

¿Se deben fidelidad los cónyuges que viven separados?*

Rosa Ma. Bonilla-Pérez**

Introducción

El ordenamiento jurídico, en la regulación de las relaciones humanas, evalúa el constante cambio socio-político de las naciones para que la adjudicación e interpretación de la ley sea una equitativa y humana. Hay situaciones donde se generan interrogantes y surge una discusión para determinar si cierta conducta humana es admisible ante las nociones preconcebidas y el código de conducta de una sociedad en particular. Precisamente es en el campo del Derecho de Familia donde hay un constante debate; se polarizan visiones sobre cuál conducta es atendida como una jurídicamente aceptable, en cuanto a la dinámica que se genera en las causas que justifican la disolución del matrimonio.

El Código Civil de Puerto Rico establece que el matrimonio es una institución civil que procede de un contrato civil en virtud del cual un hombre y una mujer se obligan mutuamente a ser esposo y esposa a cumplir el uno para con el otro los deberes que la ley les impone; éste será válido solamente cuando se celebre y solemnice con arreglo a las prescripciones de aquélla, y sólo podrá disolverse antes de la muerte de cualquiera de los dos cónyuges, en los casos expresamente previstos.¹ Para que el matrimonio sea válido se necesita que se cumpla con los requisitos de capacidad legal de los contratantes, consentimiento de las partes contratantes y por último, autorización y celebración de un contrato matrimonial mediante las formas y solemnidades prescritas por la ley.² La primera sanción civil al divorcio fue en 1902 al revisar el Código Civil e incluirse ocho causales de divorcio.³ Cinco fueron tomadas del Código

* Este escrito fue ganador en el Décimo Congreso Mundial de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza, Argentina, del 20 al 24 de septiembre de 1998.

**Estudiante de primer año de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. La autora desea dedicar este escrito a sus padres, Gloria Iris Pérez y Angel S. Bonilla, y a sus hermanos, Glorimar y Samuel.

¹C. Civ. P.R., art. 68, 31 L.P.R.A. § 221 (1930).

²C. Civ. P.R., art. 69 31 L.P.R.A. § 231 (1930).

³C. Civ. P.R. art. 164, 31 L.P.R.A. § 321 (1902). Las ocho causales eran: adulterio, abandono, embriaguez habitual, impotencia, propuesta del marido para prostituir a la mujer, condena penal por delito grave, trato cruel e injurias graves y conato para

Civil español y las otras tres del Código Civil de Louisiana.⁴ En el caso de la separación de ambos cónyuges se trajo como causal e inicialmente fue de siete años,⁵ posteriormente el legislador lo redujo a tres años,⁶ hasta llegar a un período de tiempo sin interrupción de más de dos años.⁷

En Puerto Rico no existe ley o interpretación sobre el deber de fidelidad en la separación de los cónyuges. Para evaluar este problema jurídico primero se discutirá los efectos personales del matrimonio, entiéndase los deberes de los cónyuges. Esto permitirá determinar cuál es la posición del derecho puertorriqueño en cuanto a la fidelidad y qué relación tiene con los demás deberes matrimoniales. Segundo, valoraremos la situación actual del Derecho puertorriqueño sobre la separación conyugal. Esto será la base para discutir la fidelidad cuando hay una separación de hecho entre los cónyuges. Además, utilizaremos el Derecho Comparado para poder tener parámetros que nos ayuden en la discusión del tema. Pero, como el estado de Derecho de un pueblo se ve influenciado de acuerdo a los patrones que va forjando su historia. En este caso utilizaremos a España, porque cuando los españoles colonizaron a Puerto Rico y posteriormente cuando lo cedieron a los estadounidenses y éstos invadieron la Isla, ambas fuerzas dejaron marcado el estado de Derecho puertorriqueño. En el caso de España se utilizó su Código Civil como base para el nuestro. Así que todas estas fuentes se unirán a la hora de evaluar y buscar soluciones a la controversia planteada para la discusión.

I. Deberes conyugales en el matrimonio

El régimen del matrimonio tiene unos efectos personales y entre estos efectos los cónyuges tienen unos deberes que cumplir. De éstos nace la esencia íntima del matrimonio y así constituyen el contenido de la relación matrimonial. El Derecho en Puerto Rico dictamina que los

corromper a los hijos y prostituir a las mujeres.

⁴Opinión concurrente del magistrado Serrano Geyls en el caso de Rosado v. Rivera, 81 D.P.R. 158, 179, 180, donde discutió las causales y del estado de Louisiana se trajo las causales de embriaguez habitual, abandono e impotencia. Rosado v. Rivera, 81 D.P.R. 158, 179 (1959) (op. Raúl Serrano Geyls, J.).

⁵Ley Núm. 46 de 9 de mayo de 1933.

⁶Ley Núm. 62 de 29 de abril de 1942; (inspirada en la Ley Núm. 269 de 1916 del Estado de Louisiana).

⁷C. Civ. P.R., art. 96, 31 L.P.R.A. § 321 (1902).

cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.⁸ Al igual que en Puerto Rico, el Código Civil español, establece los mismos deberes a los cónyuges.⁹ En el Derecho puertorriqueño las obligaciones conyugales son comunes y recíprocas, entiéndase que son deberes que tienen cada uno hacia el otro. Esto obedece a la regla básica de que en Puerto Rico la igualdad de los sexos es un derecho fundamental.¹⁰ Así mismo el Código Civil español, en el artículo 66, indica que “el marido y la mujer son iguales en derecho y deberes”. Esta enumeración establecida por el ordenamiento jurídico responde a intereses no solamente jurídicos, sino también a la cultura política y social de la nación puertorriqueña. Así lo destaca el jurista puertorriqueño Raúl Serrano Geyls, cuando menciona que “los derechos-deberes personales entre los cónyuges tienen contenido jurídico, pero también, y principalmente, un fuerte contenido social, ético, moral, emocional y, en muchas parejas, religioso. Su ejercicio y eficacia depende más bien de las relaciones de amor, respeto, tolerancia y entendimiento que existan en cada matrimonio y no de las sanciones jurídicas que de su incumplimiento aparezca”.¹¹ O sea que, aunque la causa que lleva a una persona al matrimonio y hace que éste sea efectivo —entiéndase la libre voluntad basada en el amor que a su vez se manifiesta por la lealtad, convivencia y el mutuo apoyo— su incumplimiento genera una justa causa para pedir la separación matrimonial.

El deber de vivir juntos es la obligación de cohabitar. La cohabitación tiene una estrecha relación con la comunidad sexual de los cónyuges.¹² Según Serrano Geyls, *supra*, este deber “incluye la vida sexual o débito conyugal y las múltiples relaciones personales que de manera continua se desarrollan entre los cónyuges....[n]o es, sin embargo, de cumplimiento forzoso porque ello atentaría contra la libertad personal garantizada

⁸C. Civ. P.R., art. 88, 31 L.P.R.A. § 281 (1930).

⁹CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DEL CÓDIGO CIVIL (3ra ed., 1995).

¹⁰CONST. E.L.A., art. II, § 1 (1952).

¹¹RAÚL SERRANO GEYLS, DERECHO DE FAMILIA DE PUERTO RICO Y LEGISLACIÓN COMPARADA 247-258 (1997).

¹²Véanse R. Cordovés Arana, *Separación: problema prácticos del Derecho*, 9 REV. JUR. U.P.R. 90 (1939); Raúl Matos, *La novena causal de divorcio*, 12 REV. JUR. U.P.R. 135 (1943); Carlos E. Mascareñas, *Los efectos personales del matrimonio*, 1 REV. D. P. 15, 17, 30 (1961) y Pedro Ortiz Alvarez, *La causal de separación en nuestro estatuto de divorcio*, 49-50 REV. D. P. 69 (1973-74).

constitucionalmente, y no tendría valor práctico alguno, ya que la vida en común indispensablemente tiene que fundarse en la actuación voluntaria de los cónyuges”.¹³ El doctor Mascareñas define el débito conyugal como “la unión carnal entre los cónyuges o la cópula carnal perfecta”. Además, añade que “el deber de la prestación del débito conyugal tiene sus límites y que no pueden establecerse normas generales ni uniformes”.¹⁴ Por otro lado, el jurista puertorriqueño Vázquez Bote en su discurso expone que “los esposos, al contraer matrimonio, presuponen ambos la mutua convivencia sexual pueden presentarse circunstancias que restrinjan, relajen o dificulten, e incluso, impidan tal convivencia, sin que por ello atente contra el matrimonio”.¹⁵ El tratadista español, Luis Díez Picazo, opina que “el matrimonio es una comunidad existencial, y normalmente significa unidad de techo, de lecho y de mesa, pues sólo de este modo la función que el matrimonio cumple se puede realizar”.¹⁶ De este deber se desprende el deber de atemperamiento de los caracteres para evitar los conflictos conyugales que tornan imposible la vida matrimonial.¹⁷ Federico Puig Peña señala que “la obligación de vivir juntos es la de estar juntos, y no puede ser dispensada, sino por causa de depósito o separación legal”.¹⁸ Su incumplimiento produce la causal de divorcio por abandono, aunque este derecho-deber guarda una estrecha relación con la causal de separación.¹⁹ Este punto se discutirá con profundidad cuando desarrollemos la separación como causal de divorcio. El deber de socorro mutuo está íntimamente relacionado a la sección 282 del Título 31 L.P.R.A.: “Los cónyuges deben protegerse y satisfacer sus necesidades mutuamente en proporción a sus respectivas condiciones y medios de fortuna”. Aquí lo que se pretende es “adscribir a nuestro art. 88 la ayuda espiritual, moral y ética de un cónyuge hacia el otro y hacia la familia establecida por ambos, mientras se asigna el artículo 89 (“protegerse y satisfacer sus necesidades”) un contenido que se refiera a las necesidades

¹³*Id.*

¹⁴*Id.*

¹⁵I EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, DERECHO CIVIL DE PUERTO RICO 461 (1972).

¹⁶II LUIS DIEZ PICAZO, *et. al.*, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL 452 (1995).

¹⁷VÁZQUEZ BOTE, *supra* nota 15.

¹⁸FEDERICO PUIG PEÑA, COMPENDIO DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL (3ra ed., 1975).

¹⁹SERRANO GEYLS, *supra* nota 11, pág. 606.

y protecciones físicas, lo que incluiría los alimentos y dar asistencia en casos de peligro, agresiones, accidentes o enfermedades”.²⁰

De acuerdo a los valores mayormente occidentales el deber de guardarse fidelidad, específicamente en cuanto a la monogamia, responde al principio de exclusividad sexual que tienen los cónyuges entre sí. La fidelidad —de fides, fe—, implica un concepto amplio y que socialmente incluye el deber, para cada cónyuge, de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación con un tercero. Mascareñas entiende que “por fidelidad, a los efectos jurídicos, hay que entender la no existencia de relaciones sexuales con otra persona diferente del cónyuge”.²¹ Díez Picazo destaca que la fidelidad “es ante todo sexual”.²² Puig Peña, por su parte, señala que la fidelidad “supone la exclusión de cualquier interferencia de amor extraño entre los esposos, de tal forma que cualquier desviación del amor conyugal, por insignificante que fuese, supondría un atentado contra la misma.... La comunión espiritual que debe presidir en todo matrimonio no puede ser plena si no va acompañada de una perfecta, mutua y exclusiva entrega de los cuerpos; toda relación sexual extraña contamina el tálamo y atenta contra ese deber.”²³

En Puerto Rico la jurisprudencia ha rectificado la doctrina científica en lo que se refiere al deber de fidelidad.²⁴ El incumplimiento de éste conlleva al divorcio bajo la causal de adulterio.²⁵ En el ámbito civil la jurisprudencia ha establecido que su alegación no requiere fórmulas pre-establecidas, bastando describir hechos que lo constituyan. Debe entenderse que la infidelidad se produce aun cuando se den hechos aislados y sin carácter de permanencia con tal que la conciencia social estime tales hechos como de persona que guarda para su cónyuge la exclusividad de sus posibilidades de entrega corporal. *Catalá v. Calderón*,²⁶ *Ortiz v. Rodríguez*,²⁷ *Hernández v. Rodríguez*.²⁸ También el adulterio está tipificado como un delito contra el estado civil; según el

²⁰ *Id.*, en 257.

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ *Id.*

²⁴ *Romero Soto v. Ambrosio Morales*, 134 D.P.R. 42 (1993).

²⁵ C. CIV. P.R. art. 31 L.P.R.A. § 321 (1930).

²⁶ 5 D.P.R. 19 (1903).

²⁷ 4 D.P.R. 52 (1903).

²⁸ 76 D.P.R. 837 (1954).

artículo 129 del Código Penal: “[t]oda persona casada que tuviere comercio carnal con persona que no fuera su cónyuge, incurrirá en adulterio”. En Puerto Rico el legislador entendió, en el 1974, que por razones de política pública, se mantuviera el adulterio como un delito en vías de mantener la unidad familiar y no mancillar la prole. Es interesante porque para esta época la tendencia era a excluir esta conducta como delito. Sin embargo, en España la situación es totalmente contraria. La Ley de 28 de mayo de 1978 despenalizó el adulterio, suprimiendo la sanción penal que sólo resta la sanción civil de ser causa de separación. Según la licenciada Valladares, “la infidelidad conyugal sólo será causa de separación cuando supongan, bien una infracción grave, bien una infracción reiterada de los respectivos deberes conyugales”.²⁹ En España el adulterio se transformó en la infidelidad conyugal. Esta nueva terminología se produce porque se hace una interpretación liberal sobre la infidelidad conyugal.³⁰ La misma responde a acepciones que reflejan la opinión pública de la sociedad española, que después del Régimen Franquista, se tornó en una sociedad cuyos parámetros sociales se flexibilizaron en gran medida.

II. La separación como causal para el divorcio

²⁹ETEVELINA VALLADARES RASIÓN, NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO 124-127 (2da ed., 1989).

³⁰En esta visión más liberal la señora Valladares, *supra*, llega a la siguiente conclusión:

La infracción del deber de fidelidad sólo será sancionado civilmente en sede de separación:

En caso de adulterio de cualquiera de los cónyuges.

En caso de relación homosexual equiparable a adulterio.

En los supuestos no comprendidos en los apartados anteriores, cuando exista reiteración.

En los primeros supuestos se producirá una infracción grave y en el tercero una infracción reiterada del deber de fidelidad.

Además véase Sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres de 2 de junio de 1984 y la Sentencia de la Audiencia de Valladolid de 17 de abril de 1984.

El artículo 96 del Código Civil puertorriqueño, precisamente en el inciso 9, establece:

La separación de ambos cónyuges por un período de tiempo sin interrupción de más de dos años. Probado satisfactoriamente la separación por el expresado tiempo de más de dos años, al dictarse sentencia no se considerará a ninguno de los cónyuges inocente ni culpable.

El plazo de dos años tiene que estar vencido al momento de la demanda, pero se permite que se cumpla el término durante el trámite de la demanda si se hizo la alegación desde el inicio del proceso.³¹ El Código Político reconoce el derecho de cada cónyuge a tener su propio domicilio.³² Aquí nuestro estado de Derecho a lo que se refiere es a la separación de hecho, entiéndase cuando los cónyuges dejan de cohabitar, es allí “donde hay una separación prolongada, puede presumirse que se ha consumado la quiebra profunda del ánimo conyugal, elemento unitivo que integra a los cónyuges en sus afectos, sentimientos, voluntades y en su vida toda”.³³ Esto supone dos aspectos: uno que es la separación física entre los cónyuges y otro difícil de determinar que es la inexistencia del vínculo afectuoso y amoroso que de alguna manera unió al matrimonio en un principio. Para que se pruebe satisfactoriamente estos aspectos, y así la separación, ésta tiene que ser pública, notoria e ininterrumpida por el período que establece la ley. Sobre este particular el Tribunal Supremo puertorriqueño expresó que:

Para que se establezca la causal de separación un marido que **públicamente vive separado de su esposa y no tiene relaciones sexuales con ella**, está separado de ésta dentro del significado del artículo 96 del Código Civil (Ed. 1930)... [e]l hecho de si la separación de los cónyuges comenzó por el abandono de la mujer por el marido o por mutuo convenio entre ambos carece de importancia... [e]l hecho esencial es si los cónyuges han vivido separados el uno del otro por el término estatutario y sin interrupción.³⁴

Además, nuestro más alto ordenamiento jurídico dictaminó que:

Esta separación no se interrumpe porque el esposo con el fin de reunirse con sus hijos almuerce en casa de esposa de quien está separado; se una a ella en

³¹Rebollo López vs. Gil Bonar, 97 CA 133 (1997).

³²C. Civ. P.R., art. , 1 L.P.R.A. § 8 (1902).

³³MANUEL LÓPEZ ALARCÓN, EL NUEVO SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL 186 (1983).

³⁴Simonet v. Sandoval, 63 D.P.R. 523 (1944). (Énfasis suplido).

el cumplimiento de los deberes para con sus hijos y asista a actos sociales de la familia relacionados con éstos.³⁵

En cuanto al consentimiento del acto, se ha determinado que:

La separación no tiene que ser el resultado de un convenio mutuo entre los cónyuges...[e]sa separación existe si sólo uno de los cónyuges vive separado del otro con esa intención.³⁶

En el desarrollo de la causal de separación el Tribunal Supremo tomó una decisión muy liberal y humana cuando estableció que:

La separación de unos cónyuges por más de tres años, que como causa de divorcio dispone nuestra ley, no queda interrumpida por un solo acto o unión sexual llevado a cabo por los cónyuges entre sí cuando los hechos demuestran que no tuvieron la intención de reestablecer la vida conyugal.³⁷

Correctamente, este foro jurídico en su interpretación concluyó que la relación sexual no alteró de forma fundamental las relaciones entre ellos y, por lo tanto, no interrumpió el período. De este razonamiento se desprende la idea de que se trata de un solo acto, por lo tanto, cuando se convierte en relaciones sexuales frecuentes o intermitentes, si se interrumpiría el período de la separación. Sobre este particular el Tribunal añade:

Distinta sería la situación si en vez de un acto de cohabitación aislado y sin consecuencia se tratase de una serie de actos intermitentes o frecuentes.³⁸

Dos décadas después el Tribunal Supremo tiene que dilucidar unos hechos muy particulares. El señor Cosme se quería divorciar de su esposa bajo la causal de separación alegando que, aunque vivía en la misma casa con su esposa, hacía dos años y medio no habían sostenido relaciones sexuales. Ante esto el Tribunal Supremo resuelve que para que se configure la separación como causal:

es indispensable.... que surja el cese efectivo de la convivencia conyugal y así poder alegar la ruptura de la comunidad de vida matrimonial... [e]n un divorcio, es necesario que los cónyuges cesen su vida conyugal con la intención de interrumpir la vida en común...

³⁵Cabrer Llull v. Pietri Troche, 67 D.P.R. 437 (1947).

³⁶Godreau Duffau v. Guerrero Manatou, 68 D.P.R. 88 (1948).

³⁷Rosario v. Galarza Vegas, 83 D.P.R. 167 (1961).

³⁸*Id.*

...[l]a mera ausencia de relaciones sexuales en un matrimonio, cuando las parejas viven juntas y funcionan como un matrimonio en otros aspectos, no puede invocarse como único fundamento para alegar la existencia de la causal de divorcio por separación.³⁹

El Tribunal interpreta profundamente la discusión de la vida conyugal. Éste cita a López Alarcón⁴⁰ para sostener que:

La separación efectiva tiene que ser el resultado y exteriorización de la ruptura conyugal, lo que requiere que sea material (ruptura de la cohabitación) y espiritual (decadencia de amor conyugal) presumiéndose que ésta existe cuando hay ruptura material.

Y a Puig Brutau⁴¹ cuando éste habla de la intención de interrumpir la vida en común:

Ha de tenerse en cuenta que el simple alejamiento físico de los cónyuges no implica el efectivo cese de la convivencia conyugal, sino que es necesario que se realice con intención de interrumpir la vida en común.⁴²

La honorable juez Miriam Naveira de Rodón, representando la mayoría en el caso de *Cosme v. Marchand* toma como referencia a Zanón Masdeu para establecer las presunciones que se desprenden de la separación de hecho:

Uno objetivo, la no cohabitación entre los cónyuges. Otro subjetivo, el animus, o intención unilateral o bilateral, de los cónyuges de dar por conclusa la vida en común y por consiguiente, por rota toda relación matrimonial.⁴³

Finalmente el Tribunal puntualiza que:

El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer para la plena comunidad de existencia. Ésta se compone de varios elementos y factores,

³⁹Cosme v. Marchand, 121 D.P.R. 225 (1988).

⁴⁰Rosario v. Galarza, 83 D.P.R. 167 (1961).

⁴¹IV J. PUIG BRUTAU, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL 13 (2da ed., 1985).

⁴²Véase Pedro Ortiz Alvarez, *La causal de separación en nuestro estatuto de divorcio*, REV. D. P. 69-83 (1973) (cuando discute la doctrina de vidas separadas en vez de techos separados en relación a la discontinuación de las relaciones sexuales).

⁴³L. ZANÓN MASDEU, LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL DE HECHO 22 (1974).

tales como compañía, cuidado, amistad, cohabitación y procreación, entre otros.⁴⁴

De este razonamiento se substraen la idea de que lo esencial es que cuando los cónyuges se separen debe existir una total quiebra de la convivencia conyugal. Pero, ¿se podrá objetivamente determinar cuáles son los requisitos para establecer una convivencia? Por lo menos, en *Cosme v. Marchand*, se puede esducir una tendencia a pronunciar que la convivencia conyugal es cuando los cónyuges intercambian mutuamente su compañía, se cuidan, son amigos y no es fundamental si el acto sexual se lleva a cabo o si se prescinde de él. Esto pragmatiza la inclinación del Tribunal a dar un trato distinto a las relaciones sexuales cuando se consideran casos de separación como causal para el divorcio. La tendencia es a flexibilizar el ámbito sexual de los cónyuges cuando están separados. Posición que se ve reafirmada en el caso de *Rosario v. Galarza*, donde el Supremo expresó que una relación sexual no interrumpía el período de la separación si no se hizo con la intención de reconciliarse y continuar unidos en matrimonio. Pero, ¿por qué darle un trato diferente?, ¿por qué se le resta importancia a las relaciones sexuales? —cuando están intrínsecamente ligadas a los deberes de vivir juntos y guardarse fidelidad. El Foro Judicial no ha tenido la oportunidad de hacer un análisis sobre el mismo, pero, de acuerdo a sus tendencias y manifestaciones, podemos concluir lo siguiente: cuando los cónyuges se separan existe la presunción de que no cohabitan y que tienen la intención de divorciarse; esto a su vez demuestra que no hay convivencia conyugal. Por lo tanto, se pone en segundo plano el ámbito de las relaciones sexuales porque éstas no tienen el mismo propósito —que es el de

⁴⁴Véase a VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *supra* nota 9. Este menciona una sentencia de 25 de noviembre de 1985 la cual dice:

Entendida la convivencia conyugal propiamente dicha como manifestación de la comunidad de vida, obviamente compatible con la individual de cada esposo, es claro que resultar rota esa unidad a pesar de marido y mujer sigan pernoctando bajo el mismo techo, como para otros efectos señala el art. 87 C.C., pues lo que da color a tal situación es el cumplimiento de los deberes de colaboración y auxilio, manifestamente quebrantados por recurrente y recurrida, que viven en el orden de los actos totalmente desligados, aunque el marido acuda para el descanso nocturno al domicilio conyugal.

manifestar el amor y todos los sentimientos que una vez los instó a unirse en matrimonio.

En España existe una situación muy particular porque se dan dos modalidades de la separación: la judicial y la de hecho. Se debe dictar una sentencia del tribunal para que legalmente sea una separación judicial. Los efectos jurídicos de la separación judicial son los siguientes: se suspende la obligación de vivir juntos, pero continúa el deber de fidelidad; el cónyuge inocente conserva el derecho de alimentos, no así el culpable; cada cónyuge tendrá domicilio separado; se provee para la patria potestad y cuidado de los hijos y se produce la separación de bienes de la sociedad conyugal...⁴⁵ El artículo 82 del Código Civil español regula las causas de separación; que a su vez son las mismas causas para determinar el divorcio. Por otro lado, la separación de hecho se viene a regular tras la reforma del Título IV del Libro I del Código Civil de 1981. Es la separación de los cónyuges de tálamo y mesa, por acuerdo mutuo de ambos cónyuges o por uno solo de ellos, sin que medie una sentencia del tribunal. Esta separación no creará una situación antijurídica, a menos que se aleguen hechos “constitutivo(s) de abandono y gener(e) las consecuencias del abandono, aunque tampoco pueda excluirse que lo que inicialmente haya podido ser un abandono, termine convirtiéndose en una situación distinta cuando se consiente merced a un comportamiento concluyente.”⁴⁶

III. El deber de fidelidad en el régimen de separación

¿Es exigible el deber de fidelidad cuando los cónyuges están separados? En Puerto Rico el estado de Derecho no se ha expresado en relación a este particular. Serrano Geyls comenta, en cuanto a la separación, que “[t]ampoco hay nada que impida a los cónyuges separados establecer los términos o condiciones de la separación siempre que no violen las leyes aplicables.” ¿Existe alguna ley que regule el deber de fidelidad cuando “la separación se formaliza por acuerdo de las partes, expreso (pacto de separación amistosa) o tácito (abandono unilateral justificado o tolerado)”?⁴⁷ No hay ninguna ley que regule este tipo de

⁴⁵SERRANO GEYLS, *supra* nota 11.

⁴⁶DÍEZ PÍCAZO, *supra* nota 16.

⁴⁷*Id.*

situación. Al no haber legislación ni interpretación, ¿debe interpretarse que aún persiste el deber de fidelidad en la separación de hecho, aunque no se ha disuelto el vínculo matrimonial? A *prima facie* se puede entender que si el deber de fidelidad dimana del matrimonio, una consecuencia normal es que debería subsistir aun si los esposos están separados porque el matrimonio no se ha disuelto. Pero, aunque esta relación de causa y efecto se conceptúe como una lógica, entendemos que es una tesis que carece de pragmatismo y de una innegable realidad. Ante el vacío estatutario en el Derecho puertorriqueño tenemos que recurrir al Derecho Comparado y a la solución más justa de acuerdo a la realidad social de la nación puertorriqueña. Veamos.

En España las causales de separación están reguladas en el artículo 96 (1) del Código Civil español.

El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. **No podrá invocarse como causal la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.**”(Énfasis nuestro.)

En la actualidad, como se describe en este artículo, no es exigible el deber de fidelidad cuando los cónyuges se separan. Pero antes de la reforma del Código de 1981 existía la misma situación que en Puerto Rico, por lo tanto, es de rigor discutir la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1982, cuyo ponente fue el Magistrado Luis Díez-Picazo.⁴⁸ En este caso la señora X.Y.Z. se había separado de hecho de su esposo M.N.L. Ella promovió los autos de juicio declarativo de injurias y su esposo la demandó por adulterio e injurias cometidas por ésta. Primera Instancia estimó la reconvención de M.N.L., declarando a doña X.Y.Z. culpable por injurias.⁴⁹ Se dictó sentencia el 17 de febrero de 1981, unos meses antes a la reforma del Código de 1981. La señora apela a la Audiencia Territorial de Albacete. La audiencia decidió a favor de M.N.L. al decir que el proceder y la manera de actuar de X.Y.Z. fue ofensivo para el marido, porque:

⁴⁸I. F. JAVIER PUYOL MONTERO, DERECHO DE FAMILIA, JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 63-73 (1992).

⁴⁹La parte del demandante demostró que la señora X.Y.Z. permaneció durante unas horas de la noche en un edificio o chalet en la sola compañía de un hombre que no era su esposo, saliendo del mismo a las 2:30 a.m.

No es lógico en nuestra actual sociedad que una mujer casada se despreocupe de sus obligaciones y del respeto que a la fidelidad debe y que salga reiteradamente con persona distinta a su esposo...es una conducta representativa de un propósito deliberado de ofender.... que menoscaba gravemente el buen nombre y crédito de una persona.⁵⁰

El 5 de junio de 1982 X.Y.Z. formuló un recurso al Tribunal Constitucional, argumentando básicamente dos cosas: 1º. “que la separación de hecho fue libremente pactada y ella tenía derecho a ejercitar las libertades que son consecuencia de la separación de hecho” y 2º. que “se había producido una discriminación por razón de sexo al aceptar el juzgador civil que su conducta merecía determinado calificativo por ser mujer”. El Tribunal Constitucional denegó el recurso llegando a la siguiente conclusión:

... [E]n la súplica de su escrito, y del contexto del mismo, se deduce que entiende que la separación de hecho de los esposos libremente consentida debe otorgar a ambos un pleno derecho de libertad, que en este caso le ha sido negada por su condición de mujer, mientras que no se supone que no le hubiera sido negada al marido.... Sin embargo, aunque la sentencia de la Audiencia haga hincapié en la situación de la mujer casada, no llega en momento alguno a pensar que el régimen de las obligaciones del varón casado, separado de hecho, sea disinto, pues sólo si así hubiera sido la discriminación se había producido.... **Es obvio que la separación de hecho no hace desaparecer los deberes derivados de la relación conyugal ni otorga un omnímodo derecho de libertad a los cónyuges, que esta subsistencia de deberes es igual para uno y otro consorte y que uno y otro se injurian si antes de que se produzca la disolución del vínculo desarrollan comportamientos que signifiquen menosprecio o que lesionen otros bienes de la personalidad.** (Énfasis nuestro.)

El razonamiento al que llegan los tribunales se analiza tomando en consideración el contexto social, cultural y político de la sociedad en determinada época. Definitivamente hay que poner las cosas en justa perspectiva y entender que los razonamientos conservadores generan decisiones conservadoras. Pero estableciendo como última justificación, que en ese momento la sociedad española sufría un ciclo reaccionario, entendemos que ese razonamiento carece de total validez. *A prima facie*

⁵⁰El juez en la audiencia dijo:

Lo humano y lo lógico en una mujer casada era permanecer en la puerta, donde todos vieran, y no otra cosa, que sin duda alguna tiende al deshonor y menosprecio del marido ante la gente normal que la sociedad íntegra.

nuestra posición se ve rectificada porque en la Reforma de 1981 el panorama cambió drásticamente —aunque la decisión fue tomada en el 1982 (se entiende que los hechos se constituyeron para el 1979).

Cuando un matrimonio decide separarse es porque, generalmente, la conexión espiritual y amorosa, entre ambos o uno de ellos, no existe —se pierde el afecto marital. Hay muchos factores que influyen que la gente no formalice legalmente su estado emocional y sentimental, entiéndase en la forma que han sido socializados, por motivaciones religiosas, prestigio social, por los hijos y así sucesivamente. Esencialmente, un hombre y una mujer se unen por amor. El acto externo de la separación refleja la crisis interna del desamor. Al momento en que dos personas toman una decisión como ésta, el sentido común nos dice que, en la mayoría de los casos, los problemas matrimoniales se iniciaron con anterioridad. Es el resultado de un proceso de frustración en el matrimonio por problemas profundos. Dos personas no llegan a la determinación de separarse para cometer fraude contra el sistema. Reconocerlo así es volver a la época cuando el matrimonio por mutuo consentimiento no tenía cabida en nuestro derecho aplicable, ya que se tildaba como una colusión o conveniencia entre las partes. Un matrimonio se separa ya sea libremente consentido o por uno de los cónyuges y es aquí donde la triología estructural de los derechos-deberes personales sufren una transformación al punto de no existir una relación matrimonial en un sentido lógico, emocional y práctico. Moralmente no existe un matrimonio. Ya no hay amor... Si de los deberes recíprocos conyugales “se desprenden.... inmediatamente ...la naturaleza y escénica íntima de la institución. Son lazos de unión instados en la misma pareja sin trascendencia exterior y *no se conciben sin el matrimonio ni tienen otro alcance que dar realidad a los designios fundamentales del mismo.*” (Énfasis suplido).⁵¹ Si un deber deja de existir, la relación con los demás deberes no se puede juzgar de la misma forma —cambia su configuración. Partiendo del hecho que el cohabitar está intrínsecamente ligado al acto sexual en el matrimonio y el deber de fidelidad asegura que el acto sexual sea exclusivo entre los cónyuges; ¿se puede juzgar de igual manera las relaciones sexuales y a su regulador de exclusividad: la fidelidad, cuando un matrimonio está voluntaria, intencional y libremente separado? Entendemos que no. Anteriormente hemos señalado como el Tribunal ha dado un trato distinto

⁵¹PUIG PEÑA, *supra* nota 18.

a las relaciones sexuales e inclusive en *Cosme y Rosario*, las sitúan en un segundo plano. Si el Tribunal Supremo no hace una interpretación restrictiva en el asunto de las relaciones sexuales, sería inconsistente que lo hiciera con el tema de la fidelidad cuando un matrimonio se separa. Consevimos que la separación crea un ámbito de libertad individual que el otro cónyuge tiene que respetar.

Conclusión

“En Derecho no hay, ni ha habido nunca nada que no responda a una necesidad humana”.⁵²

A tenor con este principio de equidad nuestro ordenamiento jurídico tiene que tener presente que la moral es aquel valor que la sociedad está dispuesta a patrocinar como aceptable. Ante esta realidad, los organismos legislativos y los tribunales elaboran un derecho que se atempere con la realidad social. El consorcio matrimonial es un contrato de vida cuya base es la libre voluntad de la acción y el amor, ambos regidos por la imposición o exigencia moral. Entiéndase así que la manifestación del amor es la cohabitación y, como su consecuencia, la fidelidad. Pero cuando estas bases desaparecen, la relación busca alternativas que sean proporcionales a su convicción moral y lo que entiendan aceptable. Es aquí cuando un hombre y una mujer deciden separarse voluntariamente, porque se extinguió la conexión espiritual que el amor unió. Es en estas circunstancias, donde existe un matrimonio, técnicamente hablando, en donde el vínculo matrimonial solamente existe ante la ley. Anteriormente establecimos que el Tribunal Supremo relevó en importancia el deber de cohabitación y flexibilizó el ámbito de las relaciones sexuales entre los cónyuges, al establecer que para que la separación sea efectiva tiene que haber un cese efectivo de la convivencia conyugal y que no sostengan relaciones sexuales con frecuencia, entiéndase que no den indicios de reconciliación. Deben cumplir con los requisitos de que la separación sea pública, notoria e ininterrumpida. Si en la separación de hecho se suspende la convivencia conyugal y consecuentemente las relaciones íntimas entre la pareja: el régimen de separación debe admitir, en base al *eo quod plerumque accidit*, que mantenerse fiel es improbable. Es por esto que como próximo paso al desarrollo ideal de la causal de separación

⁵²Jacinto Texidor, *La novena causal del divorcio*, 5 REV. JUR. U.P.R. 332 (1943).

por vía de la interpretación judicial, urge que nuestro Tribunal determine que no es exigible la fidelidad cuando existe una separación entre los cónyuges libremente consensuados. H. Tribe, *American Constitutional Law*, 1214 (Foundation Press, 2d ed. 1988).²⁰ *Id.* 1226.