

SEPARACIÓN DE HECHO SIN VOLUNTAD DE UNIRSE VS. APLICABILIDAD DEL ART. 198 DEL CÓDIGO CIVIL

por Juan Rolando Canteros¹

El Divorcio Vincular es la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial, que distingue la separación de cuerpos, que es la separación personal o divorcio no vincular. Este último no disuelve el vínculo matrimonial, sino que se refiere a la cesación del deber de cohabitación o convivencia, pero no restituye la aptitud nupcial de los cónyuges separados.

Los principios sobre los que se encuentra asentado este instituto (el vincular??) son los siguientes: a) irrenunciabilidad de cualquiera de los cónyuges separados a petitionar el divorcio vincular; b) emplazamiento en la situación de “separado” por vía de una acción constitutiva de estado de familia; c) Efecto no disolutorio y d) cesación del deber de cohabitación y de las obligaciones y derechos que de él deriven.

Bueres describe los tres elementos que componen del art. 198 de la Ley 34.515: a)

El **deber de fidelidad**, la especial lealtad que se deben los cónyuges por causa de matrimonio en todos los aspectos de la vida y no sólo en orden al ejercicio de la sexualidad (por ello se suele hablar de una fidelidad material y de una fidelidad moral); b) **deber de asistencia**, tradicionalmente se ha distinguido aquí una faz moral, referida al auxilio inmaterial, a la ayuda espiritual, al apoyo afectivo; y una vertiente material constituida por los alimentos. Esta división es válida con fines didácticos de esquematización; pero, en la vida diaria la asistencia conyugal abarca a toda necesidad física, moral, espiritual, intelectual y afectiva que un esposo tenga y que el otro esté posibilitado de atender, de acuerdo a los usos y costumbres socio-familiares vigentes, aun a costa de molestias, postergaciones y sacrificios personales. El profundo contenido de estas consignas, por su especial referencia a partes anatómicas del cuerpo, implica la idea de un “compromiso personal y perceptible” del cónyuge a tal punto que, “aquello que la moral hace esperar de los amigos íntimos, el Derecho lo manda entre cónyuges”; c) **deber de alimentos**, la asistencia económica que se deben los cónyuges.

¹ Secretario Relator, Juzgado Civil y Comercial N° 4 (Familia y Menores). Goya

En el presente artículo, se analiza la aplicabilidad o no del art. 198 de la Ley 23.515 en aquéllas separaciones de hecho de larga data, ya sea de 2, 9 15 o 20 años, en un juicio de divorcio vincular por uno de los cónyuges contra el otro, por las causales subjetivas (adulterio, injurias graves y/o abandono voluntario y malicioso).

Aceptado que el derecho positivo debe acoger normativamente el divorcio en razón de la quiebra o fracaso del matrimonio, sin mengua del régimen clásico del divorcio fundado en causas imputables a los cónyuges, corresponde precisar el modo en que debe hacerlo. Ningún régimen legal ha logrado “objetivar” de tal modo el concepto de fracaso o de quiebra matrimonial que impida al juez conocer las causas que han mediado en el conflicto. En todo caso, si se pretendiese una fórmula genérica que autorizase el divorcio en el supuesto, ella no podría funcionar por la sola alegación de un cónyuge –a riesgo de aceptar lisa y llanamente el divorcio por voluntad unilateral e incausada a él-, sino que tal alegación del fracaso matrimonial debe ir acompañada de pruebas.

Es si como, en la gran mayoría de las legislaciones –por no decir en todas- se tiende a prefigurar normativamente los casos en que debe considerarse que un matrimonio ha quebrado, o que está destruido. Y se recurre a la separación de hecho de los esposos como circunstancia reveladora de que la unión matrimonial ha quebrado. El cese de la cohabitación, mantenida durante cierto lapso denota, a priori, que la quiebra es definitiva y que no cabría esperar, razonablemente, que la unión se reconstituyera. Los criterios de los legisladores no son uniformes en ese lapso señalado, y van desde no menos de un año, pudiendo llegar a los seis (art. 237, Cod. Civil francés) o a siete (art. 3º, inc. 2º, b, ley italiana de 1979) para el caso de separación de cuerpos anterior a la vigencia de ella, si no hay acuerdo de los esposos en solicitar el divorcio, y quien lo hace es el culpable de aquella.

Sin embargo, la cuestión se hace difícil cuando por un lado, se plantea la posibilidad de decretar el divorcio por la sola circunstancia de haber cesado la cohabitación durante un término más o menos prolongado, y por el otro, se tiende a resguardar los postulados del divorcio-sanción. Si, como se ha dicho, no es aconsejable admitir el divorcio por voluntad incausada de un cónyuge –que constituiría retorno a la

repudiación del derecho romano-, ¿no sería éste un modo de introducirlo siendo que, en los hechos, el propio culpable de la separación de hecho puede, al cabo, venir a pedir el divorcio?

Se está habituado a enfocar el tema de la separación de hecho entre cónyuges desde la condena genérica al poder dispositivo de la voluntad de uno o ambos para dispensarse de convivir. Se parte del supuesto de que lo deliberan y deciden, por la sola autoridad de su arbitrio; o, del caso en que uno de los cónyuges abandona al otro; o del hipotético caso en que uno de los esposos, agraviado por el otro, se retira voluntariamente del hogar creyendo tener una justa causa para hacerlo. Todo ello, hasta aquí, se desarrolla en la secuencia de los puros hechos, cuyos matices exhibe cada caso particular.

Pero es evidente que la separación de hecho, en la realidad dinámica de la vida, tiene su antes y también su después. El después de toda separación de hecho es un transitorio o definitivo proyecto existencial que los cónyuges asumen inevitablemente desde la ruptura: la quiebra de la convivencia matrimonial. Y si bien tanto la convivencia, como la separación, son antológicamente situaciones fácticas, ambas requieren una adecuada integración al estatuto normativo que las presupone. La convivencia, como situación fáctica, está presupuestada en el estatuto del divorcio y sus defectos.

Se puede, dentro del rigor formal sin concesiones, sostener que la situación fáctica de la separación del hecho –valga la redundancia- no logra asimilarse al estatuto normativo del divorcio, y, porque supone una dispensa de la cohabitación no legitimada jurídicamente, concluir que es intrascendente para modificar el estatuto que rige las relaciones personales y patrimoniales del matrimonio unido. Pero esta conclusión no podrá evitar que la separación se proyecte día a día en las situaciones jurídicas, creando permanentemente una discordancia con las directivas tenidas en cuenta por el legislador al consagrar el estatuto personal y patrimonial del matrimonio unido.

El debate acerca de la perduración de este deber con posterioridad al divorcio no es nuevo en nuestra doctrina y jurisprudencia, y se ha desarrollado en paralelo a la introducción de reformas legislativas. Originariamente, el art. 208 del Código Civil establecía que los esposos que viviesen separados durante el juicio de divorcio o en

virtud de una sentencia de divorcio tenían obligación de guardarse mutua fidelidad. La ausencia en la ley 2393 de una disposición igual o semejante contrasta con las modificaciones de significación en esta materia introducidas por la ley 17.711, entre las que se ubican los arts. 71 bis y 3574, además del art. 6° del nuevo ordenamiento, referente a los matrimonios que hubiesen sido disueltos durante la vigencia del art. 31 de la ley 14.394. La interpretación de este texto legal no fue en absoluto pacífica y dio lugar a enconadas críticas. También existe la separación de hecho convenida por ambos cónyuges, pero siendo indisponible la cohabitación, la ley no legitima el acuerdo o convenio de los esposos de vivir separados, dispensándose mutuamente de convivir en el mismo domicilio.

A partir de la vigencia de la ley 23.515, es alegable la separación de hecho sin voluntad de unirse, como causal objetiva de separación personal o de divorcio vincular (art. 204 y 214, inc. 2°, Cod. Civil). Claro que, en este caso, no se imputa abandono de un cónyuge por el otro sino la quiebra de la unión matrimonial determinada por la interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse durante el término que las normas citadas establecen. Bendersky, D'Antonio, Novellino, Méndez Costa y Belluscio sostienen que debe mantenerse el deber de fidelidad de los esposos separados. Por su parte, Borda defiende la posición según la cual, después de la separación, debe entenderse que subsiste un deber de fidelidad atenuado: la obligación de fidelidad perdura porque si el derecho alimentario del cónyuge que lo conserva se extingue, aunque fallezca su concubino caerá en la insolvencia.

Por el contrario, la tesis negativa invocada es invocada por Zannoni, Bossert, Hamudis, Bísaro, García de Ghiglini, Lloreras y Assandri, entre otros. La fundamentación de esta postura reside, principalmente, en que el legislador de 1987 no previó en forma expresa la subsistencia del deber de fidelidad y en que la manifiesta derogación contenida en aquel precepto, reformada por el argumento de que la sanción prevista en el art. 210.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en afirmar la posible relativización de la imposición de la letra muerta del art. 198 de la Ley 23.515, en los casos antes indicados. La doctrina expresa que cuando ambos esposos, conforme a lo prologado del tiempo, no tuvieron intención de volver a unirse, ni recobrar la

cohabitación perdida, tácitamente han consentido la situación. La jurisprudencia afirma que: "...la pasividad mantenida durante largo tiempo entre los cónyuges, sin el menor signo de reanudar la convivencia, puede ser interpretada como la adhesión a la situación existente, por lo que la actitud del cónyuge que se dice abandonado por el otro, permite inferir la existencia de un acuerdo de voluntades respecto del alejamiento del cónyuge que, al margen de la discusión de la culpa en su origen, fue finalmente aceptado tácitamente por ambos" (CN Civ, Sala A, 26/10/90, LL, 1991-B-167; Sala C, 13/2/90, LL, 1990-E-32).

En una posición más realista, algunos tribunales en sus fallos han considerado que el deber de fidelidad entre los cónyuges no se mantiene después de la separación de hecho, toda vez que contraría el sentido común mantener el mencionado deber que obligaría a una abstinencia sexual en tanto no recaiga sentencia de divorcio. El deber de fidelidad consagrado en el artículo 198 del Código Civil excluye la posibilidad de que cualquiera de los esposos mantenga relaciones sexuales, sean casuales o permanentes, con un tercero. Dado su carácter absoluto, no existe la posibilidad de excusarse ante el incumplimiento de dicho deber por parte del cónyuge.

La opinión de la Dra. Highton es interesante, al reiterar la doctrina seguida por la sala M, de la misma Cámara, en virtud de la cual si los cónyuges decidieron de común acuerdo la separación de hecho, sustrayéndose voluntariamente del cumplimiento de determinados deberes maritales como son el de cohabitación y el de débito conyugal, 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 decretar la disolución del vínculo matrimonial, no puede ser reputada como injuria grave. La doctora Highton señala que tal doctrina es aplicable al caso de autos toda vez que los cónyuges no convivían en la misma casa desde más de treinta años y la demandada no probó que dicha separación fuera transitoria ni forzada; jamás requirió la continuidad de la convivencia por lo que debe concluirse, que, al menos, la consintió. Por ello consideró excesivo considerar injuria grave la relación extramatrimonial posterior a la separación, que no constituyó escándalo público ni ofensa alguna contra la demandada, quien adujo no haberse dado siquiera por enterada.

En aplicación de la teoría de los propios actos, se sostiene que ninguno de los cónyuges podrá invocar la situación que él mismo consintió para obtener una ventaja o un beneficio o pretender una sanción para el otro. Por la separación de hecho, ambos cónyuges se sustraen para el futuro del débito conyugal y ninguno podría pretender del otro mantener con él relaciones sexuales, ni podría valorarse como injuria su negativa.

La doctrina anterior a la introducción del divorcio pleno o vincular en nuestra legislación se pronunciaba por la subsistencia del deber de fidelidad con posterioridad a la separación fáctica de los cónyuges, aun cuando con algunas excepciones, solución que se compadecía con el régimen imperante.

Ya introducido en nuestro derecho positivo el divorcio vincular que, no debe olvidarse, concurre con la separación personal o divorcio simple, cabe interrogarse sobre la eventualidad de la subsistencia o que no existen en nuestro derecho vigente normas de las que puedan extraerse soluciones al respecto. Piensan algunos doctrinarios que debe partirse de la realidad jurídica, la cual indica que hasta que el estado de familia matrimonial no se vea desplazado o modificado por una sentencia judicial, permanecerán rigiendo los derechos y deberes inherentes a tal estado y que, si bien existe un estado de familia específico en relación a la separación de hecho, del mismo no resulta la alteración de los deberes-derechos conyugales que acompañan al de cohabitación, único integralmente suspendido.

En ese sentido, Zannoni y Bísaro encuentran que la aplicación de la doctrina de los propios actos, aun cuando se la parcializa con la expresión de “algún modo”, impide que se pretenda hacer valer un derecho en contradicción con anterior conducta. Igualmente, sostiene que si se considera la separación de hecho como ilegítima, ninguno de los cónyuges podrá invocar la situación ilegítima que él mismo consintió.

Si se veda al esposo ofendido de contra-demandar ante la infidelidad –en este caso reconocida y comprobada-, se estaría conculcando al mismo el derecho de ejercitar una pretensión derivada del accionar ilícito del ofensor. Adviértase que, siendo admisible, luego de la reforma de 1987, el ejercicio de una acción autónoma tendiente a dejar establecida la culpa en la separación de hecho, podría darse el supuesto abiertamente contradictorio de negarse al cónyuge inocente el derecho a poner en

movimiento las acciones propias, entre las cuales se incluye la reparación de los daños y perjuicio eventualmente ocasionados.

El ordenamiento jurídico argentino no cuenta con disposiciones como las del Derecho español, que llevan a Zarraluqui a sostener que la obligación de fidelidad cesa aun con la simple separación de hecho, sin necesidad de que exista la sanción judicial. Por el contrario, el deber de fidelidad subsiste en la separación personal, tal como lo señala el Dr. Posse Saguié en su voto, al citar la doctrina ampliamente mayoritaria que así lo considera y también en el divorcio vincular, ya que no puede ser otra la conclusión que se extrae de lo dispuesto por el artículo 218 del Código Civil, al que se calificara oportunamente de sorprendente.

Por cierto que cabrá apreciar las distintas modalidades que dicho deber presenta, ya que en relación con el divorcio éste “adquiere matices que lo muestran como diferente del vigente durante la convivencia matrimonial, tanto en sus fundamentos como en intensidad”. Esas diferencias son las que los jueces podrán meritar en el caso concreto, más no resolviendo derogatoriamente, transformando en lícitos actos jurídicos contrarios a la ley y cercenando derechos a quienes los posee, o valorando conductas consideradas contradictorias, con indebida aplicación de la doctrina de los propios actos.

En este sentido, ante los casos de cónyuges que estuvieron separados mucho tiempo, sin voluntad de unirse y de pronto se reclamen asistencia, fidelidad y alimentos, el suscripto comparte también la opinión, tanto de la doctrina como la jurisprudencia, que no deben prosperar por el amplio tiempo transcurrido. Atento a lo expuesto, tanto normativo, doctrinario y jurisprudencial y los tiempos que corren, considero que el artículo 198 de la Ley 23.515, debe ser revisado, así como sus concordantes de la Ley de Matrimonio Civil N° 23.515.-