



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Publicación: El deber de fidelidad con posterioridad a la sentencia de divorcio

Autor: Jorge A. Mazzinghi

El art. 71 bis de la ley 2393 (Adla, XXVIII-B, 1799), ha sido una norma controvertida, cuya aplicación ha dado lugar a que se la criticara con severidad, sin valorar, a veces, adecuadamente el fundamento de dicha disposición.

El fallo anotado toca tres cuestiones diferentes: a) la primera, de fondo. se refiere a la subsecretaría del deber de fidelidad con posterioridad a la sentencia de divorcio; b) La segunda es de carácter técnico, y consiste en apreciar si es acertada la solución de la ley vigente, que implica una reiteración de juzgamiento, o si, por el contrario, era preferible el sistema adoptado por la Cámara Civil en su fallo plenario del 29 de abril de 1965 ⁽¹⁾; c) La tercera reside en determinar si el art. 71 bis es aplicable a situaciones agotadas con anterioridad a su sanción.

El fallo de la sala C que se basa en un voto del doctor Santos Cifuentes, resuelve con acierto las tres cuestiones indicadas.

I. Subsistencia de la fidelidad

Frente a esta primera cuestión se puede adoptar una posición ceñida a la observancia del texto legal, o penetrar más profundamente en la realidad que la ley regula.

A la luz del art. 71 bis de la ley 2393 no hay la menor duda de que el deber de fidelidad subsiste entre cónyuges divorciados. Sin él, la norma entera carecería de una sanción, como es la declaración del divorcio por culpa del infiel, si éste no estuviese ligado por el deber de fidelidad.

Pera el hecho de que el art. 71 bis constituya la demostración legal de la existencia de tal deber, no significa que sea su fuente.

Los fallos sostenían la vigencia de la fidelidad conyugal entre cónyuges divorciados, mucho antes de que la ley 17.711 introdujera la nueva norma en la ley de matrimonio civil.

Y no puede ser de otro modo, dados los caracteres propios del matrimonio, que nuestra ley civil recoge y consagra.

El vínculo matrimonial es indisoluble, pues así lo indica el orden natural como condición indispensable para que los cónyuges puedan alcanzar el cumplimiento pleno y

¹ CNCivil en pleno 29/4/65, Rev. LA LEY, t. 118, p. 312.



perfecto de los fines propios de la institución que los congrega.

Esta visión del matrimonio, lamentablemente soslayada por la mayor parte de los ordenamientos positivos de nuestro tiempo, se mantiene en nuestro sistema legal, no sólo como una disposición prohibitiva, sino como un principio cardinal, que se proyecta sobre toda la organización de la familia que le infunde solidez, y suscita una justa valoración del significado moral y social que a ésta compete.

La familia es impensable sin matrimonio, y el matrimonio bien concebido no se compadece con la precariedad de la unión que el divorcio vincular acarrea. Siendo ello así, es inobjetable la conclusión a que llega el fallo anotado: "... los divorciados por nuestro sistema continúan casados, con una pérdida de muchos de sus derechos y obligaciones, pero no de este deber que es fundamento mismo de la indisolubilidad y de la monogamia".

El voto del doctor Cifuentes constituye una acabada y convincente exposición de la doctrina que sostiene la supervivencia del deber de fidelidad, en cuyo apoyo trae un voto de Colmo, que mucha años antes de que se implantara el 71 bis, sostuvo, con su habitual agudeza, la misma tesis.

Es claro que quienes sostienen que, declarado el divorcio, los cónyuges adquieren una absoluta libertad de conducta que los jueces no pueden sancionar, llegan a tal conclusión porque atribuyen a la separación legal un efecto que no tiene y que no debe tener: El vínculo subsiste, y los intereses amparados por tal subsistencia (el de los hijos, el de la sociedad, el del otro cónyuge), no pueden ser sacrificados. Ni a los hijos, ni a la sociedad, ni al cónyuge culpable es indiferente la conducta que siga el divorciado inocente luego del divorcio.

II. La solución legal

La cuestión de la conveniencia del sistema del art. 71 bis, se ha discutido, con buenas razones por ambas partes.

Si bien es cierto que la sentencia de divorcio se refiere, como es natural, a hechos que la han precedido, no cabe duda de que la conducta posterior de quien fue declarado inocente se debe reflejar sobre ciertos aspectos derivados del divorcio. El sistema aplicado por el plenario de la Cántara Civil acaso tuviera la ventaja de permitir mayor precisión, pues el juez podría analizar la consecuencia de la culpa frente a cada problema concreto, resolviendo con criterios independientes la tenencia de los hijos, la subsistencia de los alimentos en favor de la mujer, o la vocación hereditaria.

La ley 17.711, al introducir el art. 71 bis, obliga al juez a tomar posición sobre la situación de inocente que, a partir de la sentencia, ostentaba uno de los cónyuges.

Si tal calificación resulta modificada por un pronunciamiento basado en el adulterio o la grave inconducta del cónyuge inocente, surgen -de manera automática- dos consecuencias muy claras: la pérdida de la vocación hereditaria y la pérdida del derecho a los alimentos. En cuanto a la tenencia de los hijos, el art. 76 da preferencia para ejercerla



al inocente, pero con el pronunciamiento dictado conforme al art. 71 bis, ya no hay cónyuge inocente. La cuestión debe ser resuelta, pues, contemplando especialmente un tercer interés fundamental, que es el de los hijos. Y precisamente en homenaje a ese interés, conviene estudiar el comportamiento de cada cónyuge, para deducir de él la solución más conveniente para los menores, libre ya de toda preferencia en favor de un inocente.

O sea que, mientras en el primero de los sistemas se deben resolver aisladamente diversas cuestiones en las cuales incide la conducta del inocente, en el que actualmente rige se resuelve una sola cuestión, al dar por perdida al cónyuge inocente su condición de tal a todos los efectos.

Me parece que esta solución es más sencilla, y que refleja con mayor rigor la situación de los cónyuges divorciados, que por haber asumido un compromiso de fidelidad para toda la vida, no quedan "nunca" en situación de mantener relaciones extramatrimoniales lícitas. Por lo tanto si las mantienen, es lógico que se alteren no solamente ciertos efectos derivados de la sentencia, sino la propia calificación de cónyuge inocente, que no se adecua a quien observa semejante conducta.

III. El art. 71 bis en relación al tiempo

Es este, quizás, el aspecto más interesante del fallo comentado, que a mi juicio ha sido resuelto con criterio muy preciso.

La apelante, sobre quien recayó en primera instancia la calificación de culpable, se agravio por cuanto tal pronunciamiento implicaba la aplicación retroactiva del artículo 71 bis.

El tribunal de alzada acoge ese agravio, en virtud de que la relación adúltera que el cónyuge actor imputa a su consorte, y sobre cuya base pide que se la declare culpable, había cesado antes del 1 de julio de 1968, fecha en que comenzó a aplicarse la ley 17.711, que introdujo la norma del art. 71 bis.

Aplicar tal disposición; a una situación agotada con anterioridad a la vigencia de la ley que la regula, sería violar el principio de irretroactividad de las leyes, que consagra el art. 3 del Cód. Civil.

El fallo lo explica con claridad así, aludiendo al tema del "efecto inmediato" de la ley nueva, e invocando en apoyo de su impecable conclusión la infaltable opinión de Paul Roubier, a quien califica como "mentor mediato" de la reforma de 1968 en este aspecto.

La sentencia no se pronuncia -por no haber planteado el actor su demanda en términos que se adecuaran al derecho vigente con anterioridad a la vigencia de la ley 17.711- sobre las consecuencias prácticas que se derivan de la inequívoca culpa de la demandada.

Como recuerda el voto del doctor Cifuentes, la relación adúltera de la demandada finalizó en una época anterior no sólo a la implantación del art. 71 bis, sino que también



anterior al plenario del f de abril de 1965. Ello abre un interrogante sobre la posibilidad de que el tribunal pudiera haber resuelto la cuestión según el derecho anterior al plenario, es decir aplicando el criterio sostenido por la mayoría o por la minoría del tribunal cuando se dicto el fallo aludido.

En efecto, los hechos que sustentan la demanda ocurrieron, aparentemente, en una época en que la conducta del cónyuge inocente no estaba regulada por la norma legal que hoy rige, ni por el criterio que obligatoriamente impuso -entre 1965 y 1968- la Cámara Civil en pleno.

La duda se circunscribe a saber si era legítima la aplicación del criterio que sostuvo la minoría, y que más tarde constituyó la sustancia del art. 71 bis de la ley 2393.

Y si hemos dicho que coincidimos con la improcedencia de aplicar retroactivamente la norma legal, con mayor razón concluiremos que no es admisible adoptar, 15 años después, un criterio que fue rechazado por la mayoría del tribunal, en 1965.

Parece evidente que en el tiempo en que los hechos ocurrieron no era procedente modificar la calificación de inocente de un cónyuge, y tal apreciación aparece refirmada por el hecho de que se haya dictado una norma legal destinada precisamente a hacer viable tal modificación.

Ello no significa admitir que la cónyuge formalmente inocente, conserve los derechos que emanan de su condición de tal. Invocando la culpa en que incurrió al violar el deber de fidelidad, que ciertamente se mantiene con posterioridad al divorcio -y en esto no hay modificaciones legales ni jurisprudenciales- es obvio que el marido podrá rehusarse al pago de los alimentos en favor de su esposa, podrá disponer de sus bienes por testamento sin respetar la legítima de aquella, y podrá atacar la preferencia para la tenencia de los hijos que ampara a la demandada, según el art. 76 de la ley 2393

Respecto del problema sucesorio, la cuestión no ofrece duda, pues la 2ª parte del art. 3574 agregada por la ley 17.711, especifica que "el cónyuge inocente perderá el derecho hereditario si hubiere incurrido en adulterio o en actos de grave inconducta moral, con posterioridad a la sentencia de divorcio". La disposición emplea términos casi idénticos a los del art. 71 bis de la ley 2393, y no cabe duda de que es aplicable a todos aquellos casos en que la muerte del cónyuge culpable se produzca luego de la reforma.

Aquí no hay aplicación retroactiva de la ley, pues lo que impide el 3574 es que el cónyuge declarado inocente, que incurrió en infidelidad con posterioridad al divorcio, reciba la herencia del otro: Como la herencia sólo se recibe a la muerte del causante, es obvio que no podrá aspirar a ella quien se haya colocado en el supuesto que la ley prevé.

De igual manera corresponde resolver el problema de los alimentos, a pesar de que no existe norma legal precisa que así lo defina. En efecto, el art. 79 de la ley 2393 dispone que "el marido que hubiere dado causa al divorcio debe contribuir a la subsistencia de la mujer..." sin hacer expresa reserva sobre la conducta de ésta. Pero el criterio es firme: Si



la mujer incurre en las situaciones que prevén el art. 71 bis de la ley 2393 o el 3574, su derecho a percibir alimentos del marido cesa ciertamente ⁽²⁾. Respecto de la preferencia para ejercer la tenencia de los hijos, parece también muy claro que el cónyuge declarado inocente en el divorcio no podría prevalerse de tal calificación para retener la tenencia que hubiese obtenido en virtud de aquel pronunciamiento.

Y ello porque la norma sienta el criterio de preferir al inocente siempre que ello "no sea inconveniente para el menor".

La culpa grave en que el cónyuge inocente incurra con posterioridad a la sentencia de divorcio puede funcionar directamente como una causa para revertir la tenencia, sin necesidad de modificar los términos de aquella sentencia. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que el cónyuge reclamante reviste una calidad de culpable que es inamovible, o sea que, en el mejor de los casos para el, el juez deberá proceder en la forma que prescribe el art. 76 de la ley 2393 para los supuestos en que ambos cónyuges fueren culpables.

En suma, no hace falta violar el principio de la irretroactividad -garantía que recoge el art. 3 del Código y que está en la base de la seguridad jurídica- para resolver equitativamente el reclamo del cónyuge culpable, que intenta modificar la situación creada por la sentencia de divorcio que declara inocente al otro cónyuge.

Lo que él no puede obtener, cuando la relación adúltera imputada haya finalizado antes de que rigiera el art. 71 bis, es la declaración de culpabilidad respecto del cónyuge originariamente inocente.

Pero sí puede lograr que se modifiquen, para el futuro, los efectos de la sentencia de divorcio, que la atribución unilateral de la culpa orientó en exclusivo beneficio del otro cónyuge.

Se podrá argumentar que el culpable queda así en una posición más favorable que el inocente, en cuanto dispone de una libertad sexual que la ley niega a este último. Pero tal argumento es inconsistente, primero porque tal libertad no es en sí misma un bien: El bien reside en el orden de la conducta, en su ajuste respecto de los principios morales que la rigen y no en la posibilidad de elegir impunemente el mal.

En segundo lugar, el cónyuge declarado culpable ya ha sido sancionado con la declaración del divorcio en su contra. La ley civil no va más allá, vale decir que no dispensa al culpable del deber de fidelidad, sino que carece de posibilidades represivas si tal violación ocurre. Respecto del inocente, la situación es distinta, pues la sentencia de divorcio lo ha colocado en una situación de ventaja en relación al otro cónyuge: Lo prefiere para acordarle la tenencia de los hijos, conserva la vocación hereditaria que el culpable pierde, y, si se trata de la mujer, goza del derecho alimentario respecto del

² BUSSO, Eduardo B., "Código Civil Anotado - nota 16 al art. 79 de la ley 2393".



marido.

O sea que el inocente tiene muchos puntos a su favor, y es lógico que, para conservarlos, deba mantener una conducta honorable y no repetir los extravíos en que el cónyuge culpable incurrió primero, o acaso en otros más graves.

Preservar la condición privilegiada del inocente, cuando éste ha arrojado por la borda su inocencia, y se conduce como si el matrimonio -que sigue funcionando para él como fuente de derechos- no hubiese existido nunca, sería sancionar una injusticia notable.

La jurisprudencia, por otros caminos, había bloqueado esa posibilidad. Al introducir el art. 71 bis en la ley de matrimonio civil, la ley 17.711 organizó un nuevo dispositivo cuyo fundamento es el mismo de los fallos que la precedieron:

La subsistencia del deber de fidelidad con posterioridad a la sentencia de divorcio.