

Divorcio Por Adulterio Hijo Extramatrimonial Abandono Voluntario Y Malicioso Del Hogar

JURISPRUDENCIA

Divorcio por adulterio. Hijo extramatrimonial. Abandono voluntario

y malicioso del hogar Se revoca la sentencia apelada en cuanto decreta el divorcio vincular de las partes por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años, y se decreta el divorcio por la causal de adulterio por culpa exclusiva del esposo, quien se encuentra acreditado que tuvo un hijo con la hermana de la actora durante la vigencia del matrimonio.

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 5 días del mes de Mayo de 2015, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. ROBERTO ANGEL BAGATTIN Y EMILIO ARMANDO IBARLUCIA, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° SI-115230, en los autos: ?P. S. M. C/ B. G. J. S/ DIVORCIO CONTRADICTORIO?.- La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.- PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs.141/149, en cuanto es materia de apelación y agravios? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Roberto Ángel Bagattin y Emilio Armando Ibarlucía. Luego de sucesivos trámites, del llamamiento de ?autos para sentencia?, tras el sorteo, quedó este expediente en condiciones de ser votado. VOTACIÓN: A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Sr. Juez Dr. Roberto Angel BAGATTIN dijo: I.- En la sentencia dictada en autos se RESOLVIÓ: 1.- Rechazar la demanda de divorcio promovida por la Sra. S. M. P. contra el Sr. G. J. B. por las causales de ?adulterio?, ?injurias graves? y ?abandono voluntario y malicioso del hogar?, con costas a la actora. 2°.- Rechazar la reconvencción de divorcio promovida por el Sr. G. J. B. contra la Sra. S. M. P. por la causal de ?injurias graves?, con costas al demandado. 3°.- Decretar el divorcio vincular entre los Sres. G. J. B. y S. M. P. por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años (art.214 inc. 2° del Código Civil). 4°.- Declarar disuelta la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda (Conf. cédula de fs. 22/22 vta. el 19 de noviembre de 2010; art. 1306 del Código Civil). La actora interpuso recurso de apelación a fs.153, concedido libremente a fs.154, expresó agravios a fs.158/167, cuyo traslado fue respondido a fs.175/180. El demandado interpuso recurso de apelación a fs.150, concedido libremente a fs.151, expresó agravios a fs.168/171, cuyo traslado fue contestado a fs.173/174. II.- BREVE RESEÑA DEL PROCESO Antes de abordar el tratamiento de los agravios de los apelantes, considero conveniente reseñar brevemente los términos en que quedó trabada la litis. 2.1.- La actora promovió demanda de divorcio vincular contradictorio por las causales subjetivas de ?adulterio?, ?abandono del hogar? e ?injurias graves? de acuerdo a lo dispuesto por el art. 202 incisos 1, 4 y 5 del Código Civil (Conf. fs.17/20). El demandado contestó la demanda y dedujo reconvencción contra la actora para que se decretara el divorcio vincular por su exclusiva culpa por la causal de ?injurias graves? según lo establecido en el art. 202, inciso 5° del Código Civil (Conf. fs.28/36). III.- CAUSAL DE ADULTERIO 3.1.- La Sra. Juez de Familia rechazó la demanda de divorcio fundada en la causal de ?adulterio?, por considerar que correspondía de acuerdo a lo dispuesto en el art. 234 del Código Civil porque los esposos habían reconocido que había existido una reconciliación entre el mes de junio y el de octubre de 2010, cuando la actora ya conocía desde febrero de 2010 que el niño llamado V. era hijo del demandado y de su hermana, lo que consideró que se encontraba acreditado con la copia de la denuncia agregada a fs. 9. Es decir, a pesar de que la causal de adulterio se la podía tener por probada con el reconocimiento del demandado de que el nacimiento de ese niño había ocurrido durante la vigencia del matrimonio (Conf. fs. 141/149). 3.2.- La actora solicita que se revoque la sentencia en crisis en el sentido de que se admita la causal de ?adulterio? y en consecuencia que se declare el divorcio por culpa exclusiva del demandado por dicha causal, por las razones que paso a enunciar brevemente: a) por interpretar que el perdón de los agravios por la reconciliación infringe el principio de congruencia por ser una cuestión introducida extemporáneamente, recién en el alegato sin mediar sustanciación de la misma; b) porque considera que recién se anotició del reconocimiento liso y llano efectuado por el demandado en lo referido a la paternidad del menor fruto de la relación que había mantenido con su hermana, en oportunidad de notificarse del traslado de la contestación de demanda y reconvencción, lo que entiende que se encuentra acreditado con las declaraciones de los testigos ofrecidos por ella, que la Sra. Juez de Familia omitió apreciar; c) porque en la especie no se verifican cumplido ninguno de los recaudos que la mayoría de los autores coinciden que se requieren para que se opere la reconciliación (Conf. fs. 158/157). El demandado, al responder el traslado que se le confirió del escrito de expresión de agravios de la actora, pide que se rechace el referido agravio por las razones, que en prieta síntesis paso a enunciar: a) por considerar que el principio de congruencia no fue violado porque la cuestión de la reconciliación fue introducida por

la propia actora en el escrito de demanda; b) porque quedó acreditado que la actora tenía conocimiento de la filiación paterna de V. antes de la reconciliación, lo que entiende que surge de los dichos de los testigos que declararon en la audiencia de vista de causa y de los términos de las denuncias cuyas copias obran a fs. 9 y 16; c) por interpretar que el efecto recíproco del perdón de los agravios puede traducirse en una manifestación de voluntad expresa de los cónyuges o puede resultar tácitamente de la conducta que asumen los esposos frente a la contingencia del divorcio, el que entiende que tiene efectos instantáneos.

3.3.- Por una cuestión de orden metodológico corresponde tratar en primer término la cuestión referida a si existió o no violación del principio de congruencia al tratar la Sra. Juez de Familia el tema de la reconciliación de los esposos para rechazar la causal de ?adulterio?. El demandado reconoció el adulterio al contestar la demanda (Conf. segundo párrafo de fs. 34) y no opuso la defensa de la reconciliación prevista por el art. 234 del Código Civil. Antes bien, negó que se haya retirado del hogar conyugal en octubre de 2009 (fs. 29vta.). Ni siquiera reconoció que en algún momento hayan estado separados y que luego se reconciliaran. Por el contrario, su defensa consistió en que siempre quiso mantener la unidad del matrimonio pese al trato injurioso de su mujer (Conf. último párrafo de fs. 33 vta.). El art. 234 del Código Civil prevé un supuesto fáctico que debe ser alegado y probado por quien se defiende de la causal de divorcio imputada y reconocida en la misma contestación (art. 375 C.P.C.). Si bien la actora dijo en la demanda que en octubre de 2009 B. se fue del hogar no surge de su relato que ella lo hubiera aceptado (habló de ?abandono del hogar?). En todo caso puede interpretarse que habló de una separación provisoria, aceptando ella volver a la convivencia en el entendimiento de que sería beneficioso para los hijos (fs. 19). Es decir, no creo que pueda decirse que la cuestión de la separación de hecho y reconciliación haya estado introducida en los escritos de traba de la litis. Recién fue introducida tardíamente por el abogado del demandado al alegar en la audiencia de vista de causa (Conf. fs. 123 vta.). A mayor abundamiento agrego, que la reconciliación exige la inequívoca voluntad de perdonar agravios, de reconstruir la vida en común, que si bien la ley hace presumir objetivamente con la reanudación de la cohabitación de los esposos, suele ser difícil a veces interpretar el sentido de ciertos hechos o circunstancias, conductas o actitudes, que objetivamente no permiten afirmar inequívocamente la intención de los cónyuges de reanudar la vida en común. La jurisprudencia ha interpretado en muchos casos que el regreso de la esposa al hogar fue para cuidar la salud y educación de los hijos, por la imposibilidad de procurarse otra vivienda con los hijos a su cargo, pero sin la intención de perdonar los agravios inferidos por su esposo (doct. art. 234 del Código Civil; Zannoni, Eduardo A., ?Derecho Civil?, Derecho de familia, 5ta. Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, año 2006, tomo 2, p. 247/248). En definitiva, corresponde hacer lugar al agravio de la parte actora porque la cuestión de la reconciliación debe ser desestimada por no haber sido alegada temporáneamente como defensa, circunstancia que le impidió a aquella que pudiera ejercer su derecho de defensa. No integró los términos de la litis, razón que impide su tratamiento dado que lo contrario importaría infringir el principio de congruencia (doct. arts. 163 inc. 6º, 272, 330, 354, 484, 841 del CPCC).

3.4.- El reconocimiento del demandado de haber tenido un hijo con la hermana de la actora, llamado V., al contestar la demanda (Conf. segundo párrafo de fs. 34) y en la vista de causa (Conf. fs. 117 vta.) corroborado por los dichos de los testigos E. M., M. C. A. y A. G. son elementos de juicio suficientes para tener por configurada en el caso la causal de divorcio ?adulterio?, porque acreditan la unión carnal con otra persona, que no es su cónyuge, durante la vigencia del matrimonio, violando así el deber de fidelidad mutuo que se deben guardar los esposos (doct. arts. 198, 202 inc. 1º, 214 inc. 1º del Código Civil; arts. 384, 354 inc. 1º, 413, 456 del CPCC). Por todo ello, propongo revocar la sentencia en cuanto rechaza la acción de divorcio y en consecuencia declarar el divorcio por la causal de ?adulterio? por culpa exclusiva del demandado (doct. doct. arts. 202 inc. 1º, 214 inc. 1º del Código Civil; arts. 260, 261, 266 ?in fine? del CPCC).

IV.- CAUSAL DE INJURIAS GRAVES INVOCADA POR LA ACTORA

4.1.- La actora sustentó la causal de ?injurias graves?, en forma ambigua y genérica, en acontecimientos de violencia sufridos por parte del demandado, por ejemplo: agresiones físicas e insultos injustificados e incumplimiento de la obligación alimentaria, que dice que desembocaron en actuaciones judiciales (causa n° 2932 caratulada: ?P., S. M. s/protección contra la violencia familiar? y otra causa sobre alimentos).

4.2.- La Sra. Juez de Familia rechazó el divorcio por la causal de ?injurias graves?, invocada por la actora, por interpretar que la prueba de testigos ofrecida por esta parte (Conf. fs. 119/124) no lograba formar la convicción necesaria sobre el acaecimiento de hechos que configurasen injurias graves durante la vigencia de la convivencia.

4.3.- La actora solicita que se revoque la sentencia en crisis en el sentido de que se admita la causal de ?injurias graves? y en consecuencia que se declare el divorcio por culpa exclusiva del demandado por dicha causal, esencialmente, por considerar que la prueba instrumental ofrecida demuestra la violación del actor del cumplimiento de la obligación alimentaria y que la testimonial acredita las conductas violentas que constituyeron el ?modus vivendi? del accionado (golpes, moretones, machucones, agresiones verbales, insultos) (Conf. punto 2 del escrito de fs. 158/167).

4.4.- En primer término, debo señalar que las declaraciones de las testigos ofrecidas por la actora no permiten formar convicción suficiente como para tener por acreditado que el demandado la hubiera golpeado o agredido física o verbalmente porque ninguna de ellas presencié esos hechos ni ha dado una razón acabada de sus dichos (doct. arts. 384, 456 del CPCC). En segundo lugar, cabe agregar que de los autos caratulados: ?P., S. M.

s/protección contra la violencia familiar? Exp. n° 2932/10, que tramitaron por ante el Juzgado de Familia n°1 departamental, agregado por cuerda a estas actuaciones, que tengo a la vista, solo surge que la actora denunció el 10 de febrero de 2010 haber sido agredida físicamente por el demandado, pero no se produjo prueba alguna que acreditase ese hecho (Conf. fs. 4; doct. arts. 384, 391 del CPCC). En tercer término, corresponde señalar que de los autos caratulados: ?P., S. M. c/B., G. s/alimentos? Exp. n° 3641/10, que tramitaron por ante el Juzgado de Familia n°1 departamental, agregado por cuerda a estas actuaciones, que tengo a la vista, solo resulta que las partes en un primer momento, en una audiencia celebrada el 11 de mayo de 2010, acordaron que el demandado se obligaba a abonar la suma de pesos ... (\$....-), como cuota provisoria de alimentos a favor de los hijos, más el importe del seguro del automóvil Daihatsu Terios y el de las cuotas del servicio de Direct TV (fs. 3), y luego el convenio de alimentos modificatorio, celebrado en la audiencia del día 11 de mayo de 2011, por medio del cual el demandado se obligó a abonar en concepto de alimentos para sus hijos menores el importe equivalente al 20% de sus ingresos, con piso mínimo mensual de pesos ... (\$-) (Conf. fs. 31) el que fue homologado a fs. 41.- En cuarto lugar, debo destacar que en los autos caratulados: ?P., S. M. c/B., G. s/incidente de ejecución de alimentos? Exp. n° 8795/11, que tramitaron por ante el Juzgado de Familia n°1 departamental, agregado por cuerda a estas actuaciones, que tengo a la vista, promovido el 18 de octubre de 2011, con el objeto de ejecutar los alimentos atrasados correspondientes a los meses de diciembre a marzo de 2011 (Conf. fs. 4/9) no fueron objeto de impulso procesal alguno luego de la orden de embargo decretada el 13 de julio de 2012 (Conf. fs. 35). En conclusión, las pruebas analizadas no acreditan que el demandado hubiera incurrido en hechos de violencia moral o física contra la persona de la actora ni que hubiera incumplido su obligación alimentaria. En suma: no demuestran hechos que configurasen la causal de ?injuria graves? durante la convivencia (doct. arts. 202 inc. 4°, 214 inc. 1° del Código Civil; art. 375 del CPCC). Por todo ello, propongo confirmar la sentencia en cuanto rechaza la acción de divorcio intentada en autos por la actora por la causal de ?injurias graves? (doct. arts. 260, 261, 266 ?in fine? del CPCC).

V.- CAUSAL DE ABANDONO VOLUNTARIO Y MALICIOSO DEL HOGAR CONYUGAL

5.1.- La actora basó la causal de ?abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal? en que el demandado, luego de la reconciliación, volvió a mostrar su personalidad agresiva, y nuevamente hizo abandono del hogar conyugal el domingo 10 de octubre de 2010

5.2.- La Sra. Juez de Familia rechazó la causal de la causal de ?abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal? por entender que la actora había consentido el retiro del demandado del hogar conyugal.

5.3.- La actora solicita que se revoque la sentencia en crisis en el sentido de que se admita la causal de ?abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal? y en consecuencia que se declare el divorcio por culpa exclusiva del demandado por dicha causal, esencialmente, por considerar que el demandado no había probado los hechos que invocó para justificar su alejamiento del hogar (Conf. punto 3 del escrito de fs. 158/167).

5.4.- La jurisprudencia ha interpretado que la presunción del carácter voluntario y malicioso del retiro del hogar sólo funciona en un ámbito restringido, que sin duda alguna el retiro del hogar aparezca a todas luces irrazonable, dentro de un matrimonio en plena armonía, como acertadamente expresó la Sra. Juez de Familia. En el presente caso, la falta de armonía entre los esposos se desprende a todas luces de la prueba aportada a autos (testimonial y documental) y además quedó acreditado que la actora consintió el retiro del demandado del hogar conyugal al haber expresado en la audiencia de vista de causa que cuando el demandado volvió para buscar cosas, la charla que tuvieron ?fue como un acuerdo porque si no me amaba estaba bien que se vaya? (Conf. fs. 118 vta.; arts. 384, 391, 413, 456 del CPCC). No aparece acreditado, entonces, que el retiro del demandado del hogar conyugal hubiera tenido un componente malicioso como para que haya quedado configurada la causal de divorcio (doct. arts. 199 ?in fine?, 202 inc. 5°, 214 inc. 1° del Código Civil; art. 375 del CPCC). Por todo ello, propongo confirmar la sentencia en cuanto rechaza la acción de divorcio intentada en autos por la actora por la causal de ?abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal? (doct. arts. 260, 261, 266 ?in fine? del CPCC).

VI.- CAUSAL DE INJURIAS GRAVES ALEGADA POR EL DEMANDADO

6.1.- La Sra. Juez de Familia rechazó la reconvención deducida por el demandado por interpretar que ninguno de los hechos invocados para sustentar la misma habían sido corroborados por los testigos que declararon en la audiencia de vista de causa.

6.2.- El demandado solicita que se revoque la sentencia en crisis en el sentido de que se admita la causal de ?injurias graves? y en consecuencia que se declare el divorcio por culpa exclusiva de la actora por dicha causal, esencialmente, por dos razones: a) en primer lugar, solicita que se declare la nulidad del rechazo de la reconvención por considerarla arbitraria por entender que esa decisión carece de un razonamiento lógico conforme lo establecido en el art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; y b) en segundo lugar, por interpretar que el cambio de cerradura realizado por la actora quedó acreditado con su propia declaración en la vista de causa y con los dichos de los testigos G. E. C. y F. S. (Conf. fs. 168/171).

6.3.- Considero que el planteo de nulidad de la decisión de rechazar la reconvención por una supuesta falta de fundamentación debe ser rechazado porque ese supuesto vicio no le impidió al demandado esgrimir los argumentos sobre los cuales basó su apelación y por ende el mismo no ha tenido tal magnitud para poner en peligro el derecho de defensa del apelante, y por elementales razones de economía procesal ya que si existió un simple error u omisión subsanable debe ser reparado en el pronunciamiento del Tribunal ?ad quem? al resolver el recurso de apelación. En suma, no cualquier transgresión a

los principios legales en que se basa la sentencia trae aparejada la nulidad, en particular cuando la Alzada puede reparar deficiencias y no se trata de cuestiones fundamentales del litigio (doct. art. 253 del CPCC). 6.4.- El demandado fundó la causal de ?injurias graves? alegadas como base de su reconvención en que fue echado por su cónyuge del domicilio conyugal al efectuar un cambio de cerradura de la puerta de acceso a la vivienda y negarle en consecuencia el ingreso a la misma (Conf. punto V de fs. 35). La actora en la audiencia de vista de causa no reconoció de forma alguna que cambió la cerradura de la puerta de acceso a la vivienda conyugal, sólo admitió que tiempo después de la separación debió cambiarla por un tema de seguridad personal Los testigos G. E. C. y F. S. declararon que sabían que la actora había cambiado la cerradura sólo por dichos del demandado, razón por la cual esos testimonios carecen de eficacia probatoria para probar el hecho en cuestión (doct. arts. 384, 456 del CPCC). La valoración de estos elemento de juicio no permiten en forma alguna tener por acreditado que la actora cambió la cerradura de la puerta de acceso a la vivienda, razón por la que propongo rechazar los agravios en tratamiento (doct. arts. 163 inc. 5°, 384, 456 y concordantes del CPCC). Por todo ello, propongo confirmar la sentencia en cuanto rechaza la reconvención deducida en autos (doct. arts. 260, 261, 266 ?in fine? del CPCC).

VII.- CAUSAL OBJETIVA La Sra. Juez de Familia decretó de oficio el divorcio vincular de las partes de este juicio por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años prevista en el art. 214 inc. 2° del Código Civil a pesar de no haber sido invocada, ni aun subsidiariamente, ni en el escrito de demanda ni tampoco en el planteo reconvenicional, violando así el principio de congruencia (doct. arts. 163 inc. 6°, 272, 330, 354, 484, 841 del CPCC). Por ello y en razón de la propuesta que formulo en el considerando III de este voto, propongo revocar la sentencia en el sentido de dejar sin efecto esa decisión (doct. arts. 163 inc. 6°, 272, 330, 354, 484, 841 del CPCC).

VIII.- COSTAS DE ALZADA De acuerdo a la propuesta que formulo en los considerandos precedentes, de ser compartida, la parte actora triunfa porque logra revocar la sentencia en crisis, razón por la cual las costas deberán adecuarse a ese pronunciamiento (doct. art. 274 del CPCC) y en consecuencia dejar sin efecto las regulaciones de honorarios.- Por ello propongo que las costas de ambas instancias, tanto por las relativas a la demanda de divorcio como las de la reconvención, se impongan al demandado reconviniendo en su condición de vencido (doct. art. 68, 1° párrafo del CPCC). Con el preciso alcance que se desprende de lo expresado en los considerados precedentes, a esta primera cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN: El Sr. Juez Emilio Armando Ibarlucía, aduciendo análogas razones, dio su voto también por la AFIRMATIVA. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Sr. Juez Dr. Roberto Angel BAGATTIN dijo: En mérito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1°.- Revocar la sentencia de fs.141/149 en los siguientes aspectos: a) en cuanto rechaza la demanda de divorcio por la causal de ?adulterio; b) en cuanto decreta el divorcio vincular de las partes por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años (art. 214 inc. 2° del Código Civil) y c) en consecuencia, decretar el divorcio vincular entre los Sres. G. J. B. y S. M. P. por la causal de ?adulterio? por culpa exclusiva del esposo. (doct. doct. arts. 202 inc. 1°, 214 inc. 1°, 217, 235, del Código Civil. 2°.- Confirmar la sentencia de fs.141/149 en todo lo demás que fue motivo de agravios y recurso de apelación. 3°.- Imponer las costas de ambas instancias, tanto por las relativas a la demanda de divorcio como las de la reconvención, al demandado reconviniendo y en consecuencia dejar sin efecto las regulaciones de honorarios.- ASI LO VOTO.- A LA MISMA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. juez Emilio Armando Ibarlucía, aduciendo análogas razones, dio su voto también en el mismo sentido. Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA: Y VISTOS: Considerando que en el acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales ha quedado establecido que la sentencia de fs.141/149 debe ser REVOCADA porque no se ajusta a derecho. POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede SE RESUELVE: 1°.- Revocar la sentencia de fs.141/149 en los siguientes aspectos: a) en cuanto rechaza la demanda de divorcio por la causal de ?adulterio; b) en cuanto decreta el divorcio vincular de las partes por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años (art. 214 inc. 2° del Código Civil) y c) en consecuencia, decretar el divorcio vincular entre los Sres. G. J. B. y S. M. P. por la causal de ?adulterio? por culpa exclusiva del esposo. (doct. doct. arts. 202 inc. 1°, 214 inc. 1°, 217, 235, del Código Civil. 2°.- Confirmar la sentencia de fs.141/149 en todo lo demás que fue motivo de agravios y recurso de apelación. 3°.- Imponer las costas de ambas instancias, tanto por las relativas a la demanda de divorcio como las de la reconvención, al demandado reconviniendo y en consecuencia dejar sin efecto las regulaciones de honorarios.- REGÍSTRESE.- NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE. 002426E