000283/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de septiembre del año dos mil nueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“A. G. c/ A. M. del C. s/ Div. Vincular - (Art. 214 - Inc. 2° C.C.)” (Expte. N° 283 - Año 2009 CANE)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 165.---------- **A LA PRIMERA CUESTION, el Dr. Lucero dijo**: ----------

----Vienen estos actuados a conocimiento de la alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 149) en contra de la sentencia definitiva dictada en autos (fs. 140/145) por la cual se admite la demanda y se rechaza la reconvención, decretándose el divorcio vincular de los cónyuges G. O. A. y M. del C. A., por la causal contemplada en el art. 214, inc. 2° del Código Civil, declarándose disuelta la sociedad conyugal e imponiendo las costas por su orden.----------

---

----A fs. 148, se presentan los Dres. V. A. F.; G. L. y S. L. F., por sus propios derechos, e interponen recurso de apelación en contra de la regulación de honorarios que se les efectuara en la sentencia definitiva por estimarlos bajos.----------

----El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 158/160 vta..----------

--- Ordenado el traslado del escrito de sostenimiento del recurso a la contraria (fs. 161), el mismo no fue evacuado.----------

----I.- La parte demandada reconviniente recurrente previo reseñar los antecedentes de la causa puntualiza que su parte invocó las causales de abandono y adulterio, es decir reconvino por divorcio con cargo culpable al actor. Refiere que los hechos están relatados y en su gran mayoría probados. Indica que se hace hincapié fundamentalmente en el informe del ETI respecto del cual advierte una errónea ponderación a la luz de los hechos ventilados. Señala que en el considerando 2do., en el punto 5to., refiere la juzgadora a quo al cese del deber de fidelidad postrero a la separación de hecho y admite el divorcio rechazando la reconvención estipulando costas por su orden. Su crítica se encuentra dirigida –dice- al rechazo de la reconvención incoada, al menos expresa, respecto del adulterio que el mismo actor reconoció, posicionándose de tal modo la impugnante en que subsisten los deberes conyugales estipulados por la ley con posterioridad a la separación de facto pero durante un tiempo razonable como en el caso de autos. Efectúa cita doctrinal y jurisprudencial en apoyo de su posición a las que remito en aras de la brevedad. Añade que en el caso se encuentra acreditado que A. propugna la separación de hecho, a causa de una relación extramatrimonial y comete la injuria grave (adulterio) antes de la

sentencia. De allí que, postula, la sentencia no guarda correspondencia o derivación razonada de los hechos acreditados en la causa. Insiste con cita jurisprudencial que el deber de fidelidad consagrado en el art. 198 del C.C., persiste en tanto los efectos jurídicos del matrimonio subsistan y por lo tanto, hasta que el vínculo matrimonial no se encuentre disuelto la relación extramatrimonial configura la causal de adulterio. Manifiesta que aferrarse a la norma en desapego al criterio de realidad actual, lo considera un yerro, pero no podemos –dice- caer en el soslayo del juicio objetivo que nos marca, cuando dice que solo la sentencia pone fin a los deberes. Efectúa citas doctrinales y jurisprudenciales relativas a que la sentencia es constitutiva de estado por lo que sus efectos se producen a partir de ella no habiendo disposición que obre en otro sentido. Seguidamente expone que su parte se aferra a la corriente que brega por la subsistencia del deber de fidelidad de A., durante los primeros años de la separación de hecho indiscutida en autos. Asimismo, sostiene que a raíz de la relación encubierta que mantenía con B. se produjo el distanciamiento desde todo punto de vista. Este último hecho, dice con cita doctrinal en apoyo, puede ser acreditado, manifiesta, por cualquier medio de prueba incluso por el reconocimiento que efectúe el adultero. Y postreramente así fue reconocido conforme informó la licenciada integrante del ETI en el informe glosado en autos. Alude a la prueba diabólica indicando con cita jurisprudencial que efectúa, que la causal de adulterio prevista en el inc. 1° del art. 202 del C.C., se configura por el acto sexual mantenido en forma ocasional o reiterada por uno de los cónyuges con persona extraña al matrimonio, por lo cual la prueba de su existencia resulta prácticamente imposible, debiendo apuntar entonces a hechos o circunstancias que normal y razonablemente lo acrediten. Refiere que tales citas jurisprudenciales resultan concordantes con el reconocimiento que hace A. al poco tiempo de la separación, cuando refiere que estaba en un relación con B.. Asevera, igualmente, con apoyo en cita jurisprudencial que realiza que la comprobación de la convivencia del actor con una persona del sexo opuesto justifica la admisión de la causal de adulterio. Concretamente, expresa, difiere con la Juez a quo puesto que considera que del examen de las actuaciones surgen pruebas indiciarias de la ocurrencia de una relación extramatrimonial, al menos durante el período de vigencia de las obligaciones matrimoniales contraídas. Insiste en el posicionamiento que adopta en cuanto que el deber de fidelidad subsiste después de la separación de hecho y una sola relación sexual extramatrimonial es suficiente para configurar la causal de adulterio. Es por ello que pide que se haga lugar a la reconvención. Expone como segundo agravio el modo de imposición de las costas, dejando solicitado que se readecúen en caso que se revoque la sentencia en la parte que la puso en crisis con su impugnación.---------- II.- En los límites determinados por los agravios antes reseñados advertiré desde el principio de mi análisis que la cuestión que da pábulo al recurso transita con carácter excluyente en determinar cuál es la tesitura que corresponde adoptar en relación a la cesación o vigencia de los deberes conyugales ante la situación de hecho consistente

