

## Divorcio Vincular Adulterio Ineficacia De Los Mensajes De Texto Como Prueba Del Adulterio

### JURISPRUDENCIA

NEUQUEN, 30 de Diciembre de 2014. Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: ?L. M. C. C/ R. R. F. S/ DIVORCIO VINCULAR CON CAUSA?, (Expte. N° 33881/2007), venidos en apelación del Juzgado de Familia N° 2 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo: I.- La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 275/282, que rechaza la demanda de divorcio con fundamento en la causal de adulterio e injurias graves y la pretensión por daño moral; rechaza la reconvencción fundada en la causal de injurias graves; y hace lugar a la demanda de divorcio vincular por la causal de separación de hecho por un tiempo continuo mayor de tres años, sin voluntad de unirse, declarando disuelta la sociedad conyugal a la fecha de notificación de la demanda, e imponiendo las costas en el orden causado. La letrada de la parte actora apela sus honorarios por bajos, señalando que los de los abogados de su contraparte son superiores. a) 1.- La recurrente efectúa una reseña de los hechos, y se agravia por cuanto la jueza de grado ha desestimado como medio de prueba el acta notarial agregada a fs. 134/135, con fundamento en la oposición y desconocimiento del demandado sobre la entrega voluntaria del teléfono a la actora, con conceptos rayanos en el delito presuntamente cometido por la accionante, por violación de la privacidad de las comunicaciones, con sustento en la sola negativa del accionado. Dice que la actora no sustrajo el teléfono celular que poseía, habiendo manifestado por qué y cómo estaba en su poder. Agrega que frente a un divorcio por las causales invocadas es imposible imaginar que depositara en un acta notarial aquello que le fuera impedido por ley, y que no puede por ello integrar la litis como prueba de la causal de adulterio. Sigue diciendo que la sentenciante de primera instancia no aborda el complejo de las situaciones vividas por la actora y manifestadas y probadas en autos, las que conjuntamente con la prueba contenida en el acta notarial, son de suficiente entidad para otorgar debida procedencia a este medio de prueba. Cita jurisprudencia. Sostiene que la prueba no fue contrariada por el demandado, más allá de la oposición a la misma, ya que sólo dijo pero no probó que se le hubiera sustraído el teléfono celular, y luego argumentó que los mensajes de texto son de fecha posterior a la separación, cuando los mismos datan del año 2008, fecha en la cual las partes no estaban divorciadas. Señala que el demandado no realizó denuncia que verifique la sustracción del teléfono celular. Manifiesta que la prueba presentada por la actora, con las formalidades de la escritura pública que da fe de su contenido, se encuentra plenamente habilitada como tal. Destaca que la conducta evidenciada en los mensajes de texto es prueba suficiente del adulterio, como de las injurias graves, dado que el deber de mutua fidelidad se viola con cualquier relación de intimidad, o excesiva afectuosidad con extraños, capaz de dañar los sentimientos del otro cónyuge. Considera que las pruebas informativas no fueron analizadas por la a quo. Señala que a fs. 214 figura la contestación brindada por ?Tgestiona?, donde se acompaña soporte magnético con detalle de llamadas facturadas, tal como se le solicitara en el oficio respectivo, quedando plasmados los mismos números de teléfonos que constan en el acta notarial, por lo que, a su criterio, no puede sostenerse la impugnación de la prueba desde el razonamiento impuesto por la sentenciante de grado. 2.- Formula queja respecto de la valoración de la prueba testimonial. Dice que surge de los testimonios que el demandado se fue del hogar, sin preocuparse por el bienestar de su esposa y de su hija, incluso, agrega, los testigos en detalle dicen que la actora debió trabajar como taxista para sostener el hogar, y que fue sólo a través de las acciones legales que el demandado comenzó a responsabilizarse por las necesidades de su hija. Afirma que la falta del esposo y progenitor a sus deberes de alimentación de su grupo familiar, luego del abandono del hogar, son causales de injuria grave que no fueron contempladas en la sentencia apelada, y que surgen de la prueba testimonial. Cita jurisprudencia. 3.- Solicita que las costas se impongan al demandado, en tanto ha sido el causante de las causales que funda, y que se valore el daño moral, el que se desprende de la gravedad de dichas causales. b) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios. II.- Las quejas de la recurrente giran en torno a la valoración del material probatorio incorporado a la causa, del cual, a su criterio, surgiría acreditada la violación al deber de fidelidad y la configuración de injurias graves. Coincido con la sentenciante de primera instancia respecto a que el acta notarial de fs. 134/135 encuadra en la especie prueba ilícita, por lo que en virtud del principio de la ineficacia de la prueba ilícita no puede ser considerada como medio probatorio. La evolución habida en el derecho, y principalmente la incorporación de los derechos humanos al campo jurídico, ha hecho que el proceso tenga que respetar aquellos valores ligados a la dignidad y libertad de las personas. Concretamente, en la actividad probatoria no vale todo, sino que ?la justa demostración de los hechos que interesan al proceso se realice con estricta observancia de las leyes que regulan esa actividad? una libertad absoluta de medios de prueba, que no excluyera los que atenten contra esos principios, degeneraría en una especie de anarquía judicial y convertiría al proceso en fuente de

iniquidad y en instrumento para la violación del derecho y la moral?? (cfr. Kielmanovich, Jorge L., ?Teoría de la prueba y medios probatorios?, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 70/71). Por ende, y como señala Kielmanovich (op.cit.), con cita de Muñoz Sabaté, los tribunales no pueden admitir que una parte consiga con actividades ilícitas aquello que lícitamente no podría procurarse.

Tal como lo ha desarrollado la jueza de grado, la actora alega haber tenido el teléfono celular del demandado en su poder porque éste se lo entregó para que lo usara con su propio chip (fs. 135). El demandado, por su parte, niega haber entregado voluntariamente el teléfono en cuestión a la actora, afirmando que el aparato fue retenido ilegalmente por ella cuando ocurrió la separación de hecho, quién se negó a devolverlo (fs. 141). No existiendo prueba de que el teléfono celular de propiedad del demandado ?extremo reconocido por la actora- haya sido entregado voluntariamente por aquél, las constancias obrantes en el equipó telefónico no pueden ser consideradas por el tribunal desde el momento que la incertidumbre respecto del modo de adquisición de la información ?cuya inviolabilidad se encuentra amparada por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional- torna a la prueba en ilícita, toda vez que su obtención, presumiblemente, puede responder a la perpetración de delitos (art. 153, Código Penal). Por lo expuesto ha de confirmarse el resolutorio apelado en cuanto desestima la prueba documental de fs. 134/135. III.- No obstante ello y conforme lo señala la sentencia recurrida, aún otorgando validez al acta notarial, el adulterio no se encuentra probado. Tal como lo postula Graciela Medina, el adulterio consiste en la unión sexual de una persona casada con una tercera persona, circunstancia que vulnera la fidelidad que se deben los esposos; y analizando esta definición a la luz de las nuevas tecnologías de la comunicación señala que para la doctrina jurídica local el adulterio exige el encuentro sexual, la cópula, ?no basta el intercambio de palabras o mensajes cargados de erotismo y de fantasías entre los dos polos de comunicación de la red, no basta con pecar de pensamiento o por medio de la escritura?? (cfr. aut. cit., ?Código Civil Comentado?, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, Derecho de Familia, T. I, pág. 186/187). De ello se sigue que, aún cuando consideremos que la prueba documental del acta notarial es válida, el tenor de los mensajes que se reflejan en ella no es suficiente para tener por configurado el adulterio. Más aún, cuando ninguno de los testigos que declaran en autos han visto al demandado en compañía de otra persona y en actitudes que hagan presumir una relación sentimental, ni conocen de la existencia de relaciones por fuera del matrimonio; e incluso la propia actora, tal como lo señala la a quo, ha reconocido al absolver posiciones que nunca vió a su marido con otra mujer. Por otra parte, y como también lo pone de manifiesto la jueza de grado, las fechas de los mensajes coinciden con el período en que los cónyuges ya se encontraban separados de hecho, por lo que debe entenderse que el deber de fidelidad desaparece o se atenúa de modo importante, conforme lo he adelantado en autos ?F.M.J. c/ N.N.D.C.? (Sala I, P.S. 2011-III, n° 87) y en autos ?M. c/ F.? (Sala II, P.S. 2014-I, n° 16). Interpretación ésta que se refuerza con la nueva normativa establecida en el Código Civil y Comercial de la Nación ?todavía no vigente-, en tanto su art. 431 establece que la fidelidad es un deber moral entre los esposos. IV.- En cuanto a las injurias graves, teniendo en cuenta que no he de considerar el tenor de los mensajes de texto transcritos por el escribano actuante en razón de ser prueba ilícita, no encuentro que estén configuradas. La prueba testimonial aportada a la causa nada prueba respecto de las injurias denunciadas por la recurrente. El hecho que la actora se encontrara deprimida, o que la hija extrañara a su papá y llorara, si bien son circunstancias lamentables, resultan lógicas con posterioridad a una separación, no pudiendo imputarse al demandado que deliberadamente las haya provocado. En cuanto al incumplimiento de los deberes de asistencia, surge del informe socioambiental de fs. 155/157 que la actora con su hija permanecen en la vivienda familiar, que cuentan con cobertura de obra social que les brinda el demandado y que la niña recibe una cuota alimentaria provisoria equivalente al 30% de los ingresos del progenitor. No puede afirmarse, entonces, que el accionado ha abandonado a su familia o que los ha desamparado, más allá del cese de la convivencia y de que la actora haya tenido que procurarse trabajo para aportar a su manutención y la de su hija. V.- Respecto de la apelación arancelaria, la imposición de las costas procesales en el orden causado no siempre va de la mano con la regulación igualitaria de honorarios a los profesionales de las partes.

En autos, la diferente regulación arancelaria se vincula con que la demanda ha sido rechazada íntegramente, en tanto la reconvencción ha sido rechazada sólo parcialmente, ya que ha progresado la declaración del divorcio por la causal objetiva, pretensión subsidiaria del demandado reconviniente (fs. 64), circunstancia que justifica la determinación de emolumentos diferenciados (art. 6 inc. c, Ley 1.594). VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio apelado. Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la actora perdedora (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios de las letradas actuantes Dras. ... y ... en la suma de \$ ..., en conjunto, de acuerdo con lo normado por el art. 15 de la Ley 1.594. El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ dijo: Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo. Por ello, esta SALA II. RESUELVE: I.- Confirmar la sentencia de fs. 275/282, en lo que ha sido materia de recurso y agravios. II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la actora perdedora (art. 68, CPCyC). III.- Regular los honorarios de las letradas actuantes Dras. ... y ... en la suma de PESOS ... (\$...), en conjunto, (art. 15 de la Ley 1.594). IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan al Juzgado de origen. Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA Correlaciones:

T., L. D. c/ E., E. D. s/divorcio vincular-contencioso - Trib. Colegiado Fam. N° 5 Rosario - 26/12/2013  
s/divorcio art. 214, inc. 2), CC - Cám. Nac. Civ. - Sala M - 16/09/2011

V., E. O. c/P., M. L.  
Cita digital: