

Expte. n° 53411/06 - "P., M. E. C/ A. D. R. s/ divorcio" – CNCIV – SALA G – 09/10/2012

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 9 días de Octubre de Dos Mil Doce, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: "P., M. E. C/ A. D. R. S/ DIVORCIO", respecto de la sentencia de fs. 732/747 vta., el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores CARLOS CARRANZA CASARES - BEATRIZ AREÁN - CARLOS ALFREDO BELLUCCI.//-

A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctor Carranza Casares dijo:

I.- La sentencia de fs. 732/747 vta. hizo lugar a la reconvenición de la reconvenición y decretó el divorcio de M. E. P. y D. R. A. por culpa de éste al haber incurrido en la causal de injurias graves.-

Para así decidir consideró probadas conductas inadecuadas del nombrado configurativas de la aludida causal a la par que expresó que no se había demostrado el adulterio ni el abandono voluntario y malicioso ni las injurias atribuidas a la cónyuge.-

II.- El vencido apeló el fallo y presentó a fs. 812/815 vta. su memorial, cuyo traslado fue respondido a fs. 820/825.-

Manifiesta que ha sido un error procesal haber admitido que se dedujera una reconvenición de la reconvenición, que no () se han probado las injurias graves que se le atribuyen y sí las que endilga a su contraria, como así también el abandono voluntario y malicioso. Asimismo pide la apertura a prueba en segunda instancia respecto de una conversación telefónica.-

El Sr. Fiscal General dictaminó a fs. 831/834.-

III.- Ante todo he de recordar que el planteo de apertura a prueba o el hecho nuevo formulado por el apelante ha sido desestimado in limine a fs. 816.-

IV. La irregularidad del procedimiento que se endilga a la juez por haber aceptado la reconvenición interpuesta por quien había articulado un pedido de divorcio no contradictorio pero había sido a su vez reconvenida, resulta claramente inadmisibles, pues la magistrada no ha hecho otra cosa que seguir la doctrina judicial obligatoria establecida en el fallo plenario de esta cámara de fecha 11 de agosto de 1988, que expresa que "el actor reconvenido en un juicio de divorcio o separación personal iniciado por la causal objetiva que contemplan los arts. 204 y 214, inc 2°, del Código Civil. T.O. ley 23.515, puede, a su vez, deducir una reconvenición sin que, a tal efecto, resulte indispensable que se haya formulado reserva acerca de no haber dado causa a la separación" ("G., S.N. c/ F., F.J. s/ separación personal", en El Derecho 179, p. 412)), reserva que, en el caso, de todos modos, había efectuado la demandante en su escrito de inicio a fs. 15.-

V. Una vez más he de recordar que, como lo han señalado reiteradamente los fallos judiciales, resulta sumamente difícil, sino imposible, determinar cuál de los cónyuges es el responsable de la frustración del proyecto matrimonial que se concreta en unas causales legales de divorcio

cuya demostración solo suele constituir alguno de los síntomas visibles del deterioro matrimonial. El conflicto conyugal no es un problema de uno de los cónyuges y suele ser una reacción a la conducta del otro. Esta naturaleza circular de la interacción hace extremadamente difícil establecer quién es el responsable del fracaso matrimonial. Las causales de divorcio constituyen el antecedente necesario de la sentencia, pero suelen quedar en la penumbra todas las concausas que contribuyeron a dicho resultado. De allí que se ha llegado a sostener que no hay una causalidad adecuada entre el hecho del autor y el daño, pues intervienen distintos factores ya sean propios de los cónyuges o del entorno familiar o social, a lo que se ha agregado que no se trata de eliminar la responsabilidad individual, sino de que en la interacción íntima conyugal existe la dificultad o imposibilidad de determinar cuál es la real responsabilidad que cupo a cada uno de los esposos en el desencadenamiento de los hechos por los cuales se ha declarado el divorcio o la separación personal (cf. Grosman, Cecilia, "La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos", en Ghersi, Carlos (coord), Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación, Ed. Hammurabi, 1995, p. 406).-

Aun cuando lo expresado no impide que desde el punto de vista jurídico pueda decretarse el divorcio por culpa de uno solo de los cónyuges respecto del cual se hubiera acreditado que incurrió en una de las causales legalmente previstas, estimo que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, por las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges. El divorcio o la separación personal deben ser más bien enfocados desde la perspectiva del futuro que aguarda a los cónyuges, sobre todo cuando, habiendo hijos, deben continuar asumiendo los deberes y derechos frente a ellos. Desde esta óptica, el divorcio, antes que servir para que los cónyuges, mirando hacia su pasado, traten de atribuirse las causas del fracaso de su unión, debe constituirse en el remedio para evitar que una convivencia imposible perdure cuando ésta no es testimonio de unidad familiar (Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, Manual de Derecho de Familia, Ed. Astrea, 2004, p. 332;; C.N.Civ., esta sala, L. 480.999, del 27/11/07).-

A la luz de lo expuesto, he de interpretar los agravios del recurrente quien aduce no haber sido él quien incurrió en injurias graves, sino su consorte reconvenida.-

El concepto de esta causal contemplada actualmente en el art. 202, inc. 4º del Código Civil, ha sido objeto, desde antaño, de una nutrida elaboración jurisprudencial y doctrinal que, como en otras ocasiones, corresponde traer a colación. En este sentido merece destacarse, por su amplia aceptación, la caracterización dada por el juez Barraquero como toda especie de actos, intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para el esposo, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades (cf. C.Civil 1ª de la Capital Federal, del 6/8/45, Jurisprudencia Argentina 1945-IV, 68; La Ley, t. 39, p. 748).-

Abarca todo hecho positivo o negativo imputable a un cónyuge que ofenda al otro en sus afecciones legítimas, en su dignidad o amor propio, en su honor o decoro, apreciados esos hechos conforme a la educación, posición social y familiar de los esposos, así como a las demás circunstancias (cf. Spota, Alberto G, Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968, v. II, p. 661; ver también Busso, Eduardo B., Código Civil Anotado, Ediar, 1945, t. II, p. 206; Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Familia, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, t. I, p. 387; Belluscio, Augusto, Derecho de familia, Ed.

Depalma, Buenos Aires, 1981, t. III, p. 228 y ss.; Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 1055).-

La amplitud que encierra ese concepto ha conducido a sostener que, más allá de la innegable tipicidad de las distintas causales de separación personal y divorcio, se está en presencia de una suerte de causal residual, por cuanto todas las demás, en un intento de síntesis, podrían encerrarse en la genérica calificación de injurias (cf. Busso, ob. y lug. cit.; Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 84; Lagomarsino, Uriarte, Separación personal y divorcio vincular, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 173; Sambrizzi, Eduardo A., Separación personal y divorcio, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, t. I, p. 188; Mizrahi, Mauricio Luis, Familia, matrimonio y divorcio, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 317; Mazzinghi, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, p. 72; Solari, Néstor E., "Hechos que constituyen injurias graves entre cónyuges", en La Ley, 2008-A, p. 438, comentario a la sentencia de esta sala L.486.072, del 27/11/07, con voto de la Dra. Areán).-

En definitiva, comprende toda seria vulneración de los deberes matrimoniales, toda falta grave de fidelidad al compromiso asumido por los consortes. Este deber de fidelidad en sentido genérico -comprensivo de todos los deberes conyugales- se corresponde, entonces, con la igualmente genérica causal de injurias.-

Ahora bien, a pesar del esfuerzo argumental del recurrente coincido con la sentencia en cuanto a que se ha acreditado suficientemente que ha incurrido en la aludida causal.-

La testigo de fs. 465/468 que conoce a las partes desde hace más de veinte años, dio cuenta del trato de desvalorización y descalificación permanente dado por el marido y narró un episodio en el cual vio golpeada a la consorte y atemorizada de volver a su casa.-

Esto último coincide con lo declarado a fs. 481/486 vta. por la prima de la actora en cuanto a que ella tenía una actitud de temor y ante su marido siempre estaba en silencio. La testigo relató haber presenciado maltrato emocional; que la mujer había participado en un grupo de contención de violencia familiar y, asimismo, haber visto la persecución llevada a cabo por el demandado después de la separación de hecho en las inmediaciones del domicilio y del trabajo de la demandante.-

La declarante de fs. 438/439 vta., quien durante un tiempo compartió cenas con el matrimonio, manifestó que el demandado era autoritario y no permitía el diálogo.-

Por otra parte, el expediente sobre denuncia por violencia familiar – en el cual en tres oportunidades se decretó la prohibición de acercamiento – no fue archivado "por no presentarse situaciones de maltrato" como pretende el apelante, sino por no persistir "situaciones de maltrato similares a las que motivaron la promoción de los obrados" (fs. 34). En esta causa, el diagnóstico preliminar indicó "El riesgo continuará en la medida que el Sr. A. no cambie su posición y adopte actitudes más flexibles al cambio que implica la disolución del vínculo de pareja" (fs. 20).-

Además, la denominada orientadora familiar que atendió primeramente al demandado y después al matrimonio narró que tuvo una conversación telefónica con la demandante antes de que ésta se retirase del domicilio conyugal en la cual le preguntó si había armas en la casa y "la

acompañó totalmente en la decisión" (fs. 543 vta.). La impugnación de esta declaración formulada en el memorial con sustento en una relación de noviazgo mantenida entre la declarante y el demandado durante la adolescencia resulta cuanto menos llamativa si se repara en que –más allá del cuestionamiento profesional que pudiera haberle- tal circunstancia, obviamente no desconocida por él, no impidió que –muchos años después- no solo la consultara sino que la recomendase a su cónyuge para que los ayudase en el trance conyugal por el cual atravesaban.-

No encuentro, por el contrario, motivo suficiente para enrostrarle injurias graves a la actora.-

El retiro de dinero efectuado por la demandante al alejarse del domicilio conyugal no lo configura desde que se encuentra discutida su titularidad (ver absolución de posiciones de fs. 669/672 y declaración testifical de fs. 462 y 468 vta.) por lo que sería una cuestión que, en todo caso, deberá dilucidarse al tiempo de liquidarse la sociedad conyugal.-

Tampoco puede encontrarse configurada por la circunstancia que la cónyuge hubiera subido a un vehículo, conducido por un hombre, en el asiento trasero (cf. declaración de fs. 626) o en del acompañante (cf. declaración de fs. 656 vta.).-

Y menos acreditado aun se halla el hecho de que un rodado en el cual viajaba la actora hubiera intentado atropellarlo (basta leer los testimonios aludidos), hecho que, por otra parte, no fue aludido en el escrito de inicio. Por lo demás, el mismo apelante expresa que "ello ameritó una causa penal que no encontró culpables de dicha tentativa".-

IV.- En otro orden de ideas, debo señalar que tampoco hallo configurado un abandono voluntario y malicioso.-

Constituye doctrina aceptada que la causal de abandono voluntario y malicioso se integra con dos elementos, uno material u objetivo consistente en el alejamiento del lugar que fue sede del hogar conyugal y otro intencional o subjetivo, constituido por el propósito de sustraerse de los deberes matrimoniales.-

El abandono es voluntario cuando no resulta determinado por causas atendibles o ajenas a la intención del que lo comete, no es forzado por las circunstancias, o aparece injustificado y carente de una razonable y suficiente motivación. Se entiende que el alejamiento del hogar que no esté justificado por algún motivo serio y razonable debe reputarse realizado con el propósito de eludir los deberes del matrimonio, porque los esposos están obligados a vivir en comunidad. Los motivos razonables que justifican el abandono del hogar o el incumplimiento de los deberes conyugales son aquellos que en cada caso en particular explican la actitud asumida (cf. Lagomarsino, Carlos A. R., Uriarte, Jorge A., Separación Personal y Divorcio, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 200).-

Es un criterio doctrinal y jurisprudencial asentado que el alejamiento del hogar permite presumir que ha sido malicioso, en el sentido que ha tenido por finalidad sustraerse de los deberes que entraña el matrimonio (cf. C.N.Civ., sala A, L. 293.999, del 2/11/00; íd., sala C, L. 316.958, del 21/8/01; íd., sala D, L. 99.930, del 18/11/99; íd., sala E, L. 296.928, del 13/11/00; íd., sala G, L. 182.914, del 28/2/96; íd., sala K, L. 144.974, del 21/9/94; íd., sala M, L. 324.075, del 22/10/01, entre muchos otros; como así también Jáuregui, Rodolfo G, "La reinterpretación de la causal de abandono voluntario y malicioso y la aplicación de una causal objetiva extra petita", en La Ley, ejemplar del 7 de marzo de 2007 y Sambrizzi, Eduardo A., "Sobre la presunción de malicia en

el abandono del hogar y la aplicación en la sentencia de una causal objetiva no invocada por las partes", en La Ley, ejemplar del 17 de abril de 2007, por solo citar los más recientes).-

Pero ello es así en tanto no se demuestre la concurrencia de causas legítimas (cf. C.N.Civ., sala D, 12/9/86, en El Derecho, t. 122, p. 486), valederas (íd. sala M, del 30/10/00, en El Derecho 192, p. 292; íd., sala D, L. 99.930, del 18/11/99; íd., sala K, L. 108.894, del 13/4/93), serias (íd., sala K, L. 121.931, del 30/7/93), motivos legítimos (íd., sala A, L. 224.667, del 25/9/97) o justificados (íd., sala E, L. 166.920, del 18/7/97 y L. 296.928, del 13/11/00), la conducta imputable al otro (íd., sala C, L. 376.358, del 11/12/03), el marcado deterioro de la relación matrimonial y la alta tensión existente entre los cónyuges (íd. sala C, del 11/6/98, en La Ley 1998-F, p. 664) o situaciones de cierta gravedad como cuando el clima de la cohabitación se torna intolerable (íd., sala A, L. 208.226, del 30/9/97). En relación a esto último, se ha sostenido que no se configura la causal en estudio "cuando existen motivos que hacen intolerable la cohabitación, aun cuando las conductas no alcancen a constituirse en verdaderas causas de divorcio, considerándose entonces motivos razonables para el retiro del cónyuge afectado" (íd., sala E, "S., C. E. c/ T., H. D." del 12/2/04, en La Ley, 2004-C, p. 985).-

La situación por la que atravesaba el matrimonio, incluidas las injurias concretadas por el cónyuge a las que ya me he referido, impiden concluir que el alejamiento del hogar por parte de la actora hubiera tenido por finalidad eludir los deberes matrimoniales, máxime si se repara en que fue "acompañado" por la orientadora familiar propuesta por el propio demandado.-

V.- En su mérito, después de examinar los argumentos y pruebas conducentes, propongo al acuerdo confirmar la sentencia apelada con costas al vencido (art. 68 del Código Procesal).-

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Carlos Alfredo Bellucci y Beatriz Areán votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Doctor Carranza Casares. Con lo que terminó el acto.

Fdo.: Carlos Carranza Casares - Carlos Alfredo Bellucci - Beatriz Areán.-

Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala "G" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. CONSTE.-

Buenos Aires, 9 de octubre de 2012.-

Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, oído el Ministerio Público Fiscal, SE RESUELVE:

I.- Confirmar el fallo recurrido con costas al vencido.

II.- Devueltas que sean las actuaciones se proveerá lo pertinente a fin de lograr el ingreso de la tasa judicial (arts. 13 y conc. de la ley 23.898).

III. En atención a la naturaleza de las presentes actuaciones que carecen de contenido económico determinado; a la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada, etapas cumplidas y resultado obtenido y lo que disponen los arts. 6 -incs. b a f-, 7, 37, 38 y conc. de la ley 21839 y la ley 24432 se fijan los honorarios de los letrados de la parte actora DRES. A. O. N. - como patrocinante - y G. Q. - como apoderada -, en conjunto en la suma de PESOS .... (\$....) y por los trabajos de alzada se fija la retribución de éstas – también en

conjunto - en la suma de PESOS ... (\$ ...). Los honorarios de la DRA. M. G. O. –letrada patrocinante del demandado – se fijarán una vez regulados los correspondientes a la instancia de grado.

En atención a la calidad de la labor pericial desarrollada en autos; a su mérito y eficacia y a la adecuada proporción que deben guardar las retribuciones de los expertos con las de los letrados intervinientes (Fallos: 314:1873; 320:2349;; 325:2119, entre otros) se fija la remuneración del perito médico J. A. R. en la suma de PESOS ..... (\$....) y los del perito psicólogo D. E. B. en la suma de PESOS .... (\$.....). Se fija el plazo de diez días corridos para el pago de los honorarios. Se deja constancia de que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal. Notifíquese, y al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho, y devuélvase.//-

Fdo.: Carlos Carranza Casares - Carlos Alfredo Bellucci - Beatriz Areán