

“L. S. M. C/ G. R. S/ SEPARACION PERSONAL”

Causa N° 113421, RSD. 107/2011.

//la ciudad de La Plata, a los 15 días del mes de septiembre de dos mil once, reunidas en acuerdo ordinario las Señoras Jueces Vocales de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, Sala Segunda, doctoras Patricia Ferrer y Silvia Patricia Bermejo, para dictar sentencia en la causa 113421, caratulada: "**L. S. M. C/ G. R. S/ SEPARACION PERSONAL**", se procedió a practicar el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término la doctora **BERMEJO**.

La Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1a. ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 388/406 y su aclaratoria de fs. 423 y vta.?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION LA SEÑORA JUEZ DOCTORA BERMEJO DIJO:

I- La sentencia del Juzgado de Paz hizo lugar a la demanda de divorcio introducida en la reconvencción por el señor R. E. G. contra la señora S. M. L. por las causales previstas en el artículo 202 incisos 1 y 5 del Código Civil y la desestimó con relación al inciso 4 de la misma norma. Asimismo, rechazó la pretensión de divorcio vincular incoada en la **reconventio reconventionis** por la señora Lorenzo contra el señor G., con sustento en los incisos 2 y 4 de aquella disposición. Declaró disuelta la sociedad conyugal, con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda (art. 1306, C.C.), sometiendo los bienes que la

integran al proceso de liquidación y disolución, sin perjuicio de la opción que brinda el artículo 211 del Código Civil. Desestimó el pedido de atribución del hogar conyugal y de tenencia, estableciendo que debía concurrir por la vía procesal que corresponda. Ordenó poner en conocimiento del Servicio Local de Protección los hechos ventilados respecto a los hijos del matrimonio, disponiendo se extraigan copias para su remisión. Por último, impuso las costas a la actora, procedió a la regulación de los honorarios y estipuló que en su oportunidad el pronunciamiento se anote en el Registro de las Personas. Luego, se aclaró que se tuvo por desistida a la señora L. de la acción por separación personal, al deducir el divorcio vincular, con costas (fs. 308/ 406 y fs. 423 y vta.).

II- Esta decisión fue apelada por ambas partes. La accionante fundó sus agravios (fs. 445/ 453), con réplica de la contraria (fs. 469/ 474) y la demandada lo hizo a fs. 454/ 467 vta., lo que no recibió contestación. Igualmente, el letrado doctor Salvatierra recurrió sus honorarios por bajos (fs. 416). Luego se llamó autos para sentencia (fs. 479).

III- Previo a tratar los recursos articulados, se impone responder el reproche de la legitimada pasiva sobre que el embate de la actora no cumple con los presupuestos del artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial para acceder a esta instancia.

Conforme lo prevé la norma referida, la impugnación debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que se califiquen equivocadas. Así, acorde se observa con una amplitud de criterio que facilite la vía recursiva, la expresión de agravios es suficientemente clara para su abordaje,

respetando su fundamentación las consignas establecidas en esa disposición del Código ritual, por lo que deviene admisible su tratamiento (art. 260, cit.).

IV- De la lectura de los escritos introductorios y de la prueba producida, se acreditó que los señores G. y L. contrayeron matrimonio en el año 1990 (fs. 4 y vta.). Las partes son contestes en que existió un intervalo de tiempo en el que estuvieron separados de hecho –a partir del año 2002 (ver fs. 39)-. En ese período de alejamiento la señora tuvo una hija con el señor Irigoyen, el 18 de marzo de 2003, luego de lo cual reiniciaron la vida en común, hasta que se separaron nuevamente, ocasión en que la señora se retiró del hogar con fecha 14 de febrero de 2006 (v. fs. 24/ 30 vta.). Cabe destacar que esa fue la data señalada por el señor G. (v. fs. 24/ 29 vta.). Si bien a fs. 26 dice que fue del año 2007, lo aprecio como un error de tipeo, en tanto a fs. 25 vta. dijo que fue en el 2006, lo que coincide con su exposición policial de fs. 19.

Posteriormente, en el año 2007, la señora interpuso la demanda de divorcio por la causal objetiva (art. 214 inc. 2, C.C.; fs. 5/ 6), habiendo reconvenido el señor G. por las causales de abandono voluntario y malicioso, adulterio e injurias graves (fs. 24/ 29 vta.). Corrido el pertinente traslado, la señora Lorenzo reconvino a su vez por el divorcio previsto en los incisos 2 y 4 del artículo 202 del Código Civil (fs. 33/ 38 vta.).

Una crítica de orden procesal efectuada por el señor G. en su recurso es que la magistrada receptó la **reconventio reconventionis**. Alega que se viola su derecho de defensa pues le ha permitido a la contraria introducir hechos tardíamente. Agrega que el perjuicio se atemperó pues la pretensión de la actora fue rechazada.

Anticipo que este agravio no puede prosperar. Si bien, como principio, no se admite que el actor reconvenido pueda a su vez contrareconvenir al demandado (institución conocida como **reconventio reconventionis**), ello se atempera necesariamente a los fines de no dividir la contienda. No puede invocarse válidamente ningún inconveniente legal o práctico para negar su admisibilidad, a lo que se suman razones de economía procesal (ver Carlo Carli “La demanda civil”, Editorial Lex, 1983, págs. 298 y 299) en especial en un caso como el de autos. Específicamente, se ha admitido que el esposo reconvenido por divorcio puede contrademandar para que se declare por culpa del otro (ob. cit. pág. 281; en igual sentido ver Roberto Berizonce, “La reconvencción”, Revista Jus número 6, pág. 102).

