

**ACUERDO N° 199**.- En Buenos Aires, a los 16 días del mes de septiembre del año dos mil once, hallándose reunidos los señores jueces de la Sala “M” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dres. Mabel De los Santos y Fernando Posse Saguier, a fin de pronunciarse en los autos “**V., E. O. c/P., M. L. s/ divorcio art. 214 inc. 2do. Código Civil**”, la Dra. De los Santos dijo:

### **I. Antecedentes**

En las presentes actuaciones, E. O. V. inició demanda de divorcio vincular contra su cónyuge fundada en la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años (art. 214 inc. 2°, Cód. Civil). Al contestar el traslado inicial, M. L. P. dedujo reconvencción contra el actor por las causales de injurias graves y adulterio (art. 202 incs. 1° y 4°, Cód. Civil). A su vez, V. contestó la reconvencción e interpuso la “*reconventio reconventionis*” fundada en las causales de injurias graves y adulterio (arts. 214 inc. 1° y 202 incs. 1° y 4°, Cód. Civil).

La sentencia de fs. 924/938 admitió parcialmente la reconvencción de fs. 90/99 y la “*reconventio a la reconvencción*” de fs. 133/145, decretando el divorcio vincular de los cónyuges por culpa de ambos, por la causal de injurias graves contemplada en el art. 214 inciso 4° del Cód. Civil, con los efectos establecidos en los artículos 217, 218, 1306, 3574 y concordantes del código señalado, y se impusieron las costas en el orden causado.

Contra la sentencia se alzaron las partes. V. expresó agravios en la presentación de fs. 967/968, donde cuestionó que el Sr. Juez “*a quo*” no hiciese lugar a la causal de adulterio que atribuyó a P. en la “*reconventio reconventionis*” y que le imputase injurias graves a su parte. P. fundó su recurso a fs. 972/988, agraviándose de que se desestimase la causal de adulterio endilgada a V. en la reconvencción y se le imputasen injurias graves. Los traslados fueron contestados a fs. 990/992 por P. y a fs. 994/999 por V.. El Sr. Fiscal General ante esta Cámara presentó su dictamen a fs. 1003/1006, donde propugnó la desestimación de los agravios.

### **II. Adulterio**

Se ha definido al adulterio como el ayuntamiento o la

unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su esposa o su marido, respectivamente. Se trata, por ello, de una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que los esposos se deben (Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. 2, pág. 78/9, Astrea, 1989).

Como el objeto de la prueba son las relaciones sexuales ilegítimas, esta causal resulta de difícil prueba directa, motivo por el cual la doctrina y la jurisprudencia aceptan la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes (art. 163 inciso 5, segundo párrafo, del CPCC). Sin embargo, tal como ha señalado también la doctrina y la jurisprudencia, si las presunciones carecen de entidad suficiente para configurar el adulterio, pueden tenerla para dar virtualidad a la causal de injurias graves (art. 202 inc. 4° C. Civil).

En el caso, P. se agravio de que se no se admitiese la causal de adulterio que endilgó a V., por sostener que la prosecución de la cohabitación fue obligada, el deber de fidelidad es irrenunciable y la acción de divorcio es imprescriptible.

A fs. 384/387, M. L. P., hermana de la apelante, reconoció haber tenido relaciones con V. en dos oportunidades, durante el verano de 1989.

La controversia en este aspecto radica en que al poco tiempo de estos acontecimientos, y a que la demandada reconviniere tomara conocimiento de aquéllos, las partes retomaron la convivencia. Sobre el punto, P. afirmó que no hubo reconciliación como sostuvo el magistrado de primera instancia, sino “sólo hubo una espera, un perdón humano que jamás pasó a ser una reconciliación o perdón jurídico”.

Ahora bien, la reconciliación sólo tiene el efecto de extinguir la acción si media una manifestación de voluntad expresa de los cónyuges o si resulta tácitamente de su conducta. En ese orden de ideas, la reconciliación será expresa cuando así lo manifiesten por escrito o verbalmente los cónyuges. En cambio, para que se configure la “reconciliación tácita” resulta menester que se pruebe la intención de los cónyuges de reanudar la vida en común a través de conductas o actitudes inequívocas o porque media efectiva cohabitación, tal como establece el art. 234 del C. Civil.

En realidad, la cohabitación física no es lo que caracteriza a la reconciliación, sino la intención de reanudar la convivencia, pues el mero hecho de vivir bajo un mismo techo, si bien hace presumirla -y está bien que así sea- no alcanza por sí misma si no se encuentra acompañada del factor subjetivo que consiste en la comunidad de vida de los cónyuges. La convivencia posterior de los cónyuges importa una efectiva reconciliación y purga la supuesta o posible causal subjetiva de divorcio (v. Solari, Néstor E., “Pretendida reconciliación entre cónyuges”, LL 2009-B, 702).

En autos, luego de analizar los elementos probatorios aportados al expediente, no puedo sino compartir el criterio adoptado por el Sr. Juez “*a quo*” en que, al regreso del viaje de Irán de V., hubo una reconciliación del matrimonio.

Para decidir de ese modo, no sólo tengo en cuenta que la reconciliación surge de las afirmaciones de la recurrente a fojas 92 vta., sino también que aparece respaldada por el testimonio de D., quien señaló que P. perdonó a V. porque estaba enamorada y siguieron viviendo juntos (fs. 388/390).

A su vez, como sostuvo el Sr. Fiscal General en su dictamen de fojas 1003/1006, ese extremo se encuentra corroborado por la conducta posterior de la consorte; por ejemplo, a través de los viajes a Brasil realizados por la familia en los años 90/91 y 92/93 y la mudanza a un nuevo departamento en 1994, que la propia reconviniendo reformó y redecoró.

Cabe destacar que de los elementos probatorios aportados no surgen indicios de que P. hubiese sido forzada a cohabitar (v. informe pericial psicológico a fs. 714/719 y médico a fs. 814/819 y 828/829). Contrariamente, las circunstancias expuestas dan cuenta de que existieron signos exteriores que indican que hubo perdón e intención de reanudar la vida en común, y no una mera tolerancia de P..

No tengo ninguna duda que las causales de divorcio no sufren el efecto de la caducidad o de la prescripción (CNCiv., Sala C, 7/9/1972, ED, 46-796). Sin embargo, el no ejercicio de los derechos en tiempo oportuno habilita la aplicación de la doctrina de los propios actos -principio legal según el art. 16 del Código Civil-, ya resulta inadmisibles que la actora pretenda ejercer una conducta incompatible con otra anterior, deliberadamente adoptada. La buena fe y el principio de rectitud y honradez veda que se observen actos que oportunamente se convalidaron; siendo de aplicación

entonces la previsión del art. 234 del mismo Código. Ante la operatividad de la reconciliación, no resulta admisible fundar una demanda de divorcio en hechos anteriores a aquélla (v. Mizrahi, Mauricio Luis, “La reconciliación en el divorcio y separación personal”, LL 2008-F, 1332).

A su vez, P. insistió al expresar agravios en que V. cometió reiterados adulterios, los cuales surgirían de los testimonios de M. L. P. y de C., como también de la documental de fs. 60.

Al respecto, no paso por alto que M. S. P. aludió a una relación amorosa entre V. y la esposa de un compañero de trabajo de aquél, pero tampoco puedo soslayar que se trata de un testigo “de oídas”, pues basó su declaración en comentarios de su hermana y aquí demandada. Además, la calidad de hermana de una de las partes y el hecho de haber mantenido una relación con el cónyuge de aquélla si bien no conducen a descalificar el testimonio de M. S. P., provoca que sus dichos deban valorarse con mayor estrictez.

La testigo C., por su parte, también mencionó que V. habría cometido infidelidades, de las cuales tomó conocimiento por “comentarios”, pero no refirió ninguna situación particular de la que se pudiera inferir con un grado de probabilidad suficiente que efectivamente hubiesen existido.

Al ser ello así, no puedo sino compartir lo decidido por el Juez “*a quo*” sobre este aspecto de la sentencia y desestimar los agravios expresados por P. acerca del rechazo de la causal de adulterio.

Por otro lado, como anticipé, V. alegó en la “*reconventio reconventionis*” que P. incurrió en adulterio al mantener una relación extramatrimonial con J. A. P. L..

Al respecto, el Juez “*a quo*” rechazó la causal imputada a P. al sostener que “no basta con el intercambio de palabras o mensajes cargados de erotismo y de fantasías entre los dos polos de comunicación de la red” pues la infidelidad virtual, en tanto “no pase a 3D” (*sic*), no llega a consumir el encuentro carnal que configuraría el adulterio.

V. afirmó que la relación de P. con P. L. “no es platónica ni cibernética sino real y carnal”. El recurrente sustentó su postura en llamadas telefónicas, el contenido de los e-mails agregados, los préstamos dinerarios, el envío de una encomienda y un viaje a Centro América.

Pues bien, no obstante el interesante análisis que

efectuó el magistrado de primera instancia acerca de la “infidelidad virtual”, que consiste en relaciones mantenidas por personas casadas a través de diversos sitios de Internet, sin el conocimiento de su cónyuge, resulta relevante para decidir la cuestión que los e-mails aludidos son posteriores a la separación de los cónyuges.

En las presentes actuaciones, P. reconoció la autenticidad de los e-mails que intercambió con P. L., pero afirmó que nunca se conocieron personalmente (v. absolución de posiciones a fs. 174 y documentación de fs. 113/124) y, como se expuso, los correos electrónicos fueron intercambiados con posterioridad al mes de marzo de 2003; es decir, durante el tiempo en que P. y V. ya se encontraban separados de hecho.

En este sentido, esta Sala ha sostenido -en el voto de la Dra. Díaz de Vivar, al cual adherí- que el marco propio de operatividad del art. 198 del Código Civil sería únicamente el de la comunidad de vida de los esposos dado que, con el quiebre irreversible de la unión, ingresan en escena derechos personalísimos de orden superior que neutralizarían y desplazarían la aplicación de los preceptos comunes de la ley civil (“E., S. D. c/ B., S. A.”, del 05/04/2010, rec. n° 526712). También ha sido la posición que adopté en mi voto en “C., E. A. I. c/ C., M. A. s/ divorcio” del 17/2/2009, expediente n° 46.129/06.

Desde esa perspectiva, considero que las expresiones de matiz amoroso -y, por momentos, erótico- que se observan en los e-mails intercambiados pertenecen al ámbito de la autonomía privada de sus emisores (art. 19, CN), dado que -reitero- fueron posteriores a la ruptura de la convivencia conyugal.

Por otro lado, las llamadas telefónicas a una línea del país donde reside P. L., los préstamos dinerarios, el envío de una encomienda y el viaje que realizó P. a Centro América dan cuenta en grado de probabilidad de una relación entre P. y P. L. pero de ningún modo acreditan la existencia de adulterio. Aclaro que aludí a una *probabilidad* puesto que no hay certeza de que el número telefónico que aparece en las facturas acompañadas al informe de fs. 434/561 pertenezca a P. L., ni que haya habido un encuentro entre P. y P. L. en el viaje que efectuó aquélla a Centro América (v. declaración de S. a fs. 396 vta., resp. 8).

No soslayo que la prueba del adulterio puede resultar compleja y engorrosa por las precauciones que la persona infiel normalmente

toma para evitar sospechas, razón por la cual basta para tenerla por acreditada la comprobación de antecedentes y de hechos que lógicamente y humanamente interpretados configuren indicios o presunciones graves, precisas y concordantes. Sin embargo, tales indicios deben llevar a la forzosa conclusión de la existencia del adulterio.

En ese orden de ideas, y por las razones que desarrollé, no encuentro elementos suficientes para tener por configurada la causal de adulterio alegada por V., pues las pruebas incorporadas a la causa si bien aportan elementos indiciarios, no tienen la concordancia y precisión necesaria para constituir la acreditación por vía de presunciones.

### **III. Injurias graves**

Para que se configure la causal de injurias graves se requiere, en primer lugar, la voluntariedad del acto por parte del cónyuge ofensor; es suficiente que su conducta ilícita encuadre en el concepto de culpa. Y por otro lado, también se requiere gravedad. Esto implica que debe tener la suficiente entidad para hacer intolerable la continuación de la vida en común para el injuriado y justificar así su separación. El juez debe apreciar la gravedad e intensidad de los hechos injuriosos, de conformidad a las características personales de los cónyuges de que se trate (cfr. Posse Saguier, Fernando, en Llambías -Raffo Benegas- Posse Saguier, *Código Civil Anotado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, t. I-A, pág. 604).

En el caso, los motivos que han sido alegados para acreditar las injurias son de fechas anteriores a la reconciliación o posteriores a la separación de hecho.

Por lo demás, los testigos M. S. P. (384/387), A. D. (fs. 388/390), M. S. (fs. 393/396) y C. (fs. 397/400) afirmaron que V. tenía una actitud con P. bastante fría (fs. 384 vta. y 395), distante (fs. 389 vta.), parca y no demostrativa (fs. 390). No obstante, en mi opinión, esas declaraciones sobre la personalidad de V. no resultan suficientes para atribuirle el fracaso del matrimonio, en especial, teniendo en cuenta las fluctuaciones que devinieron en la relación.

Los motivos del amor son insondables y, por esa razón, la ley no los requiere expresamente sino los presume al momento de constituirse el matrimonio. Las razones del desamor también son misteriosamente diversas y no responden a una sola concepción moral. Cuando el amor no es más fuerte, se extingue el vínculo matrimonial sin que



existan culpables o inocentes. En estos casos, estamos ante dos personas que han dejado de amarse y tienen derecho a construir una nueva vida con un significado distinto, sin que por esto, deban padecer el estigma de un significativo discursivo que hace del derecho una objetable herramienta de poder (Famá, María Victoria-Gil Domínguez, Andrés, “El divorcio y la responsabilidad por daño moral entre cónyuges”, DJ, 2005-1, 1094).

Cabe tener en cuenta que debe primar un criterio restrictivo de las causales subjetivas de divorcio, como consecuencia de las dificultades que presenta a los magistrados desentrañar las verdaderas causas del divorcio y el daño que la adjudicación de culpas genera en la estructura familiar cuando existen hijos (CNCiv, Sala B, “S.J.A. c/ G.Z.F. de M. s/ divorcio”, del 22/03/2011), como sucede en el caso en análisis.

Con lucidez, Augusto Morello sostuvo que el expediente no debe ser el espejo de la gran masa de pequeños y mezquinos hechos que buscara fisgonear en los escondidos pliegues de la vida conyugal, lo cual tiende a profundizar las heridas y los resentimientos que se expanden a todo el grupo afectado (“Lectura moderna de la separación de hecho entre cónyuges”, LL 2008-F, 380).

En función de lo expuesto, y de conformidad con el criterio restrictivo que debe primar al analizar las causales subjetivas de divorcio, propongo a mis colegas admitir los agravios y desestimar las injurias graves atribuidas recíprocamente entre las partes.

#### **IV. Separación de hecho**

Decidido lo anterior, corresponde analizar la procedencia de la causal objetiva invocada en la demanda.

La causal objetiva de divorcio vincular introducida por la ley 23.515 autoriza a decretar el divorcio si se prueba la separación de hecho con los caracteres de definitividad que la ley precisa, al decir que es causa de divorcio vincular “*la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años...*”, armonizando el sistema del divorcio-sanción, antes vigente, con el concepto de remedio o solución a la ruptura matrimonial.

La jurisprudencia ha morigerado o flexibilizado muchos de los requisitos previstos para la configuración de las causales objetivas de divorcio y, al revés, ha endurecido o fortalecido las tradicionales

exigencias probatorias para la demostración de las causales subjetivas (Famá, María Victoria, “Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio”, RDF n° 44, págs. 1/46).

En ese sentido, esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que no se requiere la voluntad mutua de los cónyuges para la separación de hecho, como también -por otro lado- se ha meritado, aún oficiosamente, como hecho sobreviniente (art. 163 inc. 6° “in fine” CPCCN), el cumplimiento del plazo de tres años durante el trámite del proceso de divorcio, a los fines de la admisión por la causal objetiva (v. expte. n°63.432/95, recurso n° 234252, del 2/8/1999, entre otros). Sin embargo en el caso la prueba indica que el plazo se hallaba cumplido al tiempo de inicio de la demanda de divorcio.

En ese orden de ideas, cabe recordar que no influye la circunstancia de que los esposos continuaran viviendo en el mismo inmueble, en tanto hagan vidas separadas (Solari, Néstor E., “La permanencia de los esposos en el mismo domicilio y la causal de separación de hecho de los cónyuges”, LL, 20/08/2009, 7).

Sobre esas premisas, cabe señalar que el actor sostuvo en la demanda que se encontraban separados de hecho sin voluntad de unirse desde hacía más de tres años, durante los cuales durmieron en habitaciones separadas y sin hablarse. Si bien la accionada al contestar el escrito de inicio negó que esa circunstancia haya existido, en la entrevista con la perito psicóloga manifestó que **no convivían desde el año 2003** como así también lo reconoció al expresar agravios (v. fs. 986, pto. “C”).

En función de lo expuesto, considero que no resulta necesario efectuar mayores indagaciones para concluir que la causal de divorcio prevista en el art. 214 inc. 2° del Cód. Civil ha quedado acreditada.

**V.** En síntesis, propongo al Acuerdo modificar la sentencia de primera instancia rechazando las causales de injurias graves atribuidas a las partes y, consecuentemente, decretar el divorcio por la causal objetiva invocada en la demanda (art. 214 inc. 2°, Cód. Civil), declarando disuelta la sociedad conyugal existente entre los esposos (art. 1306, Cód. Civil). Finalmente, propongo confirmar la sentencia de grado en todo lo demás que fue materia de agravios y que las costas de Alzada sean soportadas



en el orden causado, habida cuenta el modo en que se deciden los respectivos recursos (art. 68 CPCCN).

El doctor Posse Saguier dijo:

Si bien entiendo que el plazo de tres años constituye un presupuesto sustancial de la acción en el sentido que debe encontrarse cumplido al tiempo de promover la acción, tal como lo he sostenido como integrante de la Sala F (CNCiv., sala F, 27/03/2003, W., H. C. c. W., A., L.L. 2003-D, 965, AR/JUR/676/2003), toda vez que, en el caso, dicho plazo se hallaba cumplido desde el inicio de la acción, comparto la decisión propiciada por la Dra. De los Santos. La Dra. Diaz de Vivar no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 2 (inc. d) y 34 inc. c) del RLJN - Ac. 34/77 y 12/04 de la CSJN). Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mi que doy fe. Fdo: Mabel De los Santos y Fernando Posse Saguier. Ante mi, María Laura Viani (Secretaria). Lo transcripto es copia fiel de su original que obra en el libro de la Sala. Conste.

MARIA LAURA VIANI