¿Subsiste el deber de fidelidad con posterioridad a la separación de hecho?

Analía G. Pastore

La sentencia de la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, dictada el 13 de agosto de 2013 en autos "L., R. R. c/ N., S. M. D. H. s/ divorcio vincular por separado de hecho", si bien reconoce que el deber de fidelidad no cesa automáticamente luego de la separación de hecho, postula su atemperamiento o relativización luego de transcurrido un tiempo razonable desde la separación de hecho convenida por los cónyuges requiriendo para ello que los esposos hayan consensuado la separación y haya transcurrido un tiempo prudencial o razonable desde el alejamiento.

La persistencia del deber de fidelidad conyugal frente a contingencias maritales tales como la separación de hecho, la separación personal y el divorcio vincular ha dividido a nuestra doctrina perfilándose de un lado aquellos que sostienen su subsistencia hasta la disolución del vínculo matrimonial (Carlos H. Vidal Taquini, Augusto César Belluscio, Fernando Posse Saguier, Eduardo A. Sambrizzi); aquellos otros que de modo más radical interpretan su extensión, para supuestos especiales, con posterioridad al divorcio (Daniel Hugo D'Antonio, María Josefa Méndez Costa, Jorge A. Mazzinghi); quienes postulan que la separación personal torna inexigible este deber (Gustavo Bossert, Eduardo A. Zannoni, Carlos A. R. Lagomarsino, Nora Lloveras); y, finalmente, autores que siguiendo el camino trazado por algunos precedentes jurisprudenciales consideran extinguido el deber de fidelidad luego de la separación de hecho -*ab initio* o devenida consensuada-, aunque condicionando tal efecto al transcurso de un lapso de tiempo, determinable –limitándose en este caso a calificarlo como "prudencial" o "razonable"- o determinado –exigiéndose el transcurso de tres años por resultar desde entonces habilitada la causal objetiva del art. 214, inc. 2 C.C. para solicitar el divorcio vincular-, según los diversos matices (Guillermo A. Borda, Eduardo Ignacio Fanzolato).

Ciñéndonos ahora al supuesto de separación de hecho encontramos que la jurisprudencia tampoco es conteste en torno a la subsistencia del deber de fidelidad. En tanto, por un lado, se ha sostenido que la separación de hecho no excluye el deber de fidelidad (CNCiv., sala C, marzo 18/1997, 'V. L. A. c. V., M. C. s/divorcio', ED, 173-570, fallo 48.109; sala F en LL, 1991-A-273 [3]; sala A, en causa libre N° 64.318, del 13/8/90; sala G, en causa libre N° 148.275, del 30/8/94; sala F, octubre 12/1994, 'I., E. E. c. N., E. D.' [ED, 166-219] JA. 1995-III-350/355; entre otras); por el otro, se ha postulado la atenuación o disminución del nivel de exigencia de cumplimiento de tal débito, como en el fallo que ha impulsado estas líneas.

Nuestro ordenamiento jurídico no regula de modo integral la separación de hecho sino que le atribuye explícitamente ciertos efectos jurídicos reservados para contadas situaciones especiales que, no obstante, no comprometen el vínculo matrimonial ni los deberes inherentes al mismo, más allá de las consecuencias derivadas de la atribución de culpabilidad (arts. 1306, 3er. párr.; 3574, 2do. párr.; 204 y 214, inc. 2º C.C.).

En mérito a la previsión explícita del art. 198 del C.C. que impone el deber de fidelidad

inherente al matrimonio sin formular distingo alguno, en el contexto normativo actual, pareciera acertado interpretar que la mera separación de hecho no opera *per se* liberando a los cónyuges del deber de fidelidad. Tampoco puede inferirse de los arts. 204 y 214, inc. 2º C.C. que la sola separación de hecho durante los plazos allí previstos exima a los cónyuges de dicho deber. Cuando el alejamiento de los esposos se extiende durante los plazos aludidos en tales normas, no se extingue el deber de fidelidad sino que se genera una causal objetiva que habilita la solicitud de separación personal o divorcio vincular. En otras palabras, la separación de hecho convenida, cumplidas las condiciones legales, es causal de separación personal o divorcio vincular, en tanto que éste, a su vez, conlleva la extinción del deber de fidelidad. No es dable, entonces, omitir la disolución del vínculo conyugal para derivar de la separación de hecho, aunque consensuada por los esposos, la eximición del deber de fidelidad.

De ello surge que, conforme el plexo normativo actualmente vigente, el deber de fidelidad subsiste más allá de la voluntad de los cónyuges resultando exigible hasta tanto no medie sentencia judicial de divorcio vincular. El escueto ámbito de desarrollo que la ley reconoce a la autonomía de la voluntad de los esposos no incluye la posibilidad de dispensarse mutuamente el deber de fidelidad, legalmente plasmado con permanencia e indisponibilidad.

El intento de atribuir a la separación de hecho consecuencias jurídicas que la ley no prevé –pudiendo haberlo hecho, como lo hizo en otros casos- invocando la ausencia de norma que declare la subsistencia del art. 198 C.C. y deduciendo de ello una supuesta falta de prohibición expresa de infidelidad, resulta abiertamente contrario al estatuto jurídico matrimonial.

El estado matrimonial no deviene alterado por la separación de hecho de los esposos, si bien impacta, lógicamente, sobre el deber de cohabitación, además de proyectarse sobre la vocación hereditaria (art. 3575 C.C.), la determinación de la paternidad (arts. 243 y 245 C.C.), entre otros.

Tampoco parece acertado encuadrar como un ejercicio abusivo del derecho la pretensión del cónyuge que pide la declaración de culpabilidad del otro por haber incurrido en adulterio después de varios años de separación de hecho, ya que el cónyuge inculpado contaba con los medios legales adecuados para resguardarse de esta imputación solicitando, oportunamente, la disolución del vínculo matrimonial (art. 214, inc. 2 C.C.). Si la ley requiere que el distanciamiento de los esposos se prolongue durante, al menos, tres años para solicitar el divorcio es, entre otras razones, porque considera y privilegia una posible reconciliación, evento cuya ocurrencia, sin embargo, no se encuentra limitada por tal lapso temporal sino por la sentencia de divorcio vincular que, en todo caso, dependerá de la voluntad de alguno de los cónyuges.