Como refieren los autores citados, no deja de ser una situación excepcional. A ello sumo que en el caso de divorcio, cuando se ha articulado la demanda en virtud del artículo 214 inciso 2 del Código Civil y luego se reconvino por otro causado, se le cercenaría el derecho de defensa a la actora si no pudiera ventilar, a su vez, los motivos que pudieran haber dado lugar a la petición de la disolución del vínculo por razones que antes prefirió callar.

Empero, sin perjuicio de lo dicho en cuanto a la admisión de la **reconventio reconventionis** en los procesos de divorcio, en el caso de estas actuaciones, se da la particularidad, además, que la magistrada consideró que la actora había desistido tácitamente de su pretensión por la causal objetiva, al reconvenir por la disolución del vínculo por las causales previstas en el artículo 202 incisos 2 y 4 del Código Civil (ver aclaratoria de fs. 423 y vta.). Es decir, que para el **a quo** la actora, en verdad, no ejerció más que una acción, al igual que el

demandado al reconvenir. Esta manera de decidir no sufrió el embate de las partes en sus respectivos recursos, por lo que ha llegado firme a esta instancia (art. 272, C.P.C.C.).

Como ha dicho nuestra Suprema Corte “Los tribunales de apelación reconocen un doble límite, el que surge de la traba de la litis y el marco de los cuestionamientos que ante ellos se exponen (S.C.B.A., Ac. 49342, sent. del 31-8-1993; S.C.B.A., Ac. 67142, sent. del 5-7-2000; S.C.B.A., Ac. 83006, sent. del 24-3-2004; S.C.B.A., Ac. 94776, sent. del 16-5-2007; S.C.B.A., C 101736, sent. del 22-12-2008; S.C.B.A., C 97896, sent. del 18-2-2009), quedando incólume aquello que no se impugnó.

Por consiguiente, no es admisible la queja en este aspecto (art. 272, C.P.C.C.).

V- Por otro lado, el demandado reconviniente se agravia de que el **a quo** no rechazó en forma expresa la separación personal, por lo que habría violado el principio de congruencia.

Argumenta que si bien el juzgador consideró operado un “desistimiento tácito” esa parte ha contestado una demanda, quedando desplazada la consideración de la causal objetiva por la de culpabilidad de los esposos. Agrega que tal omisión redundaría también en los honorarios de los letrados, por lo que, opina, se debe desestimar expresamente la acción de separación personal.

No se ha atacado el fallo –como se señaló en el punto anterior de este voto- en cuanto al desistimiento de la separación personal por una reconvencción posterior, por lo que ha quedado incólume y –como se destacó- no

puede revisarse por esta alzada. Todo lo que no fue cuestionado, ha quedado consentido.

Además, desde la perspectiva de los emolumentos profesionales, si bien es cierto que la parte ha contestado la separación personal y que esa labor debe ser recompensada conforme la ley 8904, pero ello no es obstáculo a que la magistrada haya estimado que hubo un desistimiento tácito, en el cual, además, se impusieran las costas (v. fs. 388/ 406, punto segundo de los considerandos y fs. 423 y vta.). No es valladar para regular los honorarios que el proceso termine de una forma u otra (arts. 9, 10, 15, 16 y conc., ley 8904).

Por ende, no es acertada la opinión del recurrente en cuanto a que no hay decisión sobre la separación personal. Se ha juzgado que ella concluyó en un desistimiento tácito y, como ya se dijo, tal consideración no sufrió embate alguno (art. 272, C.P.C.C.).

En consecuencia, no es procedente el agravio vertido (art. 272 ya cit.).

VI- Como un a forma de sintetizar las restantes objeciones de ambas partes, se aprecia que éstas se nuclean, por un lado, con respecto al vínculo del matrimonio y, por otro, con los efectos patrimoniales de éste.

En lo atinente a la primera de las cuestiones mencionadas, la señora Lorenzo en su expresión de agravios censura la recepción del divorcio por las causales invocadas por el señor G. y el rechazo de las que ella argumentara.

Se pasará a analizar, en primer lugar, la protesta referida a haberse hecho lugar al divorcio por adulterio invocada por el señor G., a lo que se opone la señora Lorenzo. Reprocha esta impugnante que cuando mantuvo relaciones

afectivas con el señor I. y con el señor C., se encontraba separada de hecho, por lo que había cesado el deber de fidelidad. Opina que este deber concluye cuando se rompe la convivencia, o sea, cuando se quiebra la comunidad de vida.

Relata que el matrimonio convivió hasta que ella se retiró involuntariamente del hogar conyugal, en julio del año 2002, por las situaciones violentas que padeció por parte del señor G. y que cuando nació su hija, en marzo de 2003, no se encontraba con su esposo. Luego –explica- decidieron volver a convivir y la relación nuevamente se interrumpió en febrero de 2006. Dice que en los dos períodos en los que el matrimonio estuvo separado no regía el deber de fidelidad, pues habiendo cesado la comunidad de vida, cada cónyuge tiene derecho a ejercer su privacidad consagrado en el artículo 19 de la Constitución nacional. Agrega que no se le puede exigir una abstinencia sexual y que al no contar con la ayuda del padre de sus hijos la ayudaba su pareja. De allí, deduce, no ha existido adulterio.

Por otro lado, con respecto a este mismo punto, objeta el señor G. la circunstancia que no se haya tenido al nacimiento de una hija extramatrimonial como prueba de la causal de adulterio y/o de injurias graves. Ello pues, cuando él sustentó ese reclamo, lo hizo tanto en la relación de la señora L. con el señor Irigoyen -con quien tuvo una hija en el año 2003- como en un vínculo posterior con el señor C., aunque el **a quo** tuvo por acreditada la causal por este segundo hecho y no por el primero.

Alega el impugnante que la circunstancia que luego del nacimiento de la niña extramatrimonial hayan vuelto a cohabitar no puede apreciarse como una reconciliación.

Acorde ha juzgado nuestro Superior Tribunal provincial, en el juicio de divorcio, la prueba debe analizarse en conjunto con el objetivo de extraer la verdad de lo ocurrido en el hogar y establecer, dentro de la relatividad de las cosas humanas, la culpabilidad que corresponde a cada uno de los cónyuges en el fracaso del matrimonio, a cuyo efecto lo que corresponde es verificar, a través de todos los elementos de convicción de que se dispone, las causas o razones determinantes del clima en que se desenvolvería la vida conyugal (conf. "D.J.B.A.", t. 117, pág. 159; Ac. 37.420, sent. del 8-III-1988; C 91755, sent. del 8-III-2007).

Previo a analizar los hechos, hay que responder a la queja del demandado en cuanto a que la reanudación de la convivencia no puede entenderse como una reconciliación o un perdón de los hechos anteriores (v. fs. 465 vta. / 466).

Reflexiona Eduardo Zannoni que la reconciliación es el recíproco perdón de los agravios. La misma puede ser tácita o expresa y ésta podrá ser escrita o verbal (art. 917, C.C.). Cuando se restablece la cohabitación puede presumirse que ha existido una reconciliación tácita. Es un hecho objetivo que hace presumir la existencia de un elemento subjetivo sustancial (autor citado, "Derecho de Familia", Tomo 2, ed. Astrea, 2002, pág. 246).

Cierto es, como añade este mismo doctrinario, que en tanto lo que se exige en una reconciliación es la inequívoca voluntad de perdonar, no siempre el

reanudar la convivencia implica esa intención. En algunos casos, aclara, cuando se hace por los hijos o por no tener vivienda no puede considerarse que el propósito haya sido ese.

Por su lado, es dable interpretar al artículo 234 del Código Civil, como que la reconciliación se presume cuando se reinicia la cohabitación, otorgando ciertos efectos jurídicos que la misma norma regula, aún cuando no se haya iniciado la demanda de divorcio o separación personal (ver en este sentido, “Código Civil Comentado”, dirigido por Francisco Ferrer, Graciela Medina y María Josefa Mendez Costa, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Tomo I, pág. 409).

Durante la vida conyugal pueden originarse una serie de incidentes, de distinta envergadura, que puedan alterar el ánimo y la paz familiar. Algunos serán rápidamente olvidados y otros pueden llegar a ser motivo de una ruptura marital, según los valores, intereses, parámetros personales, expectativas. Cada unión es diferente, al igual que cómo ella funciona. Ofensas imperdonables para unos, anécdotas para otros.

Al contestar la separación personal y reconvenir por divorcio causado, cuando G. se refiere al nuevo período de la convivencia dice: “... *nuevamente nos reconciliamos, principalmente a fin de construir la unión familiar en pos de brindarles a nuestros hijos la mejor educación y ejemplo de vida; para lo cual el suscripto nunca realizó diferencia alguna en el trato para con los hijos del matrimonio con la menor, siendo un grupo familiar homogéneo*” (v. fs. 25 vta.), refiriéndose a la menor por la hija extramatrimonial de la señora Lorenzo.

A su vez, la señora L. afirmó que habiéndose separado de hecho en el año 2002 volvió a unirse con su esposo en el año 2004. Expresó que “*En el año*

2004, por mis hijos, ya que quería que tuvieran un buen crecimiento y educación, en un hogar constituido y armónico, es que decido volver nuevamente al hogar, perdonando todas las conductas asumidas por el señor G. y confiando en que había cambiado, dándonos una nueva oportunidad como pareja.” (v. fs. 35 vta.).

En consecuencia, si bien el esposo al fundar su apelación dice que en aquella ocasión no hubo perdón ni reconciliación, ello se contradice con lo que antes afirmó en el proceso.

Acorde la doctrina de los actos propios, se torna inadmisibile toda pretensión incoada que coloca a la parte en contradicción con su comportamiento anterior, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (S.C.B.A., Ac. 90093, sent. del 19-10-2005; S.C.B.A., L 88790, sent. del 18-VII-2007, voto de la mayoría del juez Soria; C 95848, sent. del 25-3-2009).

Por ende, no puede aceptarse la crítica referida a que no existió tal reconciliación (art. 272, C.P.C.C.).

VII- Lo dicho lleva a rechazar el agravio del señor G. a que el fallo no tomó en cuenta el nacimiento de la niña extramatrimonial de la señora Lorenzo para tener por acreditada la causal de adulterio y/o la de injurias graves.

La señora Lorenzo identifica la reconciliación en el año 2004. Por su parte, el esposo, si bien negó tal afirmación al contestar la **reconventio reconventionis** (fs. 44), al reconvenir dijo que se había reconciliado con la señora Lorenzo luego del nacimiento de la menor N. –lo que ocurrió en marzo de 2003– por lo que es factible que la fecha haya sido en el año 2004.

Por consiguiente, habiendo perdonado el marido las eventuales causales de divorcio que se hubieran configurado, aceptando incluso la hija

extramatrimonial, no puede receptarse el agravio del demandado para hacer lugar al divorcio por adulterio –y/o injurias graves- (arts. 234, C.C.; 330, 354 inc. 1, 384, C.P.C.C.).

VIII- Corresponde tratar ahora la queja de la señora L. en cuanto el **a quo** hizo lugar al divorcio por la causal de adulterio por su relación con el señor C..

Si bien es cierto que la señora L. reconoció esa relación afectiva, explica que fue posterior a la separación de hecho con el señor G. Declara que mientras que estuvo con su esposo le fue fiel (respuesta a la posición 22, v. fs. 241 y vta.). La prueba producida no aporta elementos que afirmen lo contrario (arts. 375, 384, C.P.C.C.).

El mismo señor G. al incoar el divorcio por tal causal, expresa, luego de mencionar la relación que aquélla antes mantuviera con el señor I. y de citar jurisprudencia, que: *“... el hecho de estar actualmente separados de hecho no releva a la demandada del deber de fidelidad que aún debe mantener. Por ende, la actual convivencia con su actual pareja acredita aún más que la actora ha incurrido en la causal de adulterio alegada.”* (v. fs. 27). Es decir, de esta lectura, tampoco deduzco que se haya argumentado que la relación con el señor C. fue simultánea a la convivencia con el señor G. aunque sí durante la vigencia del vínculo jurídico matrimonial (art. 330, C.P.C.C.).

En consecuencia, si no se ha acreditado en estos obrados que la relación afectiva de la señora L. con el señor C. haya comenzado mientras que convivían como esposos, no se puede tener por acontecido (arts. 330, 354 inc. 1, 375, 384, C.P.C.C.).

Así, el tema a decidir es si el deber de fidelidad persiste estando separados de hecho.

Es prudente realizar dos aclaraciones previas respecto de este caso: la separación de hecho no fue consensuada o amigable. Se revela tal afirmación de los argumentos dados por la señora para alejarse, como de la exposición policial que efectuara G. Tampoco se argumentó que se hubiera intimado a reanudar la vida en común.

Conforme se ha reconocido en variada jurisprudencia existen diversas respuestas para aquél interrogante. En un extremo, aquélla que erige que "el deber de fidelidad que impone el matrimonio sólo termina con el divorcio, subsistiendo, por ende, durante la separación de hecho" (Cám. Nac. Civ., Sala I, sent. del 9-III-2004, en "La Ley", 5-VIII-2004, 5; en igual sentido Cám. Nac. Civ., Sala K, sent. del 13-XI-2001; entre muchos otros).

Por otro, hay quienes consideran que si se encuentran separados de hecho, luego de un lapso prudencial, no puede exigírseles la castidad a los contrayentes para no poder tener vínculos sexuales con otra persona (v. gr. los fallos **infra** citados).

En otro extremo, se sostiene que el cese del débito conyugal implica el del deber de fidelidad (ver Ana María Chechile, "La separación de hecho entre cónyuges en el derecho civil argentino", Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, págs. 67 y 68; Mizrahi, Mauricio Luis, "El cese de los deberes matrimoniales tras la separación de hecho: un 'leading case'", publicado en: "La Ley" 2000-B-360).

En un precedente de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Sala I, la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci (sent. del 11-VII-2003), luego de detallar

las distintas posiciones, expresó que si bien durante la cohabitación de los esposos rige en forma total y absoluta el deber de fidelidad que se deben los cónyuges (art. 198 C.C.), no así si éstos se hallan separados de hecho. Si ese tipo de relaciones acontece cuando no se prestaban asistencia ni colaboraban personalmente el uno con el otro, el hecho de la unión de uno de los cónyuges con un tercero no puede ser reputada como injurias graves, ni menos aún, como adulterio (Conf. Zannoni, E., y Bísaro, B., “Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho”, JA 1995-III-355; entre muchos otros destacados autores y precedentes referidos en el mencionado voto).

En ese mismo fallo del Superior Tribunal mendocino se coordina el deber de cohabitación con el de débito conyugal –y sobre si éste integra el deber de fidelidad o el de cohabitación-. Luego de detalladas reflexiones se concluye en que si se encuentran separados de hecho –y en tanto el deber de fidelidad no sólo se vincula con no tener relaciones sexuales con terceros, sino en cumplir con el débito durante la convivencia- ambos cónyuges se sustraen de este tipo de acercamiento, por lo que no por eso uno puede imputar al otro injurias graves por negarse al débito conyugal. De allí se infiere que “El deber de fidelidad, en su otro perfil debe tener igual solución y, consecuentemente, un cónyuge tampoco puede imputar adulterio o injurias al otro que mantiene relaciones sexuales o ha iniciado una convivencia concubinaria después de producida la separación”.

De esta manera –conforme allí se relata-, partiendo de la base que la separación de hecho es una conducta lícita (ver la doctrina citada, v. gr. Aznar, A.D., “Evolución histórica de la separación de hecho con referencia al derecho español”, Madrid, ed. Dykinson, 1996, etc.), a punto de ser hoy una causal objetiva

de divorcio, lleva a que si se encuentran separados de hecho, habiendo concluido la convivencia, no están los esposos obligados al deber de fidelidad.

Ahora, habrá que avanzar hacia otro paso, cual es si debe transcurrir cierto tiempo para que cese el deber de fidelidad estando separados de hecho. En algunos casos resueltos por la jurisprudencia ese alejamiento fue de muchos años, por ejemplo, 30 años en el precedente de la Cámara Nacional Civil, Sala F, del 12 de octubre de 1994 -publicado en JA 1995-III-350-; 35 años en el resuelto por la sala L del mismo tribunal, sentencia del día 15 de diciembre de 1994 - publicado en LL 1996-B-43; 15 años en las actuaciones decididas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, sent. del 6/05/1999, publicado en LA LEY 2000-B, 359, cita Online: AR/JUR/1153/1999. En el fallo comentado del Superior Tribunal de Mendoza se consideró que era prudencial un lapso de cuatro años, como para justificar –según allí se dijo- “que no se condene al aislamiento al cónyuge que ha fracasado en una unión anterior”.

Pero reflexionando sobre las conductas humanas y tratando de apreciar a la vida en su integridad, al ser humano mismo, en toda su dimensión, no podrá negarse que su sexualidad es parte de su vida saludable y de su elección personal.

La misma Constitución de la Organización Mundial de la Salud – aprobada por nuestro país por la ley 13.211, del B.O. del 16 de Julio de 1948- establece que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Aclarando que “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos

fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.

Asimismo, el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en su artículo 12 inciso 1 regla que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Por otro lado, en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, referido al derecho a la salud, establece en su inciso 1 que “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

Y me permito transcribir lo que considero esencial para resolver el caso “La ley está hecha para seres normales, con sus debilidades y pasiones, y no para héroes. La mínima libertad personal, la prevista constitucionalmente en la zona de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional aparecería violada si se considerara como necesario el convertirse en ermitaño o mantenerse solitario” (ver fallo citado del Superior tribunal de Mendoza).

Por consiguiente, entiendo que el débito conyugal representa el estrecho vínculo afectivo que existe entre los esposos, con carácter de exclusividad, durante su convivencia y en este contexto se encuentra plenamente vigente el deber de fidelidad (art. 198, C.C.). Pero si esa relación humana y jurídica concluye de hecho no podría exigírsele la castidad hasta que se cumpla

un lapso –más o menos amplio-, según se busque conciliar la vida a la letra de la ley.

Si se pretendiera que una persona se mantenga casto para poder requerir un pronunciamiento que disuelva el vínculo, sería prácticamente un imposible, al igual que sería una ficción aceptar que así ocurre desde una separación hasta el vencimiento del plazo que es requisito ineludible para un divorcio (del voto del doctor Sansó Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B , Voto del doctor Sansó **in re** “A., A. E. c. A., N. N.”, sent. del 06/05/1999, publicado en: LA LEY 2000-B, 359; cita Online: AR/JUR/1153/1999).

Entiendo que el legislador, al sancionar una norma, lo hace con un criterio general, para lograr un orden social. Pero no podría interpretarse esa disposición de otra forma que lo que es propio de la vida de los individuos. La castidad puede ser el resultado de convicciones religiosas, de vida, de elecciones espirituales. Es plenamente aceptable la renuncia voluntaria que algunas personas hacen del derecho de ejercer su vida sexual. Pero imponerles la abstención cuando no se convive en matrimonio -por su estado civil de casado- es forzarles a una restricción que la ley no manda, lo que conculcaría el artículo 19 de la Constitución nacional.

Ha dicho el Superior tribunal federal que “Nuestra Constitución Nacional no enumera la totalidad de los derechos que ampara; coherentemente su artículo 33 expresa: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de Gobierno". Entre los derechos así amparados se halla,

evidentemente, el derecho a la dignidad humana” (CSJN, **in re** “Sejean, Juan Bautista c. Ana María Saks de Sejean”, Fallos 308:2285).

Agregó a lo transcripto que “...hace a esta dignidad que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, lo que en la faz jurídica implica que la ley las reconozca, en tanto su satisfacción no viole los límites del artículo 19 de la Constitución Nacional, es decir no ofendan el orden y a la moral pública, ni perjudiquen... a un tercero, de modo tal que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana”.

Como allí mencionó, “Cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a la de las que siguen; los tormentos y azotes que proscribió la Constitución de 1853 fueron detalladamente previstos en legislaciones anteriores, y constituyeron una práctica judicial corriente universalmente no por uno sino por muchísimos siglos”. “Cabe entonces admitir que esas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad 'coloquen bajo la protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo” (Fallos: 308: 2285). La evolución de las costumbres demuestra que exigirle a un individuo castidad cuando no convive en matrimonio estando casado no se ajusta a la realidad.

Ello me lleva a sostener que, en el caso de autos, no habiéndose acreditado que la relación de la señora Lorenzo con el señor C. aconteció durante la convivencia del matrimonio, sino cuando los cónyuges se encontraban separados de hecho, no puede considerarse como una circunstancia que dé lugar a la causal de adulterio y/o a la de injurias graves.

Por consiguiente, de ser compartido lo aquí expuesto, entiendo que corresponde revocar la sentencia atacada en cuanto hace lugar al divorcio por la causal de adulterio de la señora Lorenzo (arts. 202 inc. 1 C.C., 384, C.P.C.C.).

IX- Para concluir con los agravios referidos a las causales por las que el **a quo** hizo lugar a la disolución del vínculo, resta tratar el ataque de la señora L. a haber hecho lugar al divorcio por el abandono voluntario y malicioso. Disiente la actora con que ella incurrió en un alejamiento de esas características, pues las constantes agresiones, tanto verbales como físicas, del señor G. motivaron que por su seguridad se alejara. Afirma que no tuvo otra opción.

En estos mismos hechos asienta la alegada conducta del señor G. que encuadrarían en el artículo 202 inciso 1 del Código Civil y en las injurias que también habría cometido contra la señora L.

En lo que respecta a los malos tratos o episodios de violencia que padeció la señora L. se ha acreditado en la causa que en el año 2002 la cónyuge se alejó del hogar conyugal por ese motivo, dejando constancia con una exposición policial efectuada en ese año (fs. 39). En una fecha que aparece poco nítida en la copia adjunta al expediente, pareciera que fue efectuada el 10 de junio o julio de 2002 (v. fs. 39). Asimismo, se acreditó que la señora L. se alojó, el 13 de junio de 2002 –según los registros-, en el Hogar de Tránsito “Nuestra Señora de Luján”, institución dependiente de la Municipalidad de Saladillo, donde se trata la problemática de la violencia familiar (v. fs. 101 y 105 y vta.). Estos son los hechos que detalló específicamente para sustentar su postura jurídica. Empero, como antes se expuso, los hechos anteriores al año 2002 quedaron alcanzados por la reconciliación posterior (art. 234 y conc., C.C.).

Cabe agregar que no surge acreditado de la causa la existencia de motivos en el año 2006, -cuando se produjo su alejamiento del hogar conyugal con posterioridad a la reconciliación del año 2002-, que justificaran su distanciamiento.

Si bien en la expresión de agravios esa impugnante menciona jurisprudencia sobre tal punto y se desarrollan los presupuestos para la existencia de esta causal, citando hechos en forma genérica, no se han aportado elementos en estos obrados que permitan tener por probados otros hechos que los antes relatados y que hubieran podido justificar el alejamiento de la señora Lorenzo de su hogar marital.

La regla consagrada en el artículo 375 del Código Procesal Civil y Comercial, impone a cada parte la carga de probar las circunstancias de hecho invocadas como sustento de su pretensión, defensa o excepción, a través del aporte de los elementos de convicción que justifiquen la legitimidad de su reclamo (S.C.B.A., L 95453, sent. del 18-II-2009, entre otros). Si la señora L. se alejó, lo que quedó acreditado, y ella alega que fue justificado, sobre ella recae la carga de tal prueba, lo que ha omitido (art. 375, C.P.C.C.).

En lo que respecta a los insultos que la testigo F. de la V. informa, además de no indicarse la fecha en la que ellos fueron proferidos (fs. 100 y vta.), terminan siendo insuficientes para probar la causal de injurias para hacer lugar al divorcio (arts. 202, inc. 4, C.C. y 375, C.P.C.C.).

X- En cuanto a que no se hiciera lugar al divorcio pedido por la señora Lorenzo por el artículo 202 inciso 2 del Código Civil, explica que las agresiones del señor G. eran constantes y que hasta incluso en una oportunidad intentó agredirla con un arma blanca a los cuatro meses de casada y que golpeó

con un cinturón a su hijo E.. Relata que permaneció en una institución de la ciudad de Saladillo para mujeres golpeadas, lo que se acreditó con el testimonio del doctor D.. Añade que se debieron de haber interpretado esos hechos de tentativa de homicidio contra su persona. Además, el demandado incurrió, a su entender, en injurias graves. Todo lo expuesto la lleva a concluir que la jueza ha apreciado la prueba en contradicción con las reglas de la sana crítica.

En lo atinente a que la sentencia no receptó la causal prevista en el artículo 202 inc. 2 del Código Civil referido a la tentativa de un cónyuge contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador, es un hecho que no se ha probado. Según menciona en su apelación, tal causal se basa –también- en que estuvo alojada en el hogar de Saladillo para mujeres golpeadas en el año 2002, lo que acredita con el testimonio del doctor D. y el oficio al Municipio. En estos mismos hechos, en la expresión de agravios, también erige la causal de injurias graves.

Sin embargo, el hecho de la tentativa contra la vida del cónyuge o los hijos no se ha acreditado en la causa. No se ha producido ninguna prueba que demuestre su ocurrencia, lo que a ella le incumbía probar (art. 375, C.P.C.C.). Aún cuando al demandar dijo que a los cuatro meses de casados el señor G. la había atacado con un cuchillo, salió corriendo de su vivienda y radicó la denuncia en la Comisaría local, quedando secuestrada el arma (v. fs. 37), nada de esto se probó.

Por lo que la seriedad de un suceso como el denunciado –que hubiera dado lugar a un delito de acción pública- y su posible incidencia no se ha evidenciado (arts. 375, 384, C.P.C.C.).

Asimismo, como se dijo, esos hechos sucedieron con anterioridad a su reconciliación, por lo que –por los fundamentos desarrollados **ut supra**- no pueden ser sopesados para esta acción de divorcio (arts. 202 incs. 2 y 4, 234 y conc., C.C.). Ello concluye en desestimar esta objeción y mantener la sentencia en este aspecto (art. 272, C.P.C.C.).

XI- Impugna la actora que no se haya resuelto la atribución del hogar conyugal. Afirma que pendiente la tramitación del proceso, por el artículo 231 del Código Procesal Civil y Comercial, petitionó que aquél no sea liquidado ni partido para evitarles un perjuicio a sus hijos.

Transcribe el artículo 233 de ese Código adjetivo explicando que su pedido sobre la exclusión o reintegro al hogar conyugal, la tenencia y la fijación de los alimentos provisorios no fue receptado.

Las dos partes han solicitado la atribución del hogar conyugal (v. fs. 28 vta. y fs. 36 y vta.) y la actora en la expresión de agravios lo reitera (v. fs. 450 vta./ 452).

La presente acción se ha iniciado por separación personal, la que por vía de reconvención y de la **reconventio reconventionis** se ha canalizado como de divorcio vincular. Es decir, que todas las otras cuestiones derivadas de esta unión no se introdujeron oportunamente en el presente expediente (v. fs. 5/ 6; fs. 33/ 38 vta., fs. 43/ 46 vta.). Sólo en la contestación de la separación personal y en la reconvención el señor G. mencionó que su hijo E. estaba con él por lo que pedía la tenencia (fs. 24/ 30 vta. v. punto “V”), hecho que se negó por la madre al replicar esa presentación (v. fs. 34, último párrafo) sin introducir ninguna petición (v. fs. 33/ 38 vta.). De la lectura de la sentencia, en su **ítem** séptimo, la señora

Jueza de Paz analiza las distintas vías por las que se puede solicitar la atribución del hogar conyugal, y en el punto 5 del fallo dispone rechazar el pedido debiendo ocurrir por la vía procesal pertinente.

Es lo cierto que la falta de tratamiento en esta ocasión no cierra la posibilidad de hacerlo después y que existen las vías procesales que la magistrada señala, pero aprecio que la atribución del hogar conyugal hubiera podido ser resuelto en el presente caso.

Ello me lleva a observar, desde la perspectiva del artículo 211 del Código Civil, que la ley otorga esta opción –ya sea sobre un bien propio o ganancial- al cónyuge a quien se le atribuyera la vivienda durante el juicio o hubiera continuado ocupando el inmueble que fuera asiento del hogar conyugal, entre otros recaudos. Sin embargo –en tanto de concordar mi colega con lo que aquí se propone se hace lugar al divorcio por culpa de la señora L.- estas circunstancias no se dan en el caso de la peticionante, por lo que, en atención al estado de estas actuaciones, en tanto a través del recurso no se puede perjudicar su posición por la imposibilidad de la **reformatio in peius**, me lleva a propiciar se confirme la sentencia atacada en este aspecto (art. 272, C.P.C.C.), lo que no sella la suerte de este pedido en otro proceso con otra evidencia.

Tal principio, de jerarquía constitucional, derivado del apotegma "**tantum devolutum quantum appellatum**" prohíbe la posibilidad de agravar, perjudicar o empeorar objetivamente la situación del apelante (S.C.B.A., L 54937, sent. del 4-10-1994; S.C.B.A., L 70063, sent. del 8-3-2000), lo que me lleva a proponer mantener lo decidido.

Distinta es mi opinión en cuanto a la tenencia. Si bien la magistrado no se ha expedido sobre la tenencia, ella tampoco integró la traba de la litis. Debe observarse el contenido de los escritos postulatorios, no se ha designado a un Asesor para que participe en este juicio ante el Juzgado de Paz, ni se han acompañado las partidas de nacimiento de los hijos del matrimonio –excepto las de S. y de la niña N. (fs. 16 a 18)-. Cabe aclarar también que si bien la omisión de acompañar las partidas de nacimiento puede apreciarse como una deficiencia formal que puede subsanarse, en el caso de autos refleja que se ha querido dejar afuera de toda discusión lo referido a los hijos.

Sentado lo expuesto, no considero que hayan quedado cuestiones sin dirimir en estas actuaciones, lo que hubiera implicado la violación del principio de congruencia. Como ha resuelto nuestra Suprema Corte provincial “El principio de congruencia -cuyo destino es conducir el pleito en términos de razonable equilibrio dentro de la bilateralidad del contradictorio- importa que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que forma el contenido de la disputa y no resulta violado mientras exista el nexo necesario entre la fórmula propuesta en la traba de la litis y el contenido de la decisión del juzgador, pues sólo aparecería el quebrantamiento si el argumento decisorio alterara aquella relación” (S.C.B.A., Ac. 64248, sent. del 8-9-1998; S.C.B.A., Ac. 68819, sent. del 12-7-2000; S.C.B.A., Ac. 89057, sent. del 24-5-2006; S.C.B.A., C 99605, sent. del 3-6-2009).

XII- En razón de lo transmitido en el punto anterior, cabe concluirse en el rechazo de la crítica de la actora sobre que no se han convocado a los menores a este litigio.

En verdad, los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados en todos los procesos en los que se debatan sus derechos. Sin embargo, se impone distinguir las cuestiones maritales de las que a ellos se refieren.

No es conveniente para la salud de los hijos que se involucren en las peleas maritales de sus padres, de las que muchas veces son espectadores involuntarios, espontáneos. Pensar en traerlos al juicio para que declaren sobre esas reyertas es pretender hacerlos testigos formales de una contienda articulada entre sus dos más esenciales referentes para su desarrollo, lo que muestra su propia sin razón. Los principales afectos de cualquier persona se encuentran en sus progenitores y si la pelea se instala entre ellos no puede dilatarse para alcanzar a los hijos, quienes para su crecimiento equilibrado deben mantener una relación armoniosa y afectiva con ambos.

Por consiguiente, siendo la cuestión debatida en esta causa la referida al divorcio, no ventilándose ninguna otra atinente a los hijos menores de edad –como podría ser la tenencia o el régimen de visitas- no se han vulnerado sus derechos si no se los ha escuchado (arts. 75 inc. 22, C.N.; 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3, ley 13634).

XIII- Resulta otro de los agravios de la demandada que no se haya considerado como bien propio el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, sito en calle Rossi número 2882 de Saladillo. Explica que el mismo fue adquirido, con fecha 26 de abril de 1991, con fondos producidos poco tiempo antes –el 6 de febrero de 1991- por la venta de otro bien que había comprado siendo soltero, con fecha 14 de octubre de 1982. Dice que yerra la magistrada al aplicar el artículo 1271 del Código Civil que presupone la ganancialidad de lo adquirido durante el

matrimonio, sin apreciar la evidencia producida. Si bien juzgó que es admisible la prueba en contrario de la citada presunción, el medio por excelencia para esa acreditación es la escritura pública, la que junto con la restante –en opinión de la magistrada-, no logran demostrar la circunstancia alegada. Así, detalla el recurrente, la prueba documental, testimonial, informativa y confesional concluirían en tener el citado bien como de carácter propio. Explica que la omisión de observar los varios indicios y/o presunciones graves, precisas y concordantes hace que el pronunciamiento padezca del vicio de absurdo y de arbitrariedad.

Encuentro que, en verdad, no ha quedado sometido a la juzgadora la petición de declarar como propio el bien sito en calle Rossi número 2882 de Saladillo. En ocasión de reconvenir y solicitar el señor G. la atribución del hogar conyugal, dice que *“Este favor legal previsto en el art. 211 Cód. Civ. es totalmente procedente en el caso de autos, no sólo por el hecho como se probará en su oportunidad fue adquirido tras la venta de un bien propio de mi parte, sino que además esta parte no ha dado causa alguna a esta separación sino he sido víctima”*.

Es decir, no puede extraerse de tal referencia que el reconviniente haya pretendido ejercer pretensión alguna en este sentido.

Como se señaló **ut supra**, el principio de congruencia impone que lo resuelto sea derivación de lo sometido a consideración del juzgador, a fin de mantener el equilibrio en el proceso contradictorio y no violar la garantía de la defensa en juicio (art. 18, C.N.).

Sin embargo, también se lee que en el punto sexto del fallo se trata lo referido al origen de los fondos con los que se ha adquirido el bien de mención,

concluyendo que era conveniente estar a lo dispuesto por el artículo 1272 primera parte del Código Civil (v. fs. 404). Empero, en la parte dispositiva no incluyó esta afirmación, por lo que nada se ha resuelto finalmente sobre el punto y lo dicho en los considerandos se torna abstracto.

Por consiguiente, de ser compartido este fundamento, corresponde declarar abstracto lo referido a la declaración del bien como ganancial en los considerandos del pronunciamiento atacado, por lo que los derechos que a esa cuestión se refieran deberán plantearse por la vía pertinente (arts. 1246, 1261, 1271, 1272, 1276 y conc., C.C.).

XIV- Se queja la actora de la imposición de las costas, lo que dice que viola el principio de igualdad entre las partes. Afirma que si debe pagar las costas disminuirían los alimentos que les da a sus hijos. Desarrolla que si bien esa carga es al vencido, puede exonerársela por razones de equidad o por el cambio de jurisprudencia o legislación o por la oscuridad de la cuestión debatida. Peticiona se revoque la sentencia y se apliquen las costas a la contraria.

Tal agravio no puede prosperar. El ejercicio del derecho de defensa, garantía constitucional plasmada en los artículos 18 de la Carta magna federal y 10 de su par provincial, implica la posibilidad de acceder a los estrados judiciales sin restricciones de ninguna índole. Empero, de ello no se colige que no existan consecuencias ante un resultado disvalioso en tal desempeño. En la discrecionalidad de cada individuo al someter una pretensión o defensa a resolución judicial, debe sopesar la posibilidad de una decisión adversa.

Como dijo la Suprema Corte provincial, “La sanción para el vencido en juicio se limita al pago de las costas que haya ocasionado, y es bien sabido

que esa condena no depende de la demostración de la culpa en demandar, sino que basta el hecho objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.)” (S.C.B.A., Ac. 90478, sent. del 23-XI-2005).

Por consiguiente, al deducir la demanda, aún cuando se haya creído con derecho a hacerlo por entenderla fundada, si no es receptada, concluye en su calidad de vencido. Así, al ser devinto corresponde la imposición de las costas, conforme el artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial. Además, si bien la propia ley admite excepciones a esa regla (conf. art. 71, C.P.C.C.), tampoco encuentro que ello sea el supuesto de autos, en el que se ejercieron pretensiones que no fueron receptadas.

Para quienes carecen de recursos, la ley prevé el beneficio de litigar sin gastos, pero aún en los supuestos en los que la parte cuenta con el mismo –que en el caso de autos no se tramitó–, no resulta un obstáculo a la imposición en costas, pues la concesión del mismo sólo posterga su efectivización hasta que mejore de fortuna (art. 84, C.P.C.C.).

Por ende, considero que cabe confirmar lo resuelto en cuanto a las costas en la instancia anterior (art. 68, C.P.C.C.).

XV- En tal entendimiento, he de propiciar la revocación de la sentencia en cuanto al divorcio decretado por la causal de adulterio (art. 202 inc. 1 del Cód. Civil). Asimismo, se propone declarar abstracto lo vinculado al carácter del bien inmueble sito en la calle Rossi número 2882 de Saladillo, lo que deberá plantearse por la vía pertinente. Por último, se confirma la sentencia atacada en todo lo restante que fue motivo de recurso y agravio. En atención al modo en el que se resuelven los diferentes agravios propongo que las costas del proceso

resursivo sean en el orden causado. Corresponderá pasar los autos al Acuerdo para el tratamiento del recurso en relación pendiente referido a los honorarios.

Voto por la **NEGATIVA**.

La señora Juez doctora Ferrer, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTION LA SEÑORA JUEZ DOCTORA
BERMEJO DIJO:**

Conforme el acuerdo alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde: 1) Revocar la apelada sentencia de fs. 388/406 y su aclaratoria de fs. 423 y vta. en cuanto hace lugar al divorcio incoado por el demandado por vía de reconvención por la causal de adulterio; 2) Declarar abstracto el planteo vinculado al carácter del bien inmueble sito en la calle Rossi número 2882 de Saladillo, lo que deberá plantearse por la vía pertinente; 3) Confirmar la sentencia atacada en todo lo restante que fue motivo de recursos y agravios de las partes. 4) Imponer las costas del proceso recursivo en el orden causado (arts. y doct. 68, 69, 71 del C.P.C.C.). 5) Pasar los autos al Acuerdo para el tratamiento del recurso en relación pendiente, referido a los honorarios profesionales.

ASI LO VOTO.

La señora Juez doctora Ferrer, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

**CON LO QUE TERMINO EL ACUERDO, DICTANDOSE LA
SIGUIENTE**

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

POR ELLO, y demás fundamentos del acuerdo que antecede, 1) Se revoca la sentencia apelada de fs. 388/406 y su aclaratoria de fs. 423 y vta. en cuanto hace lugar al divorcio incoado por el demandado por vía de reconvencción por la causal de adulterio; 2) Se declara abstracto el planteo vinculado al carácter del bien inmueble sito en la calle Rossi número 2882 de Saladillo, lo que deberá plantearse por la vía pertinente; 3) Se confirma la sentencia atacada en todo lo restante que fue motivo de recursos y agravios de las partes. 4) Se imponen las costas del proceso recursivo en el orden causado. **REGISTRESE. NOTIFIQUESE** (art. 135 del C.P.C.C.). Fecho, pasen los autos al Acuerdo para el tratamiento del recurso en relación pendiente, referido a los honorarios profesionales.