



CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION 1 MESA DE ENTRADA	
21 JUN 2005	
SEC. D	3663 FOLIA 12

Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

ARTÍCULO 1º: Modifíquese el artículo 198 del Código Civil, que quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 198: *Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos. Cesa el deber de fidelidad si los cónyuges se encuentran separados de hecho.*

ARTÍCULO 2º: Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.-

Dr. ADRIANA R. BORTOLOZZI de BOGADO
Diputada Nacional



Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

FUNDAMENTOS

SEÑOR PRESIDENTE:

I.- INTRODUCCIÓN:

Si bien es cierto que no existe un estatuto de las relaciones personales entre conyugues separados de hecho,- que este proyecto de Ley procura superar- la dispensa de cohabitar suele ser una dolorosa pero razonable alternativa que impone la realidad de un matrimonio fracasado. Las conductas de los cónyuges durante ese lapso no pueden ser tratadas con los mismos efectos que durante la plena comunidad de vida.

Como lo sostiene la Dra. Elena I. Higton de Nolasco, no hay dudas que los esposos se deben mutuamente fidelidad, tal como lo dispone el Código Civil y toda la legislación que lo precede (art. 198 C.C.). Desde su punto de vista,- que compartimos- la fidelidad, tanto material como moral, es un derecho- deber de los cónyuges que constituye la base del matrimonio, y así lo ha sido siempre. No es éste el problema sino ¿hasta cuándo? ¿Cuánto dura o hasta cuando subsiste ese deber recíproco de fidelidad, cuándo los cónyuges se separan, ya no conviven ni desean convivir juntos? (*"Fidelidad" ¿Hasta Cuándo?* Derecho de Familia, Lecciones y ensayos, p. 37. En igual sentido la Dra. Kemelmajer de Carlucci, con la lucidez que la caracteriza, sintetiza las premisas fundamentales en que se basa la postura de la inexistencia del deber de fidelidad entre los cónyuges separados de hecho desarrollando exhaustivamente argumentos de orden jurídico, axiológico y sociológico. Afirma, entre otros importantes fundamentos, que: "La separación de hecho configura un estatuto intermedio, que no tolera la aplicación automática y sin matices de las normas establecidas para la vida en



Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

común. El art. 198, CCiv., 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" Posición por la que también transitaron las juezas Stella Zabala de Copes y Elsa Cabrera de Dri en los fallos del Tribunal de Familia de Formosa. Esta última autora del presente proyecto.

II. DESARROLLO:

1) La "separación de hecho" en el derecho vigente

Ambas juristas coinciden en que aunque el Código carece de un estatuto que rija las relaciones personales entre los cónyuges durante la separación de hecho, los arts. 204 y 214, inc. 2º, ley 23.515 prevén la separación de hecho, como causal objetiva de separación y divorcio; admite, pues, que la cohabitación cese mediante un acto de autonomía de voluntad sin que en el futuro las partes puedan atribuirse abandono voluntario y malicioso.

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. Acreditada la separación de hecho, ninguno de los esposos puede pretender del otro mantener con él relaciones sexuales, ni ameritaría como injuriosa su negativa. La contrapartida se traduce en la imposibilidad de imputar adulterio o injuria por el hecho de que uno de ellos mantenga relaciones con un tercero después que la convivencia quedara interrumpida. Por otra parte, cuando la convivencia se termina por abandono voluntario y malicioso de uno, al abandonado puede negarse a reanudarla sin que sea dable imponerle la reconciliación. Entonces, el abandonante no podría considerar injuriosa a su respecto la negativa a mantener



Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

relaciones sexuales con él, ni puede imputar al abandonado que con posterioridad al abandono haya mantenido relaciones con otro, pues se pondría en contradicción con sus propios actos al haberse sustraído deliberada y conscientemente de la convivencia, tornando inexigible el débito conyugal.

En definitiva se dice no es razonable que los consortes puedan relevarse de algunos deberes y exijan el cumplimiento de otro; relevados los consortes por su propia voluntad de la cohabitación y el débito conyugal, exigir la fidelidad sería un ejercicio abusivo contrario a los propios actos. Es importante tener en cuenta que la infidelidad posterior a la separación de hecho, no fue lo que provocó la separación y que si se atenúa la obligación de fidelidad es porque debe admitirse que mantenerse fiel es improbable.

(CECHILE, A.M., "Deber...", cit., J.A., 1997-IV-881, con citas del derecho español donde se admite la denominada *excusa absolutoria de la infidelidad*.)-

Además, podría estarse discriminando irrazonablemente en contra de la supremacía de los tratados internacionales, en relación a los separados de hecho impedidos de formalizar el divorcio por no haber transcurrido el plazo de tres años, en cuanto a las prohibiciones de injerencia arbitraria en la vida privada y en la familia y su derecho a formar una nueva. La ilicitud que impone mantenerse casto y célibe, evitando la gratificación del placer y vincularse sentimentalmente a terceros consagrada por el régimen matrimonial nacional, que vedaría a los ciudadanos la concreción y satisfacción de sus naturales inclinaciones, postergando sus humanos anhelos de felicidad, de construir un grupo familiar y de procrear, estarían colacionando con los principio universalmente aceptados y consagrados por los tratados internacionales. Mantenerse casto durante los tres años que exige la ley para poder requerir un pronunciamiento que disuelva el vínculo, sería prácticamente imposible. Aceptar que así ocurre sería una ficción.-

Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

La mínima libertad personal, la prevista constitucionalmente en la zona de reserva del artículo 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 hubo en el supuesto escándalo público, no ofensa alguna en la recatada y normal convivencia del actor con una tercera persona. A ello se agrega el artículo 42 de la Constitución Nacional reformada en 1994 que impide toda forma de discriminación.

Como ya se dijo, si bien durante la cohabitación de los esposos rige en forma total y absoluta el deber de fidelidad que se deben los cónyuges cuando están separados, cuando no se prestan asistencia ni colaboran personalmente ante la enfermedad del otro, aparece como excesivo, cuando la sociedad toda- muy especialmente los jóvenes- gozan de libertad personal que incluye aspectos sexuales, decirle a una parte que- luego del fracaso en el matrimonio con la otra parte, cualquiera haya sido su causa- debió quedarse solo para toda la vida.

2) Antecedentes jurisprudenciales y opinión de la doctrina nacional

Con un primer decisorio judicial comenzó a soplar un importante aire renovador sobre el tema (CNCiv., Sala M. 12-VI- 1.992, según voto del Dr. Daray con adhesión de la Dra. Álvarez.), y la polémica continuó planteándose con motivo de una disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco, como integrante de la Sala F de la Cámara Nacional Civil (CNCiv., Sala F, 12-X-1.994, L. 141. 719, "I., E.E. c/N., E.D. s/ Divorcio Vincular" J.A., 1995-III-350; E.D., 166-217.-

También coincidieron en sentido similar las VI Jornadas Bonaerenses de derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, octubre 1994- Comisión III, "Derecho de Familia") donde, frente al tema de convocatoria "La autonomía de la voluntad en el cumplimiento de los



Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

deberes y en el ejercicio de los derechos en el matrimonio", se concluyó que "La separación de hecho modifica el cumplimiento de los deberes y 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"; y que "igual conclusión rige par el abandonante respecto de la infidelidad ulterior del abandono".- (Despacho A, mayoritario. El despacho B minoritario expresaba que "En el derecho vigente, las anteriores conclusiones encuentran valladares insuperables en los arts. 198, 207, 211,, 214, inc. 1º, 218, 1306, 3574, 3969, entre otros" Algunos propusieron además, de *lege ferenda* la introducción de una norma similar a la del derecho español (reforma por ley 30/1981 del 7-VII-1981, según la cual no podrá invocarse como causa de la separación la infidelidad conyugal, si existe previa separación de hecho, libremente convenida por ambos cónyuges o impuesta por el que la alegue).-

Recientemente (septiembre de 2.004) en Rosario, las últimas jornadas de derecho Civil, comisión "V", Autonomía de la voluntad en relación entre los cónyuges, se votó: "El acuerdo de separación de hecho entre los cónyuges implica la cesación del mutuo deber de fidelidad", mayoría de votos 27. "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", mayoría de votos 28.- "Se incorpore expresamente la no vigencia del deber de fidelidad mediando separación de hecho consensuada por las partes", mayoría de votos 21.-

Coincidimos con Arechaga, Patricia ("¿El defensor oficial puede reconvenir por adulterio? Deber de fidelidad y separación de hecho", L.L., 1.996-B-43), cuando celebra que las líneas de pensamiento que ese abren en nuestra doctrina y jurisprudencia, al problematizar la cuestión, permiten revelar la distancia que existe en algunas



Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

situaciones- entre la realidad y la ley, propiciándose la incorporación a nuestro derecho de lo que en el derecho español se conoce como la *excusa absolutoria de la infidelidad*.

III.- CONCLUSIÓN:

Cuando los cónyuges se encuentran separados de hecho no se cumple con el deber de cohabitación, ni con el deber de asistencia en su faz espiritual, ni se puede reclamar el débito conyugal, por ende, tampoco puede exigirse la observancia del deber de fidelidad.

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 sexuales con su cónyuge. Es decir, un derecho por un lado con su correspondiente deber por el otro que enfocan el mismo aspecto.

Exigir el deber de fidelidad en las mismas condiciones a esposos que conviven y a aquellos que se encuentran separados de hecho es, en realidad, conminar a estos últimos a un deber de abstinencia, pues no podrían requerir el acceso carnal con su consorte ni materializarlo tampoco con una tercera persona dado que quedaría configurada la causal de adulterio.

La ley está hecha para seres normales, con sus debilidades y pasiones, y no para los héroes. La mínima libertad personal, la prevista constitucionalmente en la zona de reserva del art. 19 CN, aparecería violada si se considerara como necesario en convertirse en ermitaño o mantenerse solitario".

El transcurso del tiempo muestra una aceptación de la situación de hecho. Es inadmisibles que puedan pretender ejercerse derechos derivados de la unión matrimonial fundados en el afecto que esta unión supone cuando los esposos han interrumpido la cohabitación. Como bien se afirma en una de las sentencias mencionadas, "quien tolera la separación de hecho prolongada y luego pretende un divorcio por la



Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

causal de injurias graves o de adulterio por hechos posteriores a la separación, se vuelve contra sus propios actos".

Dr. ADRIANA R. BORTOLOZZI de BOGADO
Diputada Nacional