dependía de un impulso, sino de una evaluación conjunta" (fs. 15 vta.).

A partir de ello puede observarse que la actora estaba de acuerdo con esa separación y además continuó más de tres años de tal manera, lo que demuestra su falta de voluntad de unirse, ya que en todo ese tiempo de ningún modo manifestó su deseo de restablecer el vínculo con el padre de sus hijos y en tal sentido cabe concluir que ella asintió y estuvo de acuerdo con el incumplimiento del deber de cohabitación y con la dispensa mutua del débito conyugal.

Otorgan sustento a esta afirmación varias circunstancias, entre ellas que no hizo uso de lo establecido por el art. 199 del Código Civil en cuanto dispone "... Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos".

Es preciso hacer notar que tampoco invocó haber intentado por otros medios reanudar la convivencia, circunstancia que deja en evidencia que carecía de intención de restablecer el vínculo con su marido, de tal modo ambos estaban relevados por su propia voluntad de la cohabitación y el débito conyugal, efectos necesarios que

derivan de la separación de hecho acordada.

De lo dicho se desprenden dos conclusiones que dan razón al recurrente:

1) La separación de hecho está reconocida por la ley, ya que está anunciada como una de las causales objetivas que puede ser invocada para solicitar la separación personal o el divorcio.

2) La separación de hecho no equivale a divorcio, pero tiene efectos incuestionables en razón de la falta de convivencia por parte de los esposos, los cuales son sin discusión: la ruptura de la cohabitación y el débito conyugal. Resta por tanto analizar si a pesar de la dispensa de cumplimiento de aquéllos sigue latente el deber de fidelidad.

VII. Más allá de las citas jurisprudenciales y doctrinales que han sido formuladas y que declaran el cese de dicho deber, considero que la respuesta también se halla en la interpretación conjunta de las normas que regulan el matrimonio, los derechos amparados por tratados internacionales y la Constitución nacional; labor de la que prescindió el sentenciante, tal y como lo afirma el demandado.

A fin de dar sustento a lo que se valorará a continuación, es preciso en principio citar el art. 22 del Código de fondo en materia civil que bajo el título I "De

las leyes" establece: "Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial".

De tal modo, el artículo citado tiende las bases que deben seguirse para la correcta valoración de la normativa civil.

Así, bajo el título I "Del matrimonio", capítulo VIII "Derechos y deberes de los cónyuges" el art. 198 del Código Civil dispone: "Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.". A su vez, dentro del mismo capítulo el art. 199 impone a los esposos el deber de convivencia. En consonancia con este último precepto el art. 200 expresa: "Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia".

Estos son los tres únicos artículos que están a continuación del capítulo "Derechos y deberes de los cónyuges", luego de aquél aparece el capítulo IX "De la separación personal", dentro del cual el art. 204 establece: "Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la

sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente".

En tal sentido, el orden de los capítulos apuntados nos lleva de una relación matrimonial normal a otra que se halla en conflicto, dentro de la cual se admite que los consortes ya no se encuentran viviendo bajo un mismo techo, deberes que se imponían a los mismos en el capítulo anterior tanto en el art. 199 como en el art. 200. El Código está de tal modo reconociendo una ruptura que tiene carácter preexistente respecto a la separación personal, esto es: una situación de conflicto previa al pedido de la misma que llevó a la separación de hecho.

De allí que una interpretación coherente en relación a la sucesión de los capítulos y los artículos que cada uno de ellos contiene, lleva a afirmar que el deber de fidelidad establecido en el art. 198 es requisito insoslayable durante la normal convivencia de los cónyuges, y por tanto esa imposición debe descartarse cuando existe ruptura de la vida en común con inexistencia de intención de retomarla.

Por otra parte, también juega aquí un papel importante lo preceptuado por el art. 217 del Código Civil: "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".

Como puede observarse, esta disposición anuncia la recuperación de un derecho y la pérdida de otro. Dicho en otros términos: establece el recupero de la aptitud nupcial y la pérdida de derecho hereditario. Así, si establece que a partir de la sentencia de divorcio los ex cónyuges recobran su derecho a casarse, al hacer hincapié específicamente sobre ese derecho, debe entenderse que el resto de ellos ya fueron recuperados, lo que incluye los derechos a tener una vida afectiva y sexual, de procrear y formar una familia conforme lo establecen los tratados internacionales; ya que ellos instauran prohibiciones de injerencia arbitraria en la vida privada de las personas (Pacto de San José de Costa Rica y Declaración Universal de Derechos Humanos).

Esta aseveración no sólo deriva de lo hasta aquí desarrollado, sino, y además de la ausencia de texto expreso que imponga la obligación de abstinencia sexual durante la separación de hecho, ya que se torna operativo el art. 19 de la Constitución nacional que en su última parte reza: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

A partir de ello sostengo que la afirmación del tribunal de origen en cuanto señaló: "**Quien pretende los beneficios que nuestro sistema brinda al cónyuge inocente cuenta con las acciones correspondientes para recuperar su aptitud nupcial y sus libertades -entre ellas la afectiva y la sexual-**" (fs. 252 vta.) es errónea, dado que la ley sólo menciona la recuperación de la aptitud nupcial sin referirse a ningún otro derecho y menos aún a sus "libertades", y por tanto un análisis extensivo de dicho artículo con carácter restrictivo, es a todas luces incorrecto por contraponerse con el art. 19 de la Constitución nacional.

Así, de llevarse a la práctica tal postura, esto es si se tiene por cierto que la aptitud nupcial supone las demás libertades, ello equivaldría a afirmar que quien carece de aquélla no tiene ni libertad afectiva ni sexual. Claramente debe descartarse de plano que sea esa la voluntad del legislador y el espíritu de la ley, ya que se contrapone con toda nuestra ingeniería jurídica.

Lo mismo sucede cuando indica: "**En el derecho positivo vigente el deber de fidelidad entre los cónyuges (art.- 198 Código Civil) solo cesa por nulidad del matrimonio, por muerte de uno de los cónyuges, por presunción de fallecimiento y por divorcio vincular (arts. 213, 221 a 223, Código citado)**" (fs. 252); ya que hace

extensivas las causas de disolución del vínculo matrimonial al cese del deber de fidelidad sin que las normas que cita así lo preceptúen, por lo que contraría de ese modo el art. 22 del Código Civil.

VIII. Por otra parte, y además de todo lo que se ha analizado hasta aquí, el demandado denuncia en su recurso la errónea interpretación del art. 204 del Código Civil dado que aquél dispone que las conductas a meritarse son las anteriores al momento en que se produjo la separación de hecho de los esposos y no las posteriores a ella, como fue en su caso.

Da sustento a esta aseveración lo sostenido por la propia Cámara en cuanto al citar jurisprudencia de esta Corte manifestó: "... aún cuando el adulterio se hubiese consumado luego de tres años de la separación ello carece de significado porque el transcurso de ese plazo constituye solo un presupuesto de la acción..." (fs. 254).

Considero que en esta parcela también comete un equívoco el sentenciante. Así, el art. 204 del Código Civil última parte, luego de mencionar la separación de hecho como causa objetiva de separación personal, establece: "Si alguno de ellos alega y prueba **no haber dado causa a la separación**, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente".

A través de la lectura gramatical de esta

norma se desprende que debe tenerse en consideración especialmente si alguno de los cónyuges causó en su momento la separación de hecho.

En el presente caso la infidelidad conyugal no fue causa de la separación de hecho, ya que, como se expuso previamente, aquélla fue de común acuerdo y la unión del demandado con otra mujer se produjo tres años después de la fractura de la convivencia entre ellos, ello así desde que el tribunal de grado asumió que el adulterio se encuentra probado a partir del nacimiento de la hija extramatrimonial.

De tal modo, asiste razón al recurrente en cuanto a que la conducta que le es imputada se configuró con posterioridad a la separación acordada por ambos cónyuges y era, entonces, al momento de la separación inexistente, ya que lógicamente no había acaecido y por tal motivo no puede retrotraerse al momento en que tuvo lugar aquélla.

Así, corresponde afirmar que la infidelidad conyugal no fue "**causa**" de la separación y por tanto debió dejarse de lado su valoración.

IX. Lo manifestado hasta aquí pone de resalto que la interpretación conjunta de los artículos tenidos en consideración, lleva a concluir que el deber de fidelidad no persiste si existe separación de hecho de los

cónyuges sin voluntad de unirse.

Como se expuso anteriormente, de las constancias de la causa surge claramente que la actora estuvo de acuerdo con la separación y que no manifestó por ningún medio su intención de reanudar la convivencia.

La implicancia del acatamiento al estado imperante de cosas tiene gran trascendencia. Así, si avalásemos que luego de ser asumida determinada conducta la misma puede ser dejada de lado sin más, haríamos caso omiso de la teoría de los actos propios y daríamos por tierra con el principio de buena fe, rector de todo nuestro derecho.

En este sentido, la doctrina ha señalado: "Si la separación de hecho es acordada por las partes, la solución parece más clara, en cuanto a que cualquiera de ellos, con posterioridad a la separación de hecho, si pretendiere alegar violación al deber de fidelidad no estaría sino invocando su propia torpeza, en el sentido de que si la cesación de la convivencia ha sido convenida por las partes, no se advierte cómo el cónyuge reclamante puede verse afectado por la conducta desplegada por el otro, luego de la separación de hecho" (Solari, Néstor E., "El deber de fidelidad y el factor tiempo", LL, 2008-E-394).

A través de estas posturas lo que se intenta es proteger la buena fe del cónyuge que pactó el término de

la cohabitación con el otro, debido a que sería un exceso injustificable que luego de dicho acuerdo y pasado un tiempo considerable, le impute una conducta adúltera, ya que esa pretensión parece estar más ligada a una intención especulativa que a demostrar la causa de la separación.

En tal sentido, se ha sostenido en relación al deber de fidelidad: "No hay dudas de que es un deber esencial dentro del matrimonio, pero, relevados los consortes por su propia voluntad de la cohabitación y el débito conyugal, exigir sólo el de fidelidad sería un ejercicio abusivo y contrario a los propios actos" (Chechile, Ana M., "Deber de fidelidad y separación de hecho", JA, 1997-IV-881).

Al respecto cabe señalar que resulta acertada la aplicación en la especie de la doctrina de los propios actos, que deriva del art. 16 del Código Civil. De allí, que es posible afirmar que contraría el ordenamiento jurídico quien ejerce una conducta incompatible con una anterior conducta propia deliberadamente adoptada. Así, la buena fe y el principio de rectitud y honradez veda que se observen actos que ya se han convalidado.

Resta sobre este punto señalar para comprender la envergadura de la postura que se sustenta, que las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003) resolvieron por mayoría: "el acuerdo de separación de

hecho entre los cónyuges implica la cesación del mutuo deber de fidelidad" y: "no es invocable como causal de separación personal y divorcio, el adulterio cometido por uno de los esposos luego de la separación de hecho, sea ésta de común acuerdo, sea que uno de ellos haya impuesto esta situación al otro" (Mizrahi, Mauricio Luis, "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, 2006).

X. Todo lo reseñado hasta aquí demuestra a mi parecer que la ley no ha sido aplicada conforme a derecho, pero no obstante ello, considero también que se ha dejado de lado la lógica, la historia, la costumbre y el bienestar social que combinados fomentan el progreso del derecho y su adecuación a las necesidades de la vida cotidiana de los ciudadanos.

En tal sentido, no he olvidado que el fin tenido en miras por el legislador en relación al matrimonio es su preservación; y es justamente por ello que he decidido votar en el sentido en el que lo haré; ya que de actuar de otra manera lejos de intentar cumplir con el espíritu de la ley, fomentaría la idea del matrimonio castigo que lleva a la disminución del mismo, convirtiéndolo en una institución vetusta sin puntos de conexión con la realidad.

Si mi postura es compartida, debe hacerse lugar al recurso de inaplicabilidad de ley y declarar

abstracto el agravio en relación a la indemnización por daño moral.

En cuanto a la causal de injurias graves, al haberse tenido por consagrada en virtud de la comprobación de la causal de adulterio y habiéndose establecido que la misma no ha existido, aquélla corre su misma suerte.

Por todo lo expresado, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto. Propongo que las costas se impongan por su orden, en atención a la modificación de la doctrina legal (arts. 68, segundo párrafo y 289, C.P.C.C.).

Doy mi voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la doctora Kogan por los fundamentos que desarrollaré a continuación.

De la lectura del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley presentado por el quejoso, se observa que éste centra sus agravios en la aplicación que califica de equivocada del art. 198 del Código Civil, considerando que se vulnera la interpretación actual que realiza la doctrina y jurisprudencia del deber de fidelidad cuando los esposos han interrumpido la vida en común. Veamos.

Con la sanción de la ley 23.515 se

enfrentaron concepciones "difíciles de compatibilizar: de un lado el viejo derecho matrimonial, coercitivo, impuesto heterónomamente y con buena dosis de hipocresía; del otro, un derecho flexible, permeable a las nuevas orientaciones, que fortalece el principio de autonomía en las decisiones conyugales, con una clara reducción del campo dominado por el orden público" (Sup. Corte Just. Mendoza, Sala 1ª, sent. del 17-XII-2008, "G., A.M. y T., M.H.", Lexis 70050417).

Esta dualidad entre viejos y nuevos esquemas matrimoniales se observa en el presente caso.

Desde hace casi dos décadas y en consonancia con los múltiples cambios que ha experimentado la sociedad y la familia, han mutado también los conceptos tradicionales que se fundaban en el matrimonio indisoluble.

Ahora bien, admitida la disolubilidad de las nupcias por la ley 23.515, lentamente, fueron variando algunos conceptos que tenían su origen en la antigua manera de percibir el vínculo conyugal. Como en todo proceso, hay sectores que se resisten a las modificaciones pero -indudablemente- la transformación ya ha sido iniciada. Es amplia la doctrina y jurisprudencia que han acogido esta evolución que no es ni más ni menos que reconocer que las relaciones de familia se sostienen por el afecto y una vez desaparecido éste la coerción al cumplimiento de deberes bajo el temor de una sanción no es el mejor camino. Con

claridad meridiana decía el legislador alemán en ocasión de fundar la reforma que suprimió las causales subjetivas de divorcio -hace más de 30 años- que las culpas no son la causa del divorcio sino su consecuencia (Weinberg, Inés M., "Reforma del Derecho de Familia en la República Federal de Alemania", LL, 1981-D-915; Makianich de Basset, "Causas de separación personal y divorcio moralmente neutras", LL, 1991-B-675).

Empero, nuestra legislación sigue enrolada en un camino en donde se entrecruzan las causales objetivas y subjetivas de divorcio, y en ese marco habrá que analizar cuando se configura la causal de adulterio.

El adulterio tiene lugar cuando uno de los cónyuges mantiene una o más relaciones sexuales con una persona distinta de su consorte, en violación al deber de fidelidad el cual está impuesto a los esposos por el art. 198 del Código Civil. Dicha vulneración se encuentra sancionada conforme lo estipula el art. 202 inc. 1 como causal de separación personal y divorcio vincular tramitado por canales subjetivos.

Desde hace casi 20 años se ha empezado a debatir el alcance que debe darse al deber de fidelidad, vale decir se cuestiona si se le puede exigir con la misma entidad a los esposos que conviven que a aquellos que hace años viven separados de hecho. Recordemos que los deberes y

derechos matrimoniales deben comprenderse en su conjunto, no es posible que los consortes se releven de alguno de ellos y exijan el cumplimiento de otros. Así, "el débito conyugal y la fidelidad son las dos caras de una misma moneda. Los esposos deben abstenerse de mantener relaciones sexuales con terceros y tienen un derecho exclusivo a tener relaciones con su cónyuge. Es decir, un derecho por un lado, con su correspondiente deber, por el otro, que enfocan el mismo aspecto" (Chechile, Ana María, "La separación de hecho entre cónyuges en el derecho civil argentino", Lexis Nexis, Bs. As., 2006, ps. 67/68). En consecuencia exigir fidelidad sin débito se traduce en un deber de abstinencia. "¿Puede la ley argentina pretender que todas las personas separadas de hecho estén sujetas a voto de castidad? La ley está hecha para seres normales, con sus debilidades y pasiones, y no para héroes. 'La mínima libertad personal, la prevista constitucionalmente en la zona de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional aparecería violada si se considerara como necesario el convertirse en ermitaño o mantenerse solitario'" (S.C. Mendoza, sent. del 11-VII-2003, "G., A.B. c. A.C., C.", R.D.F. 2004-I-163; íd., C. Apel. Civ. y Com. de Salta, Sala III, "A., J.O. c. A., M.G.", L.L.N.O.A. 2009-176, cita online AR/JUR/20554/2008).

Es que como bien se ha sostenido "la

abdicación recíproca del proyecto de vida en común, mediante la interrupción de la convivencia sin voluntad de unirse, implica que ambos cónyuges se sustraen para el futuro del débito conyugal, es decir de la entrega física y afectiva que preside la unión sexual. No es esperable, en términos generales, que los esposos separados de hecho sin voluntad de unirse mantengan comunidad sexual alguna. Siendo esto así no tendría sentido que cualquiera de ellos imputase al otro adulterio o injurias por las circunstancias de que, con posterioridad a la separación de hecho, haya mantenido relaciones sexuales o haya iniciado una convivencia concubিনaria. Nótese que, acreditada la separación de hecho sin voluntad de unirse de los esposos, ninguno puede pretender del otro mantener con él relaciones sexuales. Y tampoco se ameritaría como injuriosa su negativa, a diferencia de lo que acaece cuando se trata de negativa a mantener relaciones sexuales entre cónyuges que conviven. La contrapartida de ello se traduce en la imposibilidad de imputar adulterio o injuria por el hecho de que uno de ellos mantenga relaciones con un tercero después de que la convivencia quedó interrumpida sin voluntad de restablecer la vida en común" (Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ta. ed., Astrea, Bs. As., 2006, T. I, p. 440).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se

encuentran divididas en esta discusión. Sin embargo, nos encontramos frente a una realidad que no se puede soslayar, los que han interrumpido la vida en común ni siquiera imaginan que están violando la ley, pues la lógica indica que en lo cotidiano se comportan como extraños, no hay convivencia, no hay débito conyugal ¿cuál sería la explicación para exigir el deber de fidelidad? Decía ya en el año 1994 Highton, "¿Hubiera aceptado la demandada que luego de la separación de hecho el ex cónyuge se presentara cada tanto exigiendo el débito conyugal? ¿Es que la ley argentina pretende que todos los civiles están sujetos a voto de castidad? (...) La ley debe ser interpretada conforme al sentir de los ciudadanos y conforme al sentido común, pues es **menester tener en cuenta la repercusión social de los fallos. Los expedientes no son ficciones, no deben contener ficciones ni fomentar la hipocresía, sino estar acordes al transcurso de la vida en la República**" (su voto en disidencia en el fallo de la CNCiv, sala F, sent. del 12-X-1994, J.A. 1995-III-350; Highton, Elena I., "Fidelidad ¿hasta cuando?", RDF 16-2000-50, el resaltado no figura en el original). "Es que el derecho debe adecuarse a la naturaleza de las cosas y a la lógica de lo razonable; las categorías jurídicas deben ser traídas a la realidad sin que (...) asuste tener que adecuarlas a su relatividad. El art. 198 del Código Civil contiene un principio

incontrovertiblemente valioso mientras los cónyuges conviven. Pero cesada la convivencia, su aplicación sin matices provoca preguntas difícilmente respondidas con razonabilidad por la tesis de la permanencia del deber" (S.C. Mendoza, sent. del 11-VII-2003, "G., A.B. c. A.C., C.", R.D.F. 2004-1-163).

Un sector importante de la doctrina y jurisprudencia se ha pronunciado por la no subsistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho, desde que la mayoría de los integrantes de la Sala M de la Cámara Nacional Civil diera inicio al debate, allá por el año 1992, afirmando que luego de la interrupción de la cohabitación pactada el deber de fidelidad se relativiza (C.N.Civ., Sala M, sent. del 12-VI-1992, "La Ley", 1993-E-15). A partir de allí se han sucedido otras soluciones, cada una con sus propios matices (entre otras, Sup. Corte Mendoza, Sala 1ra., sent. del 11-VII-2003, RDF 2004-I-163; C.N.Civ., Sala M, sent. del 2-VIII-1999, JA, 2001-I-539; C.N.Civ., Sala B, sent. del 6-V-1999, JA, 2000-II-441, íd., sent. del 27-XI-2007, www.abeledoperrot.com.ar; C. Apel. Civ. y Com. de Mercedes, Sala I, sent. del 13-II-2007, "La Ley Buenos Aires", 2007-224; T.S. Córdoba, sent. del 1-IX-2000, www.justiciacordoba.gov.ar S.T. Justicia de Entre Ríos, sent. del 20-VI-2003, "K. C. A. c/ P. C. G. s/ divorcio vincular", N° 3722; CApel. Civ y Com. de Salta, sala III, "A., J.O. c.

A., M.G.", L.L.N.O.A. 2009-176, cita Online AR/JUR/20554/2008. En doctrina, entre otros, Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ta. ed., Astrea, Bs. As., 2006, t. 1, p. 437 y ss.; Zannoni, Eduardo A., Bísvaro Beatriz R., "Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho", JA, 1995-III-357; Highton, Elena I., "Fidelidad ¿hasta cuando?", R.D.F. 16-2000-50; Mizrahi, Mauricio L., Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, Bs. As., 1998, p. 338; del mismo autor, "El cese de los deberes matrimoniales tras la separación de hecho: 'un leading case' ", LL, 2000-B-360; Chechile, Ana M., "Deber de fidelidad y separación de hecho", JA, 1997-IV-881; Bísvaro, Beatriz R., "Deberes y derechos matrimoniales durante la separación de hecho", LL, 1993-E-21/22; Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho constitucional de familia, Ediar, Bs. As., 2006, t. I, p. 285 y ss.).

Sostener que los consortes se pueden relevar del deber de cohabitación y del débito conyugal y exigir solo el de fidelidad sería admitir un ejercicio abusivo del derecho (art. 1071 del C.C.).

Los eventos académicos tampoco han sido ajenos a esta problemática. Ya en el año 1994 en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín 27/29 de octubre de 1994), la mayoría de los

juristas allí presentes sostuvieron que: "La separación de hecho modifica el cumplimiento de los deberes-derechos personales de los cónyuges. Consecuentemente, la infidelidad no puede invocarse como hecho constitutivo de las causales de adulterio o injurias graves si media previa separación de hecho convenida. Igual conclusión rige para el abandonante respecto a la infidelidad ulterior del abandonado".

Años más tarde, y atento a la vigencia del debate que todavía hoy divide las opiniones, el tema fue tratado en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 25/27 de septiembre de 2003). Se concluyó, también por mayoría, que "No es invocable como causal de separación personal y divorcio, el adulterio cometido por uno de los esposos luego de la separación de hecho, sea ésta de común acuerdo, sea que uno de ellos haya impuesto esta situación al otro".

Alguna legislación extranjera ha previsto expresamente esta cuestión a pesar de tratarse de una situación de hecho entre dos regulaciones jurídicas opuestas, matrimonio-divorcio. Así, el hoy sin contenido, art. 82 del Código Civil español expresaba: "Son causas de separación: 1) El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes

conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue...". Ahora bien, como dije este artículo hoy carece de contenido porque España dio un paso más, suprimió las causales subjetivas de divorcio. En consecuencia, una norma como la transcrita dejó de tener sentido al adoptar un sistema en el que prima la autonomía de la voluntad de los esposos. Y a riesgo de parecer insistente no puedo dejar de resaltar los argumentos vertidos por el legislador español al presentar la nueva ley de divorcio (15/2005). Se sostuvo que "La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de[1] (...) ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito, se estima que el respeto

al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación".

En Uruguay la ley 18.246 (publicada el 10-I-2008) previó una solución al problema que nos convoca y lo reguló modificando el art. 127 del Código Civil, que actualmente dispone: "Los cónyuges se deben fidelidad mutua y auxilio recíprocos. La obligación de fidelidad mutua cesa si los cónyuges no viven de consuno".

En síntesis, entiendo que no se adecua a la realidad de nuestros tiempos exigir el deber de fidelidad a los esposos que se encuentran transitando por la situación fáctica que hemos descripto a lo largo de este voto. En consecuencia, considero que no se ha configurado ninguna de las causales subjetivas aludidas -ni adulterio ni injurias graves-, tomándose abstractos los agravios esgrimidos en relación al daño moral fundado en las causales desestimadas.

Voto por la **afirmativa**.

Costas por su orden.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

1. Arribo a la misma solución que mi distinguida colega doctora Kogan, aunque lo hago en mérito a distintos fundamentos, expresados por el suscripto ya en las causas Ac. 91.755, sent. del 8-III-2007 y C. 99.096, sent. del 30-XI-2011; entre otros precedentes.

2. En tal sentido y en referencia al planteo materializado a fs. 264/5 vta. del libelo recursivo, vinculado al deber de fidelidad en la separación de hecho, sostuve en la causa Ac. 65.547 (sent. del 10-XI-1998, publicada en "D.J.B.A.", 156-23; ED, 183-89; "La Ley Buenos Aires", 1999-1114 y "Acuerdos y Sentencias", 1998-V-766) que "el deber de fidelidad se extingue con la disolución del vínculo matrimonial, así como también con la sentencia que decreta la separación personal de los consortes" (conf. Chechile, Ana María, "Deber de fidelidad y separación de hecho", JA, 1997-IV-881, con abundante mención de doctrina en nota N° 7). "Si bien como expresa la autora en el citado trabajo existen controversias cuando se trata del caso de separación personal, tal disenso se acalla en el supuesto del divorcio, donde existe coincidencia general en torno a la desaparición del deber. El propio Borda, mencionado en la nota como sustentando una posición contraria a la

expuesta en el caso de separación personal, se inclina por la subsistencia de un deber de fidelidad 'atenuado' en tal situación (Borda, Guillermo A. '¿Se mantiene el deber de fidelidad en la separación personal?', 'La Ley', 1998-B-984)".

Concluí en la causa de marras que vigente el matrimonio, lo que atente contra la unión y aún lo que ofenda la propia sustantividad del vínculo importará ofensa también hacia los cónyuges, por lo que toda violación de los deberes propios del estado y de la consideración debida a éste incidirá en aquéllos. Recién con la separación personal sobrevendrá una atenuación de los deberes mencionados, y se requerirá una mayor personalización del ataque. Finalmente, con la disolución del vínculo, simplemente quedará vigente un deber de respeto mutuo entre los ex consortes como individuos quedando presupuesta la aceptación de una absoluta escisión del destino propio que cada uno de ellos quiera imprimir a su vida futura. En este supuesto, para que exista injuria, la agresión deberá dirigirse directamente por uno de ellos hacia el otro.

3. Sobre el tópico en cuestión encontramos fallos en los que se ha resuelto que "el deber de fidelidad que impone el matrimonio sólo termina con el divorcio, subsistiendo, por ende, durante la separación de hecho" (Cám. Nac. Civ., Sala I, sent. del 9-III-2004, en LL,

diario del 5-VIII-2004, p. 5; en igual sentido Cám. Nac. Civ., Sala K, sent. del 13-XI-2001; entre muchos otros), "razón por la cual aunque hubiera sido de común acuerdo, el adulterio se pudo haber configurado con posterioridad" (Cám. de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, sent. del 30-VI-2003, en LL, Litoral, 2004, julio, p. 649). En ese sentido también se inscribe el precedente de esta Suprema Corte al que apelaran tanto el tribunal de grado como la alzada para justificar su decisorio, en el que se estableció que "el cese de los deberes conyugales, entre ellos el de fidelidad, no se produce sino a partir de la sentencia firme que decreta el divorcio vincular, cuya naturaleza es constitutiva de estado. El transcurso del plazo aludido -en el caso, tres años- constituye solo un presupuesto de la acción, pero en manera alguna importa atribuirle a la sentencia efectos retroactivos al vencimiento del mismo (arts. 198 y 217, Cód. Civ., texto ley 23.515)" (Ac. 47.552, sent. del 15-III-1994).

En contraposición con este criterio, se entendió que "el deber de fidelidad entre los cónyuges separados de hecho continúa vigente sólo durante los tres primeros años de dicha separación, pues transcurrido dicho término se puede demandar el divorcio y contraer nuevo matrimonio" (Cám. Nac. Civ., Sala J, sent. del 31-V.2000; ídem, Cám. de Concepción del Uruguay, Sala Civil y

Comercial, sent. del 13-IV-2000, en LL, Litoral, 2001-552; entre otros).

En la misma dirección, aunque enfatizando aún más la atenuación de la rigidez de aquella regla en el ámbito de otros superiores tribunales, se ha decidido que "Estando los cónyuges separados de hecho, el deber de fidelidad ya no subsiste con la misma intensidad que durante la convivencia, por resultar contrario a las pautas morales y sociales vigentes" (sup. Tribunal de Córdoba, Sala Civil, sent. del 1-IX-2000). El superior Tribunal de Entre Ríos, adscribió a "la corriente doctrinaria y jurisprudencial que propone la no vigencia del deber de fidelidad entre los contrayentes, que como en el caso, de común acuerdo se encuentran separados de hecho, revelando una inequívoca, pública e innegada voluntad de perpetuar un estado de ruptura permanente de la vida en común que impide de ese modo mantener subsistente una obligación inherente a ella" (conf. voto de la doctora Schaller **in re**, "K.C.A. c/P.C.G. s/ divorcio vincular", sent. del 20-VI-2003).

Igual criterio ha adoptado la Sala I de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, con voto de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci **in re**, "A.C.C. en j° 25.736/26.871 G., A.B. c/ A.C. p/ Divorcio-Daños y perjuicios s/Cas." (sent. del 11-VII-2003).

4. En este último pronunciamiento, la distinguida colega mendocina fundamentó con claridad y precisión la doctrina que sostiene.

Afirmó allí que la separación de hecho implica un estado intermedio, al que no se pueden aplicar sin más, las normas propias de la vida en común y, en particular, la preceptiva que consagra el art. 198 del Código Civil.

El hacerlo importaría, en su criterio, contrariar la naturaleza de las cosas y la lógica de lo razonable, ya que no lo parece exigir el cumplimiento del débito conyugal en esa situación -y consecuentemente considerar injurioso el sustraerse a prestarlo- lo que encuentra estricta simetría con la inexigibilidad del cumplimiento del deber de fidelidad.

Tampoco lo sería el pretender mantener a rajatabla a una persona separada en castidad perpetua, o el que no se advierta que es consustancial a la separación de hecho que los cónyuges tengan distinto domicilio.

Los arts. 204 y 214 inc. 2 de la ley 23.515, admiten el cese de la cohabitación por un acto de autonomía de la voluntad, sin que se les pueda atribuir en el futuro abandono voluntario y malicioso.

Las sanciones que se imponen al culpable de la separación de hecho obedecen a razones distintas de la

violación del deber de fidelidad (así los arts. 1306 y 3575, en el caso de los arts. 210 y 218 del Código Civil, la cesación de los alimentos obedece a la presunción de que quien vive en concubinato no necesita apoyo económico o abuso de su derecho).

Abona estas consideraciones normológicas con otras de índole axiológico y sociológico, hermenéutica que transita por la inconveniencia de obligar a iniciar un litigio con contingencias imprevisibles a las partes para obtener el divorcio; de que las partes desavenidas en su matrimonio permanezcan en soledad; de que se busque una interpretación de la ley que no se guíe por ficciones, sino por lo que nos muestra el transcurso de la vida.

También los complementa con la solución que en el derecho comparado trae el Código Civil español en su art. 82, al no permitir la invocación de la infidelidad cuando existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por quien la alegue.

Finalmente, sienta su criterio sosteniendo que la aplicación de la tesis de la extinción del deber de fidelidad abarca tanto al supuesto de la relación sexual ocasional como a la unión extramatrimonial estable.

En definitiva, la mencionada magistrada y jurista adhiere a la tesis de la no subsistencia del deber de fidelidad cuando la separación de hecho lleva un tiempo

razonable precisando que "Está fuera de toda duda que la separación de hecho es hoy una conducta lícita; lejos han quedado los tiempos de la antijuridicidad (Ver Aznar, A.D., Evolución histórica de la separación de hecho con referencia al derecho español, Madrid, ed. Dykinson, 1996), a punto de ser hoy una causal objetiva de divorcio. Esa conducta lícita no impide la continuación de importantes deberes asistenciales del matrimonio (Ver, para esta cuestión, Leveneur, Laurent, Situations de fait en droit privé, Paris, LGDJ, 1990, nº 333 y s.s.)", mas no el de fidelidad conforme lo expuesto.

5. Conteste con la posición antes reseñada he de concluir -compartiendo las consideraciones a las que hicimos referencia en el punto anterior- que el deber de fidelidad cede frente a la prolongación de la separación de hecho de los cónyuges en tanto ella sedimenta en su devenir la falta de voluntad de reunirse, correspondiendo discernir cuál será el período razonable que debe transcurrir para que a su término pueda dispensarse a los cónyuges de la observancia del deber de exclusividad de trato sexual entre sí, cuando media una separación de hecho.

Considero que deben distinguirse dos situaciones.

6. En primer lugar, si una de las partes ha incurrido en la conducta de abandono de hecho de la

convivencia, permaneciendo la restante ajena a tal conducta, por no haberla provocado, ni caído a su turno en ella, no cabe respecto de esta última, atento a la subsistencia de la relación conyugal y la consideración que merece el cónyuge inocente de la separación, que el que protagonizó el abandono mantenga relaciones de intimidad con terceros sin incurrir en un comportamiento ilícito, y por tanto merecedor de reproche, que aparejará al menos la sanción jurídica de considerarlo incurso en otra causal concurrente de separación personal o divorcio.

Pero ello será así, a tenor de lo expuesto, siempre que no haya transcurrido el plazo prudencial al que hiciéramos referencia en el punto anterior.

7. En segundo lugar, cabe considerar la situación en que la separación obedece al común acuerdo de ambas partes, generando así lo que se ha dado en llamar en doctrina una separación de hecho "amigable".

Augusto Mario Morello entiende por tal "aquella acordada por dos esposos, quienes por sí mismos, por su exclusiva voluntad sin ninguna forma de procedimiento ni intervención jurisdiccional, disponen la ruptura de la convivencia" (A. M. Morello, *Separación de hecho entre cónyuges*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1961, p. 60/61).

Remarca el distinguido autor "los

renovadores esfuerzos de Savatier, Richardot o Piccard, ... encaminados ... a modificar el criterio imperante, procurando que la separación de hecho amigable merezca estimarse como un paliativo no repudiable o tal vez y mejor aún, conveniente, del divorcio y de la separación de cuerpos", precisando la opinión de "aquellos maestros que como Savatier, consideran que no cabe calificar a tales pactos de separación de nulos sino más bien que ellos tendrían *vida voluntaria* en cuanto son eficaces mientras sean respetados por la pareja y en todo caso siempre puedan ser *revocados*, desde que es irrenunciable el ejercicio por parte de los esposos del derecho y facultad de solicitar en cualquier momento la reanudación de la vida en común, por vía judicial" (**opus** cit., p. 61, la cursiva del texto es propia del autor).

Debemos distinguir, como lo hacen Manuel de la Cámara y Luis Zenón Masdeu (cit. por este último en "La separación matrimonial de hecho", Ed. Hispano Europa-Barcelona, 1974, p. 30) la ineficacia de la separación convencional o amistosa -en la medida en que lo pactado escape a las facultades dispositivas de los esposos- de la licitud **per se** que reviste el acuerdo de separación, que no resulta ser un acto contrario al interés público, ni a la moral, ni a la ley, ya que aunque ésta imponga a los cónyuges la obligación de vivir juntos, en determinadas

circunstancias no resulta lícito exigirles una convivencia en contra de su voluntad, siendo que por otra parte, la convivencia no es una exigencia indisolublemente ligada al estado matrimonial (a diferencia de lo que para estos autores sucedería con el deber de fidelidad, conf. Manuel de la Cámara, Giménez Arnau y Luis Zenón Masdeu, quien los cita, op. cit., p. 31) y cuando no es querida por ninguna de las dos partes -de prolongarse- puede degenerar probablemente en un escándalo permanente con desenlace en el juzgado, por lo que resulta en definitiva beneficiosa para la sociedad, al reducir sensiblemente el nivel de conflictividad.

Todo lo cual lleva a concluir en que es lícito suspender la convivencia matrimonial, siempre y cuando no se modifique el estatuto conyugal, lo que sólo es factible, en virtud de una sentencia jurídica (conf. Luis Zenón Masdeu, op. y loc. cit.).

No se trata tampoco de excluir ni tornar imposible la eventualidad de un pleito, lo que convertiría a la suspensión de la convivencia en una transacción, sino simplemente de eludir un litigio que no interesa entablar a los cónyuges (autor y obra citada, p. 34).

Es que, como enfatiza Morello "*los pactos de separación son de diaria concertación* y en su mayor número se respetan y cumplen sin inconvenientes, pues se los

respeto como verdaderos *pactos de honor*. Todo esto ocurre a pesar de lo que en contrario afirmen las leyes, la doctrina y la jurisprudencia predominantes. La vida les otorga virtualidad jurídica y una trascendencia mucho mayor de las que se les quiere conceder" (ob. cit., p. 62, la bastardilla es original).

8. Pero dentro de tal supuesto cabrá distinguir el caso en que la conducta de ambos cónyuges sea claramente indicativa de su voluntad de dispensarse del deber de fidelidad, en cuya situación creemos que, por la doctrina de los propios actos, no podrán reclamarse entre sí por la violación de ese deber, de aquel otro supuesto en que no exista evidenciado de ningún otro modo que exista aquella voluntad recíproca.

En este último caso, consideramos que el cónyuge que viole unilateralmente su obligación de exclusividad de trato sexual se encontrará incurso en causal de separación personal o divorcio, al menos si incurre en tal conducta antes de transcurrido el mentado plazo al que antes hicimos referencia.

Al no haber en esa situación el cónyuge que sí respetó tal deber incurrido en causal que lo coloque en estado de culpabilidad, parece justo y razonable que esté en condiciones de exigir del otro un comportamiento que preserve su decoro, y que respete la relación matrimonial

hasta entonces latente.

9. Entendemos que el lapso mínimo que en todo caso debe transcurrir para que opere la dispensa del deber remanente de fidelidad entre separados de hecho sin voluntad de unirse es el de dos años, por cuanto es el que habilita a cualquiera de ambos cónyuges a pedir unilateralmente la separación personal.

En efecto, al cabo de dicho término, no parece acorde con la naturaleza humana ni con la realidad de los hechos prolongar la exigencia de la fidelidad sexual, por las razones que esgrimimos en los puntos precedentes.

Igualmente abona la necesidad de esta exigencia temporal mínima el hecho de que -dispensando a los cónyuges **ab initio** del cumplimiento de esta carga- estableceríamos una tan notable como injusta desigualdad: el esposo que hubiera estado acorde con esa separación "amistosa" y que hubiera respetado la exclusividad sexual conyugal carecería de acción para pedir la separación personal o el divorcio -pese a la inobservancia de este deber por su consorte-, por cuanto no podría imputarle abandono por haber consentido la separación, y no revestir en consecuencia dicho abandono las notas calificantes de voluntario y malicioso; ni obviamente adulterio o injuria, por la pretendida dispensa inmediata de la infidelidad al

existir separación de hecho. Sólo podría exigir el reintegro al hogar, de quien habría sido autor del accionar injurioso poniendo fin a la disociación convenida.

Es más, si así no lo hiciera, sí podría requerirlo por su parte el cónyuge "infidel" -eximido en rigor de tal calificación por la mencionada permisión inmediata-, el que ante la negativa del cónyuge **in bonis** podría dirigirle el reproche de haber incurrido en abandono con las notas exigidas de voluntario y malicioso.

10. Por el contrario, transcurridos los dos años, ambos cónyuges -sea que hubieran acordado o no la separación de hecho-, podrán indistintamente solicitar la declaración judicial de separación personal. En particular, el cónyuge que hubiera mantenido el celibato durante la separación de hecho, podría hacerlo simplemente alegándola o invocando la conducta injuriosa de su consorte al haber inobservado durante dicho lapso la exclusividad en la relación sexual con su cónyuge.

Ello así porque, como lo señala Belluscio "pueden promover la demanda por esta causal -la del art. 204 del Código Civil- tanto el cónyuge abandonado como el abandonante. Asimismo está en condiciones de plantearla cualquiera de los esposos que hubiera pactado con el otro la separación 'amistosa' de la que hablaban los hermanos Mazeaud (parte I, vol. IV, p. 564 y s.s.)" (Código Civil y

Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, t. 7º, Ed. Astrea, Bs. As., 1998, p. 821, par. 4).

11. En el caso de autos, si bien la parte actora denunció en su escrito postulatorio que el accionado, ya con anterioridad a la separación de hecho por él generada, que fechó en el mes de marzo de 1999 (fs. 16 vta.), había desplegado conductas humillantes e injuriosas en su perjuicio (pernoctando en el hogar conyugal sólo dos o tres veces por semana, manteniendo una conducta social nocturna combinada con múltiples infidelidades, la última de las cuales había generado su decisión de abandonar la vivienda familiar para comenzar una convivencia con una nueva pareja, con quien en diciembre de 2002 tuviera una hija, a quien diera su apellido -fs. 15/8 y ampliación de demanda de fs. 41/3); luego, en la etapa probatoria, aquélla no logro demostrar los extremos invocados, excepción hecha de la convivencia del accionado con una nueva pareja, con quien tuviera una hija el 3 de diciembre de 2002 (absolución de posesiones de la parte demandada a fs. 144; testimoniales de la señora R. a fs. 174, de la señora G. a fs. 175, del señor L. a fs. 195, del señor B. a fs. 196 y del señor I. a fs. 197).

Sin embargo, la accionante no pudo acreditar dos de los extremos fácticos determinantes de su pretensión divorcista e indemnizatoria, a saber: (i) la fecha en que

verdaderamente ocurriera la separación de hecho entre los esposos y (ii) la fecha en que el marido demandado iniciara la única relación sentimental extramatrimonial acreditada y/o reconocida en autos.

Respecto de la primera circunstancia, si bien la accionante alegó que la separación de hecho entre los cónyuges había tenido lugar en el año 1999, y habiendo sido dicho extremo especialmente negado por el demandado en su contestación de fs. 99/101, de las constancias de autos puede extraerse que la referida separación se habría producido mucho antes de 1999, alrededor de los años 1995, 1996 (conf. testimoniales de la señora R. a fs. 174 del señor L. a fs. 195, del señor B. a fs. 196 y del señor I. a fs. 197).

Sólo puede observarse en el testimonio de la señora G. , emitido en el mes de febrero de 2004, que la testigo sostuvo que creía que el demandado ya no vivía con la accionante desde hacía aproximadamente un año, en que llamó por teléfono a la casa en donde se hallaba el hogar conyugal y le habían contestado que aquél ya no residía allí (fs. 175 y vta.). Sin embargo, la falta de precisión del aislado testimonio, sumada a su inexactitud en torno de la fecha en cuestión, que contrasta incluso con la propia afirmación de la accionante que había situado la fecha de separación de hecho entre los esposos en el año 1999 (fs.

16 vta.), constituyen razones suficientes que justifican que no merezca ser estimado en este aspecto (arg. art. 384, 456 y ccdtes., C.P.C.C.).

Por otra parte, en torno del segundo aspecto fáctico puesto de resalto a los fines de analizar la incidencia de la relación sentimental habida entre el codemandado y la señora R. en la posible afectación del deber de fidelidad que el mismo debía a su cónyuge aún con posterioridad a la separación de hecho y por el plazo de dos años desde ocurrida la misma, cabe considerar que tampoco la accionante ha logrado acreditar la fecha de inicio de aquel vínculo posterior del accionado, obrando en autos -en tal sentido- tan sólo la declaración de la señora R. que refiere que el mismo habría iniciado a principios del año 2001, más allá del nacimiento de la hija común de ambos en el mes de diciembre de 2002 (fs. 174 y vta.).

Así las cosas, en tanto las constancias obrantes en autos -ver fs. antes citadas- permiten inferir que los hechos endilgados a la demandada se verificaron con posterioridad al plazo de dos años antes señalado, desde que se produjera la separación de hecho de los cónyuges, entendemos que los mismos resultan inidóneos para conformar la causal de adulterio que permita declarar el divorcio culpable (arts. 202 inc. 4 y 214 inc. 1 del Cód. Civ.).

12. Otro tanto puede observarse respecto de

la alegada causal de injurias graves denunciada por la accionante, pues ésta no ha logrado demostrar ni los tratos humillantes de su marido que alegó haber padecido, ni que éste mantuviera otras relaciones sentimentales con anterioridad a la que lo uniera con la señora R. (v. testimonio de la señora R. a fs. 174, del señor L. a fs. 195, del señor B. a fs. 196 y del señor I. a fs. 197), desvaneciéndose así el sustrato fáctico sobre el cual edificara la pretendida causal divorcista.

13. Finalmente, habida cuenta la forma en que se propone resolver el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en torno de las causales subjetivas por las que la aquí accionante iniciara la presente demanda de divorcio vincular, y más allá de las múltiples consideraciones que cabría efectuar acerca de la indemnización por daño moral establecida por la alzada a favor de la accionante, los agravios relacionados con ésta devienen abstractos.

14. Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, revocar el decisorio de la alzada y rechazar la demanda de divorcio y daños y perjuicios objeto de las presentes actuaciones, con costas de todas las instancias a la accionante vencida (arg. arts. 289, 68 y ccdtes., C.P.C.C.).

Voto pues por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

Adhiero a los fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan.

En función de la modificación de la doctrina legal, las costas deberán ser impuestas por su orden (art. 68, 2da. parte, C.P.C.C.).

Voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

Adhiero al voto de la doctora Kogan en cuanto, por las razones que detalladamente explicita, concluye que en hipótesis como la de autos en que los cónyuges han acordado la separación de hecho, cesa el deber de fidelidad entre los esposos, no siendo invocable el adulterio posterior como causal de separación personal o divorcio vincular.

Voto, en consecuencia, por la **afirmativa**. Y por los motivos expuestos por el doctor de Lázzari, propongo que las costas sean impuestas en el orden causado (art. 68 su doc. del C.P.C.C.).

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

I. El recurso no puede prosperar.

1. Si bien esta Corte tiene decidido que las causales de divorcio se basan, antes que en determinados hechos aislados, en *modos generales de comportamiento* (dando prioridad así al sentido existencial de la relación, donde cada momento debe ser juzgado en una totalidad que la incluye y comprende; conf. Ac. 33.014, sent. del 1-VI-1984), observo que el recurso se refiere a ellos y a su juzgamiento por los jueces de grado, lo que lleva a la necesidad de abordar la materia en esta instancia extraordinaria. Especialmente en orden a la fidelidad conyugal concluida la convivencia, que es en definitiva el **punctus pruriens** de la argumentación apelatoria.

2. Como ya lo recordara en C. 65.547 (sent. del 10-XI-1998) el matrimonio es un ámbito de amor de una intensidad tal que se trasmite a las diversas dimensiones de la vida personal: lo sexual, las prestaciones materiales, los afectos cotidianos, y todo lo que en definitiva cabe en la existencia dialogal, que el derecho, con sus limitados parámetros normativos, trata de alguna manera de comprender y reflejar.

3. Es en ese contexto que el tema de la fidelidad debe ser asumido. Se trata de que, más allá de las contingencias y adversidades que propone la realidad cotidiana, la relación matrimonial no se lastime. Que permanezca aferrada a su propia esperanza, a esa vocación

que la lleva trascender la finitud de la existencia y la proyecta a una dimensión en donde cada ser personal espera su realización última y plena.

4. Admito, es cierto que, en un sentido contrario, las circunstancias en las que hoy se desenvuelve la vida humana parecieran recusar lo permanente. Una cultura de lo efímero arrasa todo. *II pensiero debole*, como señala un filósofo italiano. Un pensamiento y una actitud práctica que en su debilidad reniegan de lo estable y que encuentran en una sociedad de consumo, en la que todo se desecha al poco tiempo, el correlato material de sus desesperanzas.

5. En esas condiciones el derecho y con él la decisión judicial, que es su expresión posiblemente más genuina, se encuentran en la difícil instancia de tener que conjugar una de las dimensiones matrimoniales esenciales, su sentido de permanencia, con las transmutaciones de una sociedad aprisionada por la crisis familiar, el vértigo y la apologética del cambio.

6. En este marco factual, especialmente intenso, se ubica el tema de la fidelidad conyugal.

Que la fidelidad es la quinta esencia del amor, que la lealtad personal y recíproca es la parte significativa del matrimonio en su sentido más profundo, es algo difícilmente discutible.

Pero ¿qué hacer cuando el amor se va, cuando se

ha perdido, cuando en una relación naturalmente bilateral uno u otro o los dos se niegan a continuar?

¿Hasta cuándo será exigible una fidelidad que mantenga las exigencias éticas de un hecho que alguna vez se propuso para siempre?

7. Esta Suprema Corte ha decidido desde antiguo (y en lo personal he contribuido a conformar esa decisión) que el cese de los deberes conyugales, entre ellos el de fidelidad, no se produce sino a partir de la sentencia firme que decreta el divorcio vincular, cuya naturaleza es constitutiva de estado (conf. Ac 47.552, sent. del 15-III-1994).

Me parece una solución prudente. El divorcio decretado por el juez, un tercero imparcial, investido por la sociedad del poder de jurisdicción, es el momento adecuado.

Nuevas esperanzas y una nueva fidelidad posiblemente se abran paso a partir de allí. "Hay un horizonte para cada desesperación" decía el poeta Raúl Scalabrini Ortiz: pero es necesario esperar, para que los tiempos no devoren la historia personal y el matrimonio se convierta en un frívolo juego momentáneo.

8. Leo que varios de mis colegas, en los votos que me preceden, proponen modificar la tradicional doctrina. Sostienen que la separación personal implica la cesación inmediata del deber de fidelidad, libera del vínculo primordial y vuelve indiferente a los fines del

divorcio, cualquier nueva relación, estable o fugaz.

9. Más allá del respeto que merecen sus opiniones, entiendo que la libertad que parecieran reconocer en la afirmación de un presente despojado de todo pasado se contradice con la identidad propia de lo humano.

La idea de un actualismo que nos permita ser nuevos a cada momento no deja de ser tentadora: pero colisiona con la condición del ser personal en la que el presente se apoya siempre en el pasado (en este caso en un pasado por lo demás bilateral) y en las relaciones familiares y sociales que nutren la coexistencia.

10. Jurídicamente, la separación no significa por sí misma la abrogación del matrimonio ni opera **in re ipsa** los mecanismos previstos para su eventual disolución.

La ley ha contemplado expresa y cuidadosamente las causales objetivas y subjetivas del divorcio y un proceso judicial para hacerlo efectivo, con sus tiempos y hasta sus intentos de conciliación, no desdeñables.

No encuentro razón para preterirlas ni para autorizar actos anticipatorios que parecieran acercarse más que a la autonomía de la voluntad a su resolución irresponsable, reduciendo el significado constitutivo de la sentencia al de una mera comprobación burocrática.

(La implicación, igualmente propuesta en los votos que anteceden, entre cohabitación y fidelidad, parte

del presupuesto ontológicamente erróneo de su causación recíproca. No repara en que, más allá de su convergencia temporal se trata de exigencias autónomas, incondicionadas y que el incumplimiento de una no invalida la otra).

11. La doctrina de esta Suprema Corte sostenida históricamente, contemplada en el fallo impugnado debe en consecuencia ser mantenida.

Así lo entiendo, y por ello, corresponde rechazar el agravio deducido en tal sentido.

II. Por otra parte, en cuanto al absurdo invocado en relación a la indemnización por daño moral concedida recuerdo que, quien afirma la existencia de dicho vicio lógico, anticipa una premisa cuya demostración debe luego llevar a cabo. El incumplimiento de esta exigencia, como sucede en este caso, provoca la insuficiencia del intento revisor (C. 103.089, sent. del 9-VI-2010; C. 101.221, sent. del 24-V-2011).

Además, destaco que el recurrente se ha limitado a sostener la improcedencia de tal rubro para el supuesto en que la impugnación, en virtud de la denunciada violación de los arts. 204 y 214 del Código Civil, fuera acogida (v. fs. 266), situación que no acontece en la especie.

III. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia impugnada y se rechaza en consecuencia la demanda de divorcio y de daños y perjuicios promovida en autos. Las costas se imponen por su orden (arts. 68, segundo párrafo y 289, C.P.C.C.).

El depósito previo efectuado (fs. 263), deberá restituirse al interesado.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

CARLOS E. CAMPS

Secretario