en el quiebre de la convivencia en común de marido y mujer; y, en particular, el que fuera denunciado como violentado por el Sr. A., al ser reconvenido por la demandada ahora recurrente, cual es, el de deber de fidelidad.---------- El deber de fidelidad conlleva la exclusividad de la prestación sexual entre los cónyuges: cada esposo renuncia a su libertad sexual, perdiendo el derecho a unirse carnalmente con otra persona distinta del otro cónyuge, pero adquiriendo al mismo tiempo un derecho exclusivo en la esfera sexual con este.---------- Ahora bien, es de destacar que con entera razón se ha dicho al respecto que la fidelidad así considerada, esto es vivida como un compromiso recíproco hacia la realización plena del amor sexual entre los esposos, no tolera un mero compromiso de “obligación” en sentido jurídico sino que es básicamente un compromiso emocional que se renueva día a día y que como tal resulta incoercible. Es que en puridad los deberes conyugales tienen más un contenido moral o espiritual que jurídico, en tanto se encuentran basados en el afecto y el amor, como sentimiento y sostén de la voluntad (Conf. Zannoni, Eduardo en “Derecho Civil…”, Ed. Astrea, año 1998, T. I, pág. 416/417; notas n° 31 y 32; ver en este sentido comentario al fallo de la CNCiv., sala B del 06/05/1999 por Mizrahi, Mauricio L., “El cese de los deberes matrimoniales tras la separación de hecho: un “leading case”, en L.L., 2000-B-360).---------- De allí que la separación de hecho admitida por las partes y que data del año 2001 (vide: escrito de demanda, punto II –fs. 06 vta.-; y, responde, punto I –fs. 17-), en tanto implica la decisión de interrumpir la cohabitación, a pesar de que se trataría de una eventual dispensa ilegítima, resulta una alternativa razonable ante la existencia de un matrimonio claudicante. Es que la pérdida de voluntad de continuar un proyecto de vida en común, mediante la interrupción de la convivencia sin voluntad de unirse, importa en los hechos, en la realidad de la vida, que ambos cónyuges se sustraen del débito conyugal no siendo esperable con ello, al menos dicho en términos generales y según el normal acontecer de los hechos, que ambos mantengan trato sexual en lo sucesivo. En tal dirección se ha dicho con criterio que comparto plena e indubitablemente, que siendo esto así no tiene sentido que cualquiera de ellos imputare al otro adulterio o injurias por las circunstancias de que, con posterioridad a la separación de hecho, haya mantenido trato sexual o haya iniciado –incluso- una convivencia concubinaria con un tercero. Se aduna al respecto, que acreditada la separación de hecho sin voluntad de unirse de los esposos, ninguno puede pretender del otro mantener con él relaciones sexuales. Y tampoco ameritaría como injuriosa su negativa, a diferencia de lo que acaece cuando se trata de la negativa a mantener relaciones sexuales entre cónyuges que conviven. Entonces, la contrapartida de ello se traduce en la imposibilidad de imputar adulterio o injuria por el hecho de que uno de ellos mantenga relaciones con un tercero después de que la convivencia quedara interrumpida sin voluntad de restablecer la vida en común (Conf. Zannoni, Eduardo-Bíscaro, Beatriz, “Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho”, en J.A., 1995-III-355; Chechile, Ana, “Deber de

fidelidad y separación de hecho, en J.A. 1997-IV-887; id., Chechile, Ana “Ininvocabilidad del adulterio cometido luego de la separación de hecho como causal para solicitar el divorcio”, en J.A. 2000-II-449; Highton, Elena “Fidelidad ¿hasta cuándo?, en “Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, N° 16, pág. 37; ver: CCiv., sala F, 26/12/2006, voto del Dr. Zannoni, en DJ del 13/06/2007; idem, Solari, Néstor E., “La conducta de los cónyuges durante la separación de hecho”, en L.L. 2008-B-1).---------- En resumen, participo y comparto sin dudar de la postura que predica que al haber finalizado la comunidad de vida entre los cónyuges no puede sostenerse la subsistencia del deber de fidelidad entre ellos. La extinción de este deber opera desde el momento mismo en que cesa la comunidad de vida conyugal, independientemente de quién la haya causado y no obstante la regularización de la situación de hecho que se obtenga por medio del respectivo proceso judicial tendente a obtener un pronunciamiento jurisdiccional por el cual se constituya en nuevo estado de separados personalmente o de divorciados.---------- ---------- En tal ideario, encuentro absoluta veracidad a lo considerado por la Dra. Elena Highton, en su voto minoritario al tiempo de disentir en pronunciamiento emitido por la Cámara Nacional Civil, sala F, en el que señaló con toda propiedad y pertinencia que 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 (Conf. Aut., y fallo citado en J.A. 1995-III-350).---------- ----------

----Por todo lo expuesto, propiciaré la desestimación del agravio formulado por la parte demandada reconviniente. Así lo dejo propuesto al acuerdo.---------- --- Asimismo, en tanto se supeditó al resultado a obtener en el planteo del agravio precedente la readecuación de las costas, que por otro lado hubiera sido menester realizar por imposición legal (conf. Art. 279 del C.P.C.C.) y no habiéndose concretado crítica alguna que permita revisar siquiera el modo de atribución de las costas en el anterior grado, me eximo de pronunciarme a su respecto. Así lo voto.---------- -------

----III.- Recurso de apelación de honorarios: Los letrados instituidos como representantes de la parte demandada reconviniente en los términos previstos por el art. 47 bis del C.P.C.C., Dres. V. A. F., S. L. F. y G. L., plantearon recurso de apelación en contra de la regulación que merecieran por su actuación en el anterior grado por estimar la misma exigua.---------- ----------

----Se fijó los emolumentos por su actividad profesional de primera instancia, en conjunto, en la suma de $ 2.600. Pues bien, cabe considerar que dicho importe supera claramente el mínimo legal establecido por el art. 8° y su complemento con el art. 10° de la ley del arancel. Por lo demás, entiendo prudente dicha suma a tenor de las pautas cualitativas a ponderar en los términos previstos por los arts. 6 y 30, 1er. párrafo de la

ley 2.200.----------

----En consecuencia, propiciaré al acuerdo la desestimación del recurso de apelación deducido por los mencionados letrados, sin costas atento que la materia no las genera. Así lo voto.----------

----IV.- Conclusión: ----------

--- Por todo lo dicho, corresponderá confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a cargo de la impugnante, Sra. A., por haber resultado totalmente vencida en ella (Conf. Arts. 68 y 279 del C.P.C.C.).---

---

----Los honorarios de los letrados apoderados Dres. V. F., S. F. y G. L., por sus tareas de alzada, apreciándolos por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado regularlos, en conjunto, en la suma de $ 650, con más el I.V.A. pertinente (Conf. Arts. 6 y 14 de la ley 2.200; leyes 23.349 y 23.871).----------

----Finalizo el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó: ----------

----En atención a la claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de origen de fs. 140/145 y de los agravios que contra la misma expusiera la demandada reconviniente en su presentación de fs. 158/160 vta., me remito a la misma en homenaje a la brevedad, procediendo a ingresar directamente en el tratamiento de las quejas vertidas por la apelante.----------

----I.- Básicamente, y como lo explicara el colega preopinante, la queja de la demandada importa el análisis de la temática consistente en el cese o no del deber de fidelidad una vez producida la separación de hecho de los cónyuges, dado que la reconviniente admite la separación de hecho mas señala que, por un tiempo después, se mantiene el citado deber, que el actor violara conviviendo con una tercera persona.--

----1) Usualmente se circunscribe, al menos en el imaginario popular, el deber de fidelidad conyugal al aspecto sexual, es decir que su violación se relacionaría con la causal de adulterio. Más allá de que lo discutido en el recurso en análisis es que el actor infringió ese deber por convivir con una tercera persona, debe recordarse que el deber de fidelidad comprende aspectos que exceden dicho límite. Es que en el aspecto positivo, la fidelidad requiere que todas las acciones de uno de los esposos hacia el otro se cumplan con “lealtad”, “consideración”, “sinceridad”, “confianza”, “franqueza”, “honradez”, “amistad”, y en especial demanda la observancia de una recíproca comunicación entre los cónyuges porque el matrimonio implica no sólo la entrega mutua del cuerpo sino, más aún, del propio ser en su integralidad. Si una persona casada, deliberadamente, oculta información a su consorte, o no le descubre su manera de pensar, o no lo hace partícipe de sus inquietudes, ansias, dudas, o tribulaciones, además de estar retaceando esa “entrega del propio ser” al otro, lo está “engañando”. Desde la arista negativa, la fidelidad exige a los cónyuges conductas omisivas para

impedir que cualquier tercera persona acceda al círculo de intimidades exclusivas de la plena unión de vida matrimonial. Esto significa que los consortes deben observar la reserva del propio cuerpo y del propio ser sustrayéndose no sólo de consentir relaciones carnales propiamente dichas con otra persona que no sea su cónyuge (lo que configura infidelidad material o adulterio consumado, como violación completa de la fe conyugal), sino también evitando todo tipo de manifestación respecto de terceros que, por sentido común o natural, tienen carácter privativo de los esposos, las que según los casos, constituirán formas de infidelidades genéricas, imperfectas, parcial, o verdaderas infidelidades morales. La idea de infidelidad, no obstante, su marcado sentido de contravención moral, varía según las épocas, los países y los medios sociales (conf. Fanzolato, Eduardo I. en Bueres-Highton: “Código Civil Comentado”, Ed. Hammurabi, 2003, Tº 1B, págs.109/110).- ----------

----Como se puede apreciar a partir de lo expuesto en el párrafo precedente, existe un compromiso de sinceridad y, como bien lo señala el colega preopinante, de compromiso emocional, involucrado en el deber de fidelidad. Es a la luz de tal razonamiento que, entiendo, debe analizarse la subsistencia o no de este deber con posterioridad a la separación de hecho.- ----------

----2) Es sabido que un sector de la jurisprudencia en una posición dogmática considera que toda relación extramatrimonial es adúltera -aún cuando medie separación de hecho- mientras subsista el vínculo matrimonial (conf. CN. Civ., Sala D, 6/11/78, LL, 1979-A-443). En cambio otros tribunales, en una posición más realista, 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 (conf. CN. Civ., Sala E, 6/9/02, ED del 7/2/2003, p. 5; Sala B, 6/5/99, LL, 200-B-359). En palabras de Mizrahi, se destaca que a partir de 1992 se genera una corriente jurisprudencial renovadora que cuestiona los conceptos sostenidos durante largas décadas por la doctrina y la jurisprudencia tradicionales que, en mayor o menor grado, se resistió con firmeza a tolerar que la separación de hecho de los cónyuges revista una entidad tal como para alterar el esquema de derechos y deberes emergentes del matrimonio (conf. Mizrahi, Mauricio Luis: “Familia, matrimonio y divorcio”, Ed. Astrea, 2006, pág. 500).- ----

----En la reseña que efectúa el autor citado se destacan los siguientes antecedentes. El 12/06/92 la Sala M de la Cámara Nacional en lo Civil, por mayoría, sostuvo que el deber de fidelidad desaparece si ya no se encuentra latente la voluntad de unión de los cónyuges, estimándose como tiempo prudencial un año y medio después de producida la separación de hecho (conf. CN. Civ., Sala M, 12/6/92, LL, 1993-E-16). En 1994, dos votos en disidencia tuvieron especial relevancia. En uno se consideró que era excesivo el mantenimiento del deber de fidelidad si el quiebre de la convivencia aparece como definitivo, apuntándose que los expedientes no son ficciones, no deben contener ficciones ni fomentar la hipocresía (disidencia de la Dra. Highton de Nolasco, en CN.

Civ., Sala F, 12/10/94, JA, 1995-III-350). La segunda disidencia afirmó que, mediando separación de hecho y habiendo fracasado las tentativas de reconciliación, a ese estado fáctico se lo debe interpretar como definitivo y asimilable a la ruptura del vínculo, estimándose que exigir en tales casos el respeto al deber de fidelidad *"resultaría tan antinatural como antihumano",* y que la labor de exégesis impone atender *"a la moral vigente"* y *"a las conductas cambiantes",* dado que el juez *"no es una máquina sino un hombre"* (disidencia del Dr. Polak, en CN. Civ., Sala L, 15/12/94, LL, 1996-B-44). El 12/09/97 en voto unánime se estimó que si los esposos decidieron el quebrantamiento de la convivencia, la doctrina de los propios actos constituye una barrera a la pretensión judicial del cónyuge que imputa adulterio o injurias graves a su consorte, en la medida en que hayan transcurrido tres años desde la separación de hecho (conf. CN. Civ., Sala J, 12/9/97, ED, 176-159). El 06/05/99 una audaz sentencia postula que contradice el sentido común y va contra la creencia de la comunidad que a dos personas -que ya no se consideran ligadas por obligaciones recíprocas- se les cercene la faz emotiva y sexual, y no puedan formar una nueva pareja durante un período indefinido o hasta que se cumpla el aspecto formal de obtener el divorcio. La regla del art. 198 del C. Civil es un principio axiológicamente plausible, en tanto se aplique durante la convivencia de los cónyuges, dicha norma no puede regir mediando separación de hecho entre los esposos pues colisionaría con principios consagrados en los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional. Proscribir la unión sexual del cónyuge separado de hecho con terceros hasta que transcurra determinado plazo afecta su realización como persona, en una de las facetas más trascendentes de la condición humana. No puede imponerse a un esposo -aunque sea por un determinado lapso de tiempo- que se mantenga casto, evite la gratificación del placer y postergue sus humanos anhelos de felicidad. Esa exigencia resultaría inconstitucional, pues constituye una discriminación irrazonable exigirle al cónyuge separado de hecho la espera de tres años para poder formar una familia. Sería consagrar una injerencia arbitraria en su vida privada, prohibida por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica. En definitiva, si se acredita, aun por vía presuncional, que los cónyuges separados de hecho carecen de interés en recomponer el matrimonio -se trate de una separación acordada o bien dispuesta unilateralmente por uno de ellos, que contó luego con la adhesión tácita del otro- cesan los deberes matrimoniales sin necesidad de que transcurra un determinado plazo (conf. CN. Civ., Sala B, 6/5/99, LL 2000-B-360).- ----------

----El autor citado, Mizrahi culmina esta reseña, exponiendo su opinión, y entre sus argumentaciones destaco que *"...nos parece carente de sentido la espera de los tres años de separación para liberar a los esposos de los compromisos matrimoniales, según fue propuesto por alguna doctrina y jurisprudencia. Por más que durante dicho período de tiempo los cónyuges puedan contemplar la posibilidad de reconciliación, como se dijo en algún voto, resulta violatoria del derecho a la privacidad y contrario a la*

naturaleza humana la exigencia al separado de hecho de una veda absurda; ello dicho sin perjuicio de resaltar que la imposición coactiva de una abstinencia sexual poco ayudaría a la recomposición de la unión" (conf. Mizrahi op. cit., págs. 505/506). ----------

----Encuentro los argumentos reseñados sumamente convincentes, lo cual me conduce a sostener que luego de producida la separación de hecho no resulta exigible el deber de fidelidad. Sólo agregaré lo siguiente. Desde una perspectiva del derecho constitucional, cuya jerarquía suprema debe ser respetada por el resto del ordenamiento jurídico (conf. art. 31 de la Constitución Nacional), debe interpretarse la cuestión en debate a la luz del art. 19 de la Carta Magna. En tal sentido acudo a la siempre lúcida lectura del texto constitucional que, a lo largo de distintos textos, efectuara Carlos Nino, circunscribiéndome a algunos aspectos de su extensa obra. Este autor, después de aludir a la idea de "privacidad", en cuanto se refiere a las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros, destaca que tales acciones son "privadas" no en el sentido que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente; tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos hacia los demás, sino al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente. El liberalismo que inspira imperfectamente nuestra práctica constitucional y debe guiar su reconstrucción está comprometido con el principio de autonomía de la persona que valora la libre elección de planes de vida e ideales de excelencia humana y veda la interferencia con esa libre elección sobre la base de que el plan de vida o el ideal al que responde una acción es inaceptable. Un derivado directo del principio de autonomía de la persona es la idea que está condensada en los arts. 4 y 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y de Ciudadano cuando dicen "la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás" y "la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para los demás" y que John Stuart Mill defendió con fuerza inigualable en párrafos como éstos: "Tan pronto como la humanidad adquirió la capacidad de ser guiada para su propio mejoramiento por convicción o persuasión...la compulsión, sea en forma directa o sea mediante las penas y penalidades por su no cumplimiento, no puede justificarse más en términos de su propio bien y sí sólo para la seguridad de otros...Si alguien hace algo dañoso para los demás hay una razón *prima facie* para penarlo a través de la ley o, si las penalidades jurídicas no son aplicables con seguridad por la desaprobación general...Pero hay una esfera de acción respecto de la cual la sociedad, como diferente al individuo, tiene un interés sólo indirecto si es que tiene interés alguno; ella comprende toda aquella porción de la vida y conducta de una persona que la afecta sólo a ella, o, si también afecta a otros, es por su propio consentimiento y participación libre, voluntaria y consciente" (conf. Nino, Carlos Santiago: "Fundamentos de derecho constitucional", Ed. Astrea, 2000, págs. 304/305; la última cita es de Mill, John S.: "Utilitarianism. On Liberty. Essay on Bentham,

págs. 136/137).----------

----¿Cómo juega el principio de privacidad o autonomía de la persona, en la cuestión a decidir en los presentes actuados?. Para ello recurro a los conceptos vertidos acerca del deber de fidelidad en el considerando 1). La fidelidad es básicamente no engañar. Si producida la separación de hecho, los cónyuges de mutuo acuerdo o por decisión unilateral de alguno de ellos y aceptación tácita del otro han decidido poner fin a la convivencia, ¿se puede decir que si uno de ellos comienza una relación afectiva con una tercera persona, el otro resulta “engañado”?. Para ponerlo en otros términos, ¿el comienzo de esa relación afectiva, cae dentro de la autonomía de la persona del cónyuge o causa un daño al otro?. Es muy factible que lo dañe emocional y afectivamente, pero el punto es ¿lo afecta jurídicamente?. Si admitió que se pusiera fin a la convivencia, ¿tiene la expectativa legítima, en definitiva, el derecho de exigir al otro consorte que se abstenga de iniciar una relación afectiva nueva?. Entiendo que no y básicamente es no, porque no puede alegar “engaño”, ya que el fin de la cohabitación es la más cruda expresión de la sinceridad del otro cónyuge en cuanto a que no desea continuar más con el proyecto de vida que hasta ese momento compartían. En términos del art. 19 de la Constitución Nacional no hay perjuicio a terceros porque el otro cónyuge carece de expectativa jurídicamente relevante de que quien no convive más con él no inicie otra relación afectiva. Entender lo contrario sí importaría una intromisión, en este caso del estado a través del ordenamiento jurídico, en la privacidad y autonomía del cónyuge que pasa convivir con un tercero, y ello en aras solamente de imponer una moral privada que no hesito en catalogar de perfeccionismo, en tanto el Estado podría sólo alegar como razón para interferir con una acción de un individuo, el que ella degrada el carácter moral del mismo y obstaculiza su perfeccionamiento moral (conf. Nino, op. cit., pág. 306).- ----------

----En la especie es de tener en cuenta que ambas partes admiten que se puso fin a la cohabitación en el año 2001 (ver demanda a fs. 06 vta., 2do. párrafo y contestación a fs. 17, pto. I, 1er. párrafo. Es más la demandada expresamente reconoce que en esa fecha se produjo la separación de hecho sin voluntad de unirse. Y cuando reconviene por la causal de adulterio, invoca que el actor pasó al poco tiempo -se entiende después de la separación de hecho- a convivir con otra mujer (ver fs. 18, 1er. y 3er. párrafos). En síntesis, en los términos en que fue planteada la causal de adulterio, es decir, enrostrándola con posterioridad a la separación de hecho, cabe concluir que la misma no existió por cuanto ya no era exigible al actor el deber de fidelidad.- ----------

----Por las razones expuestas, comparto lo postulado por el Dr. Lucero en cuanto a que procede desestimar el agravio de la demandada relativo a la desestimación de la reconvención.- ----------

----3) Dado que el segundo agravio es consecuencia de la recepción del primero, atento a que se refiere a la imposición de costas, a la luz del rechazo de la primera queja, vacío de contenido deviene lo solicitado en este aspecto, por lo que nada cabe resolver

al respecto.- ----------

----II.- Los letrados de la demandada apelante recurren sus honorarios por estimarlos bajos. Los mismos fueron establecidos en conjunto en la suma de $ 2.600, monto que resulta superior al mínimo establecido en el art. 8, más los complementos de los arts. 9 y 10 de la ley arancelaria. Si a ello se suma que la parte representada por los letrados apelantes fue perdidosa como reconviniente, encuentro razonable la entidad cuantitativa de los emolumentos establecidos. Por tales motivos se rechaza el recurso interpuesto a la luz del art. 49 del arancel.- ----------

----III.- En consecuencia de todo lo expuesto, procede confirmar el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravio, con costas a la demandada recurrente (conf. arts. 68 y 279 del CPCC). A tal fin, en atención al resultado del recurso, como al mérito y extensión de los trabajos realizados, resulta adecuado regular a los Dres. V. F., G. L. y S. L. F., en conjunto, en el 25% de lo establecido en la instancia de origen, esto es, en la suma de $ 650, con más el IVA correspondiente (conf. arts. 6 y 14 de la ley arancelaria y leyes 23349 y 23871).- ----------

----A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.- -------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. Lucero dijo:** ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la Sra. M. del C. A., por haber resultado la misma vencida en ella. 3) REGULAR los honorarios de segunda instancia a los Dres. V. A. F., S. L. F. y G. L., en conjunto, en la suma de $ 650, con más el I.V.A. pertinente.----------

---

----ASI LO VOTO.- ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------

----En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del mismo.- ----------

----Así lo voto.- ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (art. 8 de la ley 1130, To. ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios.----------

----IMPONER las costas de segunda instancia a la Sra. M. del C. A., por haber resultado la misma vencida en ella.----------

----REGULAR los honorarios de segunda instancia a los Dres. V. A. F., S. L. F. y G. L., en conjunto, en la suma de $ 650, con más el I.V.A. pertinente.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2009 – SDC.- Conste.- ----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA