

Voces: ACTO SEXUAL ~ CAUSALES DE DIVORCIO ~ CONYUGE ~ CONYUGE CULPABLE ~ CULPA ~ DEBER DE COHABITACION ~ DEBER DE FIDELIDAD ~ DERECHO AL HONOR ~ DISOLUCION DEL MATRIMONIO ~ DIVORCIO ~ INJURIA GRAVE ~ INTERPRETACION ~ LEY ~ MATRIMONIO ~ SEPARACION DE HECHO ~ SEPARACION PERSONAL ~ UNION CONVIVENCIAL

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F(CNCiv)(SalaF)

Fecha: 12/10/1994

Partes: I., E.E. c. N., E. D.

Publicado en: LA LEY 1996-B, 698

Cita Online: AR/JUR/1722/1994

Sumarios:

1. - Para que cese el deber de fidelidad entre los cónyuges resulta indispensable la sentencia judicial que decrete la separación personal o el divorcio vincular. En consecuencia, la separación de hecho de los esposos no excluye dicho deber y --por tanto-- cualquiera sea el lapso transcurrido desde que operó la misma, la relación extramatrimonial mantenida por alguno de ellos encuadra dentro de la causa de injurias graves.
2. - Para que se configure la causal de injurias graves no resulta indispensable la existencia de ánimo de lesionar, dado que también encuadra dentro de dicha causal el incumplimiento deliberado y consciente de los deberes personales emergentes del vínculo matrimonial, ofendiendo al otro cónyuge en sus afecciones legítimas.
3. La ley debe ser interpretada conforme al sentir de los ciudadanos y al sentido común, pues es menester tener en cuenta la repercusión social de sus fallos. Ello así, los expedientes no son ficciones, no deben contenerlas ni fomentar la hipocresía, sino estar acordes al transcurso de la vida en la República (Disidencia de la doctora Highton de Nolasco).
4. La separación de hecho de los esposos no excluye el deber de fidelidad.
5. Para que el deber de fidelidad de los cónyuges cese resulta indispensable, al menos, la sentencia judicial que decrete la separación personal o el divorcio vincular.
6. Cualquiera hubiera sido el lapso que transcurriera desde la separación de hecho de los esposos, la acreditada relación extramatrimonial mantenida por el cónyuge encuadra con nitidez dentro de las injurias graves que habilita la declaración de divorcio vincular por su exclusiva culpa.
7. Durante la cohabitación de los esposos rige en forma total y absoluta el deber de fidelidad que se deben los cónyuges (art. 198, Cód. Civil). Pero cuando están separados y no se prestan asistencia ni colaboran personalmente ante la enfermedad del otro, aparece como excesivo decirle a quien acciona que luego del fracaso en el matrimonio, cualquiera hubiera sido su causa, debió quedarse solo para toda la vida (Disidencia de la doctora Highton de Nolasco).
8. Para que se configure la causal de injurias graves no resulta indispensable que exista el ánimo de lesionar porque, en definitiva, también hay injuria cuando se falta a los deberes recíprocos de los esposos. Es decir, también encuadra dentro de esta causal el incumplimiento deliberado y consciente de los deberes personales emergentes del vínculo matrimonial, ofendiendo al otro cónyuge en sus afecciones legítimas de marido o de mujer, en su dignidad o amor propio, en su honor o decoro.
9. 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 la unión del accionante con una mujer, aún 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 (Disidencia de la doctora Highton de Nolasco).

Texto Completo:

2ª Instancia. -- Buenos Aires, octubre 12 de 1994.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Posse Saguier dijo:

I. La sentencia de primera instancia decretó el divorcio vincular de los esposos E. E. I. y E. N., por culpa exclusiva del marido incurso en la causal de injurias graves, y como hizo lugar a la demanda y a la reconvenición impuso las costas del proceso en el orden causado.

Contra dicho pronunciamiento se alza el actor quien expresa agravios a fs. 306/310, los que fueron respondidos a fs. 311/313. Asimismo, a fs. 314/315 obra el dictamen del fiscal de cámara.

II. La queja del apelante consiste en cuestionar el decisorio por cuanto el juzgador decretó el divorcio por su exclusiva culpa fundado en que su conducta encuadraba en la causal de injurias graves.

A pesar del esfuerzo argumental desplegado por el recurrente en su expresión de agravios, considero que la impugnación no es atendible.

En efecto, propicio es recordar que hasta la sanción de la ley 23.515, era indiscutible que el deber de fidelidad contenido en el art. 50 del anterior régimen matrimonial se mantenía aún después de decretada la

separación personal. Esta corriente de interpretación jurisprudencial tuvo consagración legislativa a través de la sanción del art. 71 bis que incorporó la ley 17.711 al establecer que "decretado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, puede éste pedir la declaración de culpabilidad del otro en juicio ulterior, cuando hubiere incurrido en adulterio, infidelidad grave o en grave inconducta moral posterior a la sentencia".

Ahora bien, el actual régimen introducido por la ley 23.515 también consagra en el art. 198 del Cód. Civil el deber de fidelidad. Respecto al alcance que debe dársele al mismo, mientras algunos autores sostienen que subsistiría en tanto el vínculo matrimonial no se disuelva, o sea, que la separación personal no extinguiría ese deber (conf. Vidal Taquini, C.H., "Matrimonio civil. Ley 23.515" coment. art. 198, p. 248/249, N° 5 y coment., art. 207, ps. 489/490, N° 4; Belluscio, A. C., "Manual de Derecho de Familia", t. I, p. 330 y sigte.; N° 178; Bendersky, M., "Nuevo régimen consensual de separación personal y divorcio, por presentación conjunta de los cónyuges, en el derecho argentino" en LA LEY, 1987-E, 734; D'Antonio, D.H., "Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515", p. 210, Méndez Costa, "Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515", p. 183; Novellino, N. J., "Nuevas normas de familia. Matrimonio. Divorcio. Ley 23.515", p. 215; Mazzinghi, J. A., "Nuevo régimen de matrimonio civil. Ley 23.515, p. 126 y sigtes., apart. III, en especial punto b; Borda, G.A., Tratado de Derecho Civil --Familia--, t.I, p. 196 y sigtes., N° 247, 9ª ed); otra corriente doctrinaria no menos prestigiosa entiende que basta que se decrete la separación personal de los cónyuges --aunque se mantenga el vínculo-- para que ya no corresponda exigir ese deber de fidelidad en los cónyuges (conf.: Bossert-Zannoni, "Manual de Derecho de Familia", pág. 201 y sigtes., N° 185, en especial apart. c); véase también votos de los doctores Bossert y Zannoni en causas pub. en CNCiv., sala F, pub. en LA LEY, 1991-A, 275 y CNCiv., sala A, en LA LEY, 1985-D, 583, respectivamente; Lagomarsino-Urriarte "Separación personal y divorcio", p. 431 y sigtes., N° 431; Hamudis, A. S., "Acerca del deber de fidelidad y la posibilidad de promover una demanda de divorcio por las causales del art. 202 de la ley 23.515 después de la separación personal", en JA del 7/12/88, p. 7; Lloveras-Assandri, "Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges. Ley 23.515", p. 171 y sigtes; Biscaro-García Ghiglini, "Derechos y deberes de los cónyuges", en JA del 28/12/88, p. 1).

Como se ve, y más allá de la postura que pudiera adoptarse --a los efectos que aquí corresponde examinar-- lo cierto es para que el deber de fidelidad cese resulta indispensable, al menos, la sentencia judicial, que decreta la separación personal o el divorcio vincular. De ello se sigue, entonces, que la separación de hecho de los esposos no excluye el deber de fidelidad (conf.: esta sala, en LA LEY, 1991-A, 273; CNCiv., sala A en causa libre N° 64.318 del 13/8/90; CNCiv., sala G en causa libre N° 148. 275 del 30/8/94; íd. íd. en ED, 132-635, entre otras) y, por tanto, cualquiera hubiere sido el lapso que transcurriera desde que se operó la misma, la acreditada relación extramatrimonial mantenida por el esposo que se da en la especie encuadra con nitidez dentro de la causal invocada, cuya realidad no sólo ha sido admitida por el propio marido sino que surge acabadamente comprobada a través de los diversos testimonios producidos en la causa.

Por otra parte, para que se configure la causal en estudio no resulta indispensable tampoco --como se afirma-- que exista el ánimo de lesionar porque, como bien afirma Llambías citando a Prayones (conf.: "Código Civil anotado", t. I, coment. art. 67 de la ley 2393, p. 577, N° 13), en definitiva, también hay injuria cuando se falta a los deberes recíprocos de los esposos, tal como ocurre en el sub-lite. Es decir, también encuadra dentro de esta causal el incumplimiento deliberado y consciente de los deberes personales emergentes del vínculo matrimonial, ofendiendo al otro cónyuge en sus afecciones legítimas de marido o de mujer, en su dignidad o amor propio, en su honor o decoro.

Por último, es de hacer notar que aun cuando por vía de hipótesis pudiese aceptarse el criterio sustentado en el precedente jurisprudencial que se cita en la expresión de agravios de la sala C de este tribunal, lo cierto es que la solución del caso en análisis no variaría, desde que en aquél se había acreditado inequívocamente que la separación de hecho se había producido con anterioridad a la unión concubinaría mantenida por uno de los esposos y, en cambio, en el presente dicho extremo no ha quedado despejado por ninguna de las probanzas arrojadas.

En tal situación, corresponderá confirmar la sentencia recurrida.

III. La cuestión planteada por la demandada en su escrito responde, pretendiendo se fije una suma a fin de reparar el daño moral que se le habría infringido no puede ser materia de tratamiento no sólo porque esta parte no apeló la sentencia sino que, aun cuando ello no hubiera ocurrido, dicha petición no integró el contenido de la reconvencción deducida (conf.: art. 163, inc. 6°, del Cód. Procesal).

Por todo lo expuesto, si mi voto fuese compartido propongo se confirme la sentencia recurrida en todo cuanto decide. Las costas de alzada habrán de ser soportadas por la actora que resulta vencida (art. 68 y concs. Cód. Procesal).

La doctora Conde dijo:

Me adhiero al fundado voto del vocal proopinante.

La doctora Highton de Nolasco dijo:

Me veo obligada a disentir con mis muy distinguidos colegas.

La actora vive en E. ... Capital Federal. Era el hogar conyugal y continúa viviendo en él desde hace más de 30 años (absolución de posiciones de fs. 193 a tenor del pliego de fs. 192; testigos fs. 268, 268 vta., 268 vta./269, 269).

El actor vive en San Nicolás, Provincia de Buenos Aires, desde hace 12 años (testigos: informe socio-ambiental); está jubilado, enfermo, operado de la columna desde hace 4 o 5 años (testigos, informe del sanatorio; antes vivió en Buenos Aires, entre otros domicilio, en Santa Fe ... Alrededor de 1957 vivía sólo y desde 1958 lo hace con S. (informe socio-ambiental; informe del sanatorio; certificado de matrimonio perteneciente a archivo de extraña jurisdicción).

Ello significa que al tiempo de interposición de la demanda hacía aproximadamente 34 años que los cónyuges I-N. no convivían en el mismo domicilio. Cabe apuntar que en su absolución de posiciones la demandada no se atrevió a decir que el domicilio de I. era el de Esquiú limitándose a contestar "no lo sé" a la tercera posición justamente referida a la falta del actor respecto de tal domicilio durante 30 años (absolución de posiciones). Sobre ello se la puede tener por confesa en los términos del art. 417 del Cód. Procesal.

Reconoce la demandada que jamás fue a San Nicolás donde --reitero-- vive el actor desde hace 12 años; en San Nicolás nadie la conoce (salvo quienes estuvieran en contacto con ambos más de 30 años atrás); cuando el actor fue operado no lo atendió ni participó (informe del sanatorio).

De acuerdo a su tesitura de no estar separada siquiera de hecho, debió al menos haberlo acompañado, no siendo suficiente excusa la de su profesión.

No ha actuado la demandada de buena fe al contestar la demanda, ya que faltó a la más mínima verdad, al indicar que todavía existía convivencia con el actor, aunque algo limitada por su actividad en la Fuerza Aérea, más aun cuando éste tiene casi 80 años de edad al tiempo de iniciar la acción y hace bastante tiempo que esta jubilado.

También lo hacen sus testigos ¿Cómo y cuándo iba I. a pasearse reiteradamente por las escaleras con un portafolio, viniendo de trabajar, si vivía en San Nicolás? Menos creíble aún es la historia de la atención de I. en ropa de cama y durmiendo en la pieza matrimonial, para luego salir a comprar comida, que cuenta la hermana de la demandada. Los dichos de estos testigos son poco precisos y al ser interrogados caen en la más absoluta ambigüedad, ya que todos dicen que "no saben" si el actor en algún momento abandonó el hogar (respuesta 4ª). Pues siquiera aceptando en algo sus declaraciones, según ellos mismos, hace por lo menos 2 ó 3 años que I. no aparece por allí. Y de acuerdo a la sana crítica, aun cuando en los anteriores 27 o 30 años haya llegado hasta el departamento de la calle Esquiú en algunas oportunidades, ya que allí todavía vive un hijo suyo, considero que efectivamente, hace más de 3 años que el actor ni siquiera ha viajado más a Buenos Aires.

La demandada no le sindicó al actor un abandono voluntario ni malicioso; ni adulterio.

La demandada acusa al actor de injuriarla.

¿En qué consisten las injurias graves?

Nadie, en todos estos años ha oído un reproche, un grito ni una pelea --mucho menos un insulto o una falta de respeto-- entre los contendientes en este juicio.

La demandada indudablemente, no sólo sabía que el cónyuge actor no vivía en la calle Esquiú, sino que también sabía dónde vivía, pues ella misma adjunta una esquila dirigida por la Fuerza Aérea al domicilio de la calle Santa Fe ... que data de 1971. Jamás ha morado la demandada en la calle Santa Fe, lo que demuestra que las relaciones eran suficientemente "amistosas" entre ellos para que en 1971 --ya separados de hecho y en diversos domicilios, ambos en la ciudad de Buenos Aires lo que deja sin efecto la noción de que la profesión y la distancia impusieran la falta de convivencia-- él le entregara la esquila de cumpleaños.

¿No puede entonces predicarse la separación de hecho de común acuerdo, o por lo menos, aceptada y consentida? Y, en tal caso, sería aplicable a la doctrina que se desprende de precedente jurisprudencial L. 98.770 de la sala M de esta Cámara, donde por voto del doctor Daray, acompañado por la doctora Alvarez, se resolvió que "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 3 años que la ley exige de separación antes de decretada la disolución del vínculo matrimonial, no puede ser reputada como injurias graves" (LA LEY, 1993-E, 15, con nota de Biscaro, Beatriz R., Deberes y derechos matrimoniales durante la separación de hecho).

¿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?

Se le está pidiendo al actor que haya peticionado oportunamente la separación personal a fin de recuperar la libertad sexual; mas ¿podría haberla peticionado hace 35 años? La única separación personal normada legislativamente era el divorcio no vincular del art. 64 de la ley de matrimonio civil "el divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial", siendo sus causales las enumeradas en el art. 67, ninguna de las que se daban en el caso.

Y por cierto, tal como lo apunta el exhaustivo voto del vocal preopinante, el art. 71 bis indicaba expresamente que aún entonces subsistía la obligación de fidelidad.

Los cónyuges de autos no convivían en la misma casa, no probó la demandada que la separación fáctica fuera transitoria, ni forzada o no consentida, ya que su posición de desconocer siquiera la falta de convivencia luego de tantos años implicó una deslealtad procesal. Jamás requirió la continuidad de la convivencia.

¿Recién luego de la separación personal decretada judicialmente podrá cada cónyuge fijar libremente su domicilio o residencia? (art. 206, Cód. Civil). La respuesta a este interrogante, de acuerdo a la ley escrita, debe ser afirmativa: después y no antes. Sin embargo tal aseveración legal no está de acuerdo a la realidad fáctica del matrimonio de autos, quienes viven efectivamente en lugares distintos desde hace tanto tiempo.

Por otra parte, la causal objetiva ahora incorporada al Código presupone la falta de cohabitación, lo que implica que también presupone que los cónyuges antes de la separación personal o del divorcio han fijado domicilio o residencia por separado.

Al tiempo de iniciarse el presente juicio no estaba vigente el art. 71 bis que implicaba la obligación de mantener el deber de fidelidad. Si las partes ya vivían separadamente, anticipando el momento de fijar residencia ¿estaban obligadas a vivir solas? La mínima libertad personal, la prevista constitucionalmente en la zona de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional, cuyo texto permanece y no ha sido modificado, aparecería violada si se considerara como necesario el convertirse en ermitaño o mantenerse solitario. No ha habido escándalo público, ni ofensa alguna en la recatada y normal convivencia del actor con S., ni lo pretende la demandada que aduce no haberse dado siquiera por enterada. A ello se agrega el art. 42 de la nueva Constitución Nacional que impide toda forma de discriminación.

Conste que considero que durante la cohabitación de los esposos rige en forma total y absoluta el deber de fidelidad que se deben los cónyuges (art. 198, Cód. Civil). Pero cuando están separados, cuando no se prestan asistencia ni colaboran personalmente ante la enfermedad del otro (informe del sanatorio), aparece como excesivo, a fines de 1994 cuando la sociedad toda --muy especialmente los jóvenes-- goza de libertad personal que incluye aspectos sexuales, decirle al actor que --luego del fracaso en el matrimonio con la demandada, cualquiera haya sido su causa-- debió quedarse solo para toda la vida.

Coexistimos en sociedad y tal coexistencia tiene una valoración positiva bajo el concepto de la solidaridad. Tal coexistencia se presenta como la actuación funcional de relativos cuya vida asociada ha alcanzado la suprema unidad del nosotros como destino y como empresa. Atendiendo a la dación directa de sentido que proviene de la existencia de cada relativo, ha de hablarse de solidaridad por oposición a la extranjería o aislamiento. La solidaridad, como valor jurídico de autonomía consiste en soportar en parte el destino personal de otro, sin más fundamento para ello que la cercanía vital en que ambos se encuentran al convivir. El aislamiento, al revés, como el paralelo desvalor de autonomía, es desintegrante y consiste en aislarse del grupo social, haciéndose un extraño para los otros al enclaustrarse en el propio mundo individual. El incremento del aislamiento entre los miembros de la comunidad crea disociación; la comunidad pronto muestra signos de división entre sus miembros. En lugar de experimentar retiro, el ser humano está motivado a compartir su vida y a tomar de otros sus metas y objetivos (Cossio, Carlos, "El derecho y los valores parcelarios", LA LEY, 126-934-938; Cueto Rúa, Julio César, "Judicial methods of interpretation of the law", capítulo IX, "Anxiological factors in the process of interpretation and in the choice of methods").

De lo expuesto concluyo como insuficientemente injuriosa la actuación del cónyuge actor de haber formado pareja luego de la separación de hecho.

La interpretación contraria implica exigir que los justiciables mientan a la justicia. El actor presentó su certificado de matrimonio mexicano para demostrar la causal objetiva, por la que se hace lugar a la acción (art. 214, inc. 2°, Cód. Civil), sentencia que en este aspecto se encuentra firme y consentida. ¿Debió mentir y decir que vivía sólo desde 1957, que jamás había sentido deseos sexuales, o por lo menos, que jamás había hecho uso de su capacidad sexual durante estas décadas?

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.

Los conceptos vertidos por los legisladores se refieren o son descriptivos de conductas humanas, y en la interpretación de la ley, si la norma que aparece como aplicable al caso tiene consecuencias inesperadas, corresponde al juez repasar en profundidad las cuestiones a él sometidas, a fin de llegar a una base adecuada

para la justa adjudicación de la disputa. La lógica, la historia, la costumbre y el bienestar social constituyen parámetros aceptados de la recta conducta, son las fuerzas que solas o combinadas dan forma al progreso del derecho; la teoría judicial es la que debe mostrar la naturaleza dinámica del derecho con los caracteres de un proceso de ingeniería social por medio del cual los esfuerzos humanos se organizan para satisfacer el mayor número de necesidades humanas con el menor sacrificio posible de otras necesidades. La vida del derecho no ha sido la lógica, ha sido la experiencia (Cueto Rúa, Julio César, ob. cit.; Cueto Rúa, Julio César, El "common law" (Modernas tendencias), LA LEY, 84-816/832, con citas de Oliver Holmes, Roscoe Pound y Benjamín Cardozo).

Voto, en consecuencia, por la revocatoria de la sentencia en cuanto admite la reconvencción por injurias graves, adhiriendo a lo expresado por el doctor Posse Saguier en lo demás que decide.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia recurrida en todo cuanto decide. Las costas de alzada habrán de ser soportadas por la actora que resulta vencida (art. 68 y concs., Cód. Procesal). -- Fernando Posse Saguier. -- Ana M. Conde. -- Elena I. Highton de Nolasco.