

Partes: R. E. c/ C. M. A. s/ divorcio
Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil
Sala/Juzgado: G

Fallo:

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 12 días del mes de Julio de Dos Mil Diez, 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: " R., E. C/ C., M. A. S/ DIVORCIO ", respecto de la sentencia de fs. 375/380, 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 BEATRIZ AREÁN -CARLOS CARRANZA CASARES - CARLOS ALFREDO BELLUCCI-

A la cuestión planteada la Señora Juez de Cámara Doctora Areán dijo:

I. La sentencia de fs. 375/380 rechazó la demanda e hizo lugar parcialmente a la reconvenición, decretando el divorcio vincular de E. R. y M. A. C. por culpa exclusiva del esposo y por las causales mencionadas en el art. 202, incisos 4° y 5° y art. 214, inciso 1° del Código Civil. Declaró disuelta la sociedad conyugal e impuso las costas al actor. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Contra dicho pronunciamiento se alzó el accionante a fs. 383, siendo concedido el recurso a fs. 391.

Expresó agravios a fs. 414/425, los que fueron respondidos a fs. 428/433. Se queja porque la juez de grado sostiene que no ha acreditado que el alejamiento del hogar fue determinado por causas ajenas a la intención del que lo cometió. La propia demandada se ocupó de probar y corroborar el estado de crisis marital, al extremo que ambas partes habían acordado aceptar las relaciones extramatrimoniales del otro cónyuge bajo la modalidad "swinger". La sentencia ignoró la prueba testimonial, emanada de testigos ofrecidos por la misma cónyuge, quienes declararon que conocían acerca de la separación consensuada desde hacía más de tres años. Cuestiona también que no haya estimado configurada la causal de injurias graves. Se basa en documental que ha sido desconocida, simples copias no

ratificadas. La juez da por ciertas afirmaciones de la única testigo que atribuyó al esposo conductas desvalorizantes hacia la demandada, a pesar de ser la hermana. Invocó jurisprudencia no aplicable al caso, no tuvo en cuenta que el matrimonio estaba desavenido gravemente, no ha leído en forma detenida la declaración en la que se basa para endilgarle injurias graves, ni siquiera considera el pedido de que se declare el divorcio por culpa de la cónyuge y por las injurias vertidas en el proceso. La sentencia es arbitraria pues prescinde de pruebas decisivas. Finalmente, se agravia por la imposición de costas.

A fs. 439/441 dictaminó el representante del Ministerio Público ante esta alzada, propiciando la confirmación de la sentencia.

II. El actor invocó en apoyo de su petición de divorcio vincular la causal objetiva prevista por el 214, inciso 2° del Código Civil, afirmando que cesó la convivencia de los cónyuges a mediados de febrero de 2003, por lo que desde entonces se hallan separados de hecho sin voluntad de unirse.

La accionada no sólo se opuso al progreso de la demanda, sino que también dedujo reconvenición, por las causales de injurias graves, abandono voluntario y malicioso del hogar y adulterio, contempladas en los arts. 202, incisos 1°, 4° y 5° y 214, inciso 1° de aquel cuerpo legal.

La juez a-quo decretó el divorcio vincular por culpa exclusiva del esposo, por haber considerado que han quedado acreditadas las dos primeras causales subjetivas indicadas.

La demandada reconviniente, además de las injurias y el adulterio que le atribuye, afirma que el esposo hizo abandono voluntario y malicioso del hogar el 2 de enero de 2004, de modo que no estaba cumplido el plazo determinado por el art. 214, inciso 2° del Código Civil a la fecha de interposición de la demanda.

Con motivo de los términos utilizados en el escrito de reconvenición, el actor reconvenido introdujo expresamente la comisión de injurias vertidas en juicio.

III. Tal como ha quedado delimitado el "themma decidendum" en esta alzada, corresponde examinar la procedencia de la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar imputada por la cónyuge en la reconvenición frente al planteo de separación de hecho sin voluntad de unirse esgrimido en la demanda por el esposo, la de injurias y,

finalmente, la introducción por este último de las injurias vertidas en juicio.

Como es sabido, la ley 23.515 admite la coexistencia del régimen de los denominados "divorcio sanción" y "divorcio remedio", al consagrar causales subjetivas y objetivas, respectivamente, sobre las que puede sustentarse tanto la separación personal como el divorcio vincular.

Las primeras están previstas en el art. 202 del Cód. Civil, en tanto la separación de hecho sin voluntad de unirse es una de las causales objetivas mencionada en el art. 204 del mismo ordenamiento legal.

La circunstancia que la ley permita a cualquiera de los cónyuges demandar el divorcio, en razón de la quiebra del matrimonio, no significa que deba impedirse al demandado la posibilidad de probar las causas de esa quiebra. El divorcio implica una solución extrema, que, objetivamente, disuelve el vínculo matrimonial. "No es indiferente -no debe serlo- que un matrimonio se disuelva o no, y si se disuelve por causas realmente imputables a uno de los cónyuges no debe ser indiferente para el derecho la situación gravosa que sufre quien no dio causa al conflicto, porque eso sería atentar contra un principio general del derecho, el "naeminen laedere". Esto trasciende, obviamente, no en cuanto a que el divorcio se decrete, sino en los efectos que produzca, respecto de cada uno de los cónyuges" (Zannoni, Eduardo A., "Derecho de Familia", t. II, p. 71, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993).

Por lo tanto, la causal objetiva cede si también se ha probado la subjetiva, la que prevalece sobre aquélla.

Las diferencias que presentan las causales objetivas y subjetivas, cuando se invocan ambas, impone que se analice prioritariamente la culpa, como lo prevé el segundo apartado del art.204, al que también remite el art. 214, inc. 2º, produciendo en un orden lógico del desarrollo de la sentencia el desplazamiento de la causal objetiva, si alguno de los esposos alega y prueba que no ha dado causa a la separación. Si todas las causales previstas en el art. 202 constituyen conductas antijurídicas, entonces primero debe examinarse la antijuridicidad, en la medida en que se haya invocado (Conf. Ugarte, Luis A., "Convergencia de causales subjetivas y objetivas", LL, 2008-E, 174).

"El orden del tratamiento de las causales es inevitable: primero, la subjetiva; luego, la objetiva. Ello así, en virtud de que si prospera la causal subjetiva ya no tendrá trascendencia pronunciarse sobre la objetiva, porque la

culpabilidad y la inocencia, con sus diferentes efectos, lleva a que al cónyuge que demostró la inocencia no se le puede imponer la alegada separación de hecho sin voluntad de unirse, sin concederle los derechos que la ley atribuye al inocente. De lo contrario, se incurriría abiertamente en una privación de derechos, con la particularidad de que habiéndose sustanciado un proceso judicial y habiéndose probado los hechos invocados, sin embargo, se decretaría por una causal objetiva, sin gozar de aquellos derechos. Con ello, se lograría consumir una sanción para el inocente y un premio para el culpable" (Conf. Solari, Néstor E., "Reflexiones sobre la convergencia de causales subjetivas y objetivas en el divorcio", LL, 2008-E, 556).

Ante la confluencia de las causales objetivas y subjetivas y en tanto éstas formaron parte de una concreta reconvencción y no se limitaron a la mera reserva de inocencia contemplada por el art. 204 in fine, de ajustarse a derecho la subjetividad imputada, es indudable que en ella debe basarse la sentencia de divorcio (Conf. CNCiv., Sala C, 18/03/1997, ED, 173-570).

No obstante la existencia de causales subjetivas y objetivas de divorcio, no es factible su acumulación y sólo es viable su articulación en conjunto para que la causal culpable absorba y comprenda a la objetiva, o para que la separación de hecho juegue en subsidio, es decir, ante la falta de acreditación de la causal subjetiva. Si las causales subjetivas de divorcio resultan acreditadas en el juicio respectivo, el divorcio deberá decretarse sobre éstas quedando desplazada la objetiva (Conf. C. Apel. Civ. Com. Azul, Sala II, 19/10/1999, ED, 186-67).

Se ha sostenido que la clara demostración de una o más causales subjetivas de divorcio desplaza la causal de divorcio remedio, pues no es posible admitir que el factor subjetivo de imputación caduque como prerrogativa de invocación por el transcurso del tiempo establecido para la admisibilidad de la causal objetiva, o que dicho factor no pueda aceptarse por vía convencional, debido a la preeminencia temporal de la pretensión fundada en esa causal objetiva (Conf. CNCivil, Sala K, 26/10/2006, DJ 2007-I, 146).

En sentido concordante, dijo el entonces titular de la Vocalía N° 21, Dr. Leopoldo Montes de Oca, con adhesión de quien aquí habrá de votar en tercer término y del destacado jurista y antecesor en la vocalía que hoy ocupo, Dr. Roberto E. Greco, que cuando se prueba una causal subjetiva de divorcio que determina la culpabilidad exclusiva de uno de los cónyuges, la razón objetiva queda desplazada y no

puede prevalecer sobre aquélla (Conf. esta Sala, 22/04/1997, LL, 1998-B, 129, id. libre N° 181.582, sent. del 2/2/96; íd. rec. libre N° 154.244, sent. del 9/12/94 y los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios que allí se citan). Y aclaró el mismo magistrado en otro precedente de la Sala y con análoga adhesión de sus pares, que: "No es posible admitir que el factor subjetivo de imputación caduque como prerrogativa de invocación por el transcurso del tiempo establecido para la admisibilidad de la causal objetiva" (Conf. esta Sala, 16/05/1997, LL, 1998-A, 32).

Sentad o entonces que la causal objetiva debe ceder su preeminencia ante las causales subjetivas invocadas y probadas, anticipo que en el caso la separación de hecho sin voluntad de unirse por tres años a la fecha de interposición de la demanda, no ha sido acreditada en modo alguno, como lo pretende el actor e insiste aún hoy con obstinación en los agravios.

IV. Para que el abandono sea reputado como voluntario y malicioso, debe tratarse de un alejamiento que se opera por la decisión privada y arbitraria de uno de los esposos y que conlleva la idea o el propósito de sustraerse del cumplimiento de las obligaciones que el vínculo matrimonial impone (Conf. Bueres-Highton, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, t. 1, p. 929).

Se configura por la supresión de la vida en común mediante el alejamiento de un cónyuge con la sustracción a los deberes y cargas resultantes del matrimonio, en especial el deber de cohabitación (Conf. Belluscio, Augusto, 'Derecho de Familia', t. III, pág. 298 y ss.; Busso, Eduardo, 'Código Civil Anotado', t. II, pág. 218; Borda, Guillermo, 'Tratado de Familia', t. I, pág. 381).

Acreditado el hecho objetivo del abandono, es el cónyuge demandado quien debe probar que el alejamiento, cuya comprobación trae aparejada la presunción de su voluntariedad y malicia, obedeció a razones justificadas que avalan ese proceder (Conf. Belluscio, ob. cit., pág. 308).

A quien invoca el abandono le basta con acreditar el hecho material del alejamiento; mientras que al cónyuge que se retira le incumbe probar, a su vez, que tuvo causas legítimas y valederas para adoptar esa actitud (Conf. Zannoni, Eduardo, "Derecho Civil, Derecho de Familia", t. 2, pág.96 y sus citas).

Por lo tanto, para que quede configurada esta causal deben concurrir dos elementos esenciales: por un lado, la ruptura de la convivencia, sea que el cónyuge se vaya del hogar o que excluya al otro (elemento objetivo); por el otro, la intención maliciosa de sustraerse al cumplimiento de los deberes matrimoniales (elemento subjetivo).

Se ha dicho que: "Quien invoca el abandono o la expulsión sólo tiene la carga de justificar el alejamiento o ruptura provocado por el otro. Probada esa circunstancia fáctica, el orden jurídico presume que tal actitud se ha consumado con esa intención maliciosa de eludir las obligaciones y deberes conyugales; queda a cargo de quien se alejó el justificar los motivos razonables que tenía para adoptar esa decisión de romper la convivencia" (Conf. CNCiv., Sala E, 30/05/2005, DJ 2005-3, 28).

Es que el abandono resulta excusable en situaciones de cierta gravedad, tales como cuando se encuentra en peligro la integridad física o moral de quien se separa o cuando el clima de cohabitación se torna francamente intolerable (Conf. CNCiv., Sala A., 27/03/2006, ED, 219-131), tal como ha ocurrido en el caso.

En autos no se advierte, luego de efectuar un minucioso examen de las escasas pruebas producidas, que se haya comprobado que el distanciamiento ha sido consensuado ni que la esposa haya dado motivos especiales como para determinar la decisión de retirarse del cónyuge.

A fs. 182 declara el testigo González Martínez, tiene conocimiento de la separación de hecho desde mediados de febrero hasta diciembre de 2003, porque durante ese lapso fue a vivir en su departamento. Lo visitaban amigos, como Jorge Burgos, pero allí no recibía correspondencia.

A fs. 184 presta declaración el citado Burgos, quien conoce a ambas partes, es padrino de la hija menor del matrimonio, frecuentaba a la familia. Le consta la separación de hecho de los esposos R. desde principio de 2003, porque habitualmente trabajan juntos y tiene una relación de amistad con Marta. Los motivos son íntimos, pero los desconoce, sabía de desavenencias, Marta es de un carácter muy fuerte. Se fue el actor al domicilio de un amigo, pues no tenía vivienda. Allí lo ha visitado en el barrio de Belgrano, en Blanco Encalada. Durante todo 2003 estuvo allí y en 2004 se fue a vivir a Caballito.

El testigo Chiappe corrobora lo anterior y agrega que los dos estaban decididos a separarse, vivían solos, eso es lo que él veía, su mujer era amiga de C., se trataba de dos

parejas amigas. Sin embargo, también admite que no tiene conocimiento acerca de los motivos de la separación.

Tales declaraciones carecen de la entidad necesaria como para convencerme acerca del supuesto consenso entre los cónyuges sobre la separación de hecho, pues a lo sumo estarían denotando que R. dejó el hogar conyugal para habitar en el departamento de un amigo.

A mayor abundamiento, el testigo Baldovino, a la sazón encargado del edificio que era la sede del hogar conyugal, recuerda la entrega de las llaves de la cochera que alquilaba en enero de 2004, porque se retiraba.

En cuanto al contrato de locación, que no ha sido desconocido, fue celebrado el 31 de diciembre de 2003, para comenzar a regir al día siguiente y hasta fines de 2005.

Llamativamente, las dos notas con sello de recepción del Banco de la Nación Argentina, Sucursal Caballito, comunicando el cambio de domicilio y solicitando el reenvío de resúmenes de los meses de noviembre y diciembre de 2003 "que no me fueran remitidos al domicilio anterior", etcétera, fueron presentadas en la Gerencia el 5 de enero de 2004. Además desconozco el motivo, y es llamativo que obraran en poder de la demandada. Finalmente, nadie se toma el trabajo de informar a la autoridad administrativa el cambio de domicilio cuando ya no se habita en el mismo y fue el propio actor quien adjuntó la constancia respectiva del documento nacional de identidad.

Como puede verse, existe un cúmulo de indicios que me llevan a la convicción que R., en primer lugar, no dejó el hogar conyugal en febrero de 2003, sino a comienzos de 2004, con lo que es claro que a la fecha de interposición de la demanda -30 de mayo de 2006- no habían transcurrido los tres años exigidos por la ley para viabilizar la posibilidad de acceder al divorcio "remedio". En segundo lugar, no existe un solo elemento probatorio serio que me permita vislumbrar la existencia de un acuerdo con la esposa para concretar el alejamiento o, en su caso, que tuvo causas legítimas y valederas para adoptar esa actitud.

Esa conclusión me conduce a la desestimación de los agravios en lo relativo al rechazo de la demanda por la causal objetiva y a la admisión de la reconvenición por la causal subjetiva de abandono voluntario y malicioso del hogar.

V. Ahora bien, la sentencia consideró configurada también la causal de injurias graves atribuidas al reconvenido.

Antes de avanzar en el examen de este tema, es importante tomar en cuenta que, como se halla plenamente admitido-, el matrimonio ponía en práctica el denominado estilo de vida "swinger".

Dijo sobre el particular quien fuera hasta hace escaso tiempo Representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, que esa modalidad de vida "atenta contra una institución básica de nuestra sociedad como lo es el matrimonio único, indisoluble, monogámico y heterosexual. Y en consecuencia, la unidad familiar. Pues va de suyo que al difundir y promover la inobservancia al deber de fidelidad, se vulnera sin hesitación dicha institución. Sea que el referido deber se lo analice desde la perspectiva de la relación sexual susceptible de configurar el adulterio, o bien, como toda otra relación de índole sentimental que diera lugar a la causal de injurias graves. No empece a ello la observación que hace el recurrente, al sostener que el deber de fidelidad no sería alterado porque los cónyuges, de común cuerdo, decidieran omitirlo. A mi entender, dicha apreciación, parte de una equivocada noción de los deberes matrimoniales. Pues, como es sabido, carecen de todo efecto los pactos donde los cónyuges pudieran dispensarse en el futuro del cumplimiento del indicado deber, por la 'notoria inmoralidad de su objeto'".

Sostuvo la Sala A de esta Cámara, en oportunidad de conocer en los autos "Asociación Argentina de Swingers c. I.G.J. c.1.702.477 s/contencioso administrativo" , fallo del 17/03/2003, publicado en ED, 202-193, que "La interpretación ensayada por la recurrente acerca del consentimiento recíproco de los cónyuges a mantener por cada uno de ellos relaciones sexuales con terceras personas, impidiendo hablar de engaño u ocultamiento, carece igualmente de virtualidad para soslayar la transgresión de los principios básicos de la institución del matrimonio que conforma el orden público familiar. En efecto, el deber de fidelidad contenido en el art. 198 del cód.civil, presupone exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge...En este mismo sentido, debe recordarse que la imperatividad de la disposición legal que consagra el deber de fidelidad implica que no pueda tener validez convención alguna por la cual uno de los esposos dispense al otro de su cumplimiento o ambos se lo dispensen mutuamente".

Sentado ello y teniendo en cuenta en todo momento esa conducta de las partes puesta en práctica durante trece años, de mandar mails a desconocidos incluidos en una lista de contacto entre personas, de intercambiar parejas, de

proponerse candidatos para una vinculación sexual pasajera, "amigos para los juegos", de sugerir lugares para hacerlo y otras actividades que suave y elegantemente calificaré como sorprendentes, recordaré que en un antiguo fallo de la Cámara Civil 1ª de la Capital, el Dr. Barraquero, formuló una definición de injurias graves que se incorporó definitivamente al lenguaje judicial, ya que se repite permanentemente en las sentencias, a la que no resultará ajena la presente. Dijo por entonces el ilustre integrante de ese tribunal, que se configuran por "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" (Conf. CCivil 1ª de la Capital Federal, 6/8/45, LL, 39-748).

La amplitud que encierra ese concepto ha conducido a sostener que se está en presencia de una suerte de causal residual, por cuanto todas las causales de divorcio podrían encerrarse en la genérica calificación de injurias. Así, no se puede dudar que el adulterio de uno de los cónyuges infiere una gravísima ofensa o menoscabo al otro, lo mismo que los malos tratamientos, el abandono, la tentativa contra la vida o la instigación a la comisión de delitos (Conf. Zannoni, Eduardo A., "Derecho de Familia", t. II, p. 84, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993).

Comprende entonces a todo acto ejecutado en forma verbal, por escrito o materialmente, que constituya una ofensa para el otro cónyuge, atacando su honor, reputación o dignidad o hiriendo sus justas susceptibilidades, sin que se requiera la reiteración de tales episodios, ya que uno solo bastaría para decretar el divorcio, si reviste la necesaria gravedad (Conf. Borda, Guillermo, "Familia", t. I, p. 428).

"Dentro de este concepto genérico de injurias, habrá hechos incuestionables que lo configurarán y otros a los que las circunstancias del caso conferirán sentido. se trata de situaciones a enmarcar en la particular relación conyugal basada en el amor y el respeto, donde además existen códigos, expresiones y reacciones especiales de cada pareja propias de su medio y de su característica individual. Habrá conductas que serán siempre injuriosas pero otras en que las circunstancias y los actores les conferirán la relevancia y estos elementos serán siempre el componente valorativo de calificación. La figura puede concretarse por acción o por omisión y la acción puede variar desde las formas más brutales como las de una agresión física a las expresiones verbales más sutiles e hirientes. La omisión puede tener tanta o mayor gravedad que la acción, pues basta imaginar la ausencia e indiferencia de quien se

espera apoyo, frente al dolor, la enfermedad o el sufrimiento agudo, para afirmar que estamos sin duda ante una conducta injuriantes" (Conf. Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Las injurias graves como causal de divorcio configuradas mediante un hecho único", LL, 1997-F, 424).

De todos modos, debe quedar en claro que cualquier acción u omisión ofensiva no necesariamente reviste el carácter de injuria grave, requisito éste que es impuesto por la ley, aclarando que en la apreciación de esa gravedad, el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse.

El Código exige que se trate de una grave contravención o apartamiento de los deberes emergentes del matrimonio. La conducta del ofensor debe ser de tal entidad que imposibilite legítimamente al otro continuar la vida conyugal. La injuria del art. 202, inciso 4° es una figura calificada. De allí que no cualquier conducta ofensiva la tipifique, sino que es menester que sea de tal entidad que obste o torne intolerable la vida en común. El estándar jurídico establecido por la norma exige al juzgador ponderar no sólo el aspecto objetivo, sino igualmente el subjetivo, prestando especial atención al ámbito social donde los hechos ocurrieron, y a las pautas culturales de los protagonistas (Conf. Perrino, Jorge Oscar, "Derecho de Familia", 2006, Lexis N° 7003/001953).

Por lo tanto, la gravedad se califica en función de circunstancias subjetivas, inherentes a las personas de los cónyuges, en su contexto familiar y también, ampliamente, social y cultural (Conf. Zannoni, ob. cit. pág. 84, CNCivil, Sala H, 22-2-1996, elDial - AEC7A).

En tal sentido ha dicho la Sala que para la apreciación de la injuria como causal de divorcio, se impone la consideración de su gravedad, es decir, la referencia a una especialidad que impida la convivencia posterior, apreciada según la educación, posición social y demás circunstancias (Conf. esta Sala G, 2/6/93, JA 1995-I, síntesis).

A pesar de ser absolutamente cierto que no es posible hacer una enumeración completa de los hechos que configuran las injurias graves, pues la variedad de circunstancias que ofrece la vida real es tan grande que siempre pueden presentarse situaciones nuevas (Conf. Belluscio, Augusto C., "Derecho de familia" t. I, pág. 378), la jurisprudencia ha elaborado a través del tiempo un verdadero catálogo que incluye conductas que se presentan con frecuencia en la praxis judicial y que se encuadran en la causal de injurias graves.

Citaré en tal sentido y sin pretender agotar todo el repertorio de situaciones que pueden darse: las agresiones físicas, los actos de infidelidad que no constituyan adulterio, los insultos, las amenazas, el tratamiento desconsiderado y despreciativo, que importe un menosprecio a la persona del otro cónyuge, el trato despectivo constante, la humillación ante terceros, la correspondencia injuriosa, la falta de aseo, la violación habitual de elementales normas de higiene, el descuido del hogar, la negativa a mantener relaciones sexuales, los vicios, como la embriaguez habitual o la adicción a las drogas que no lleguen a constituir la causal del art. 203, la afición al juego de tal magnitud que pueda poner en serio peligro la economía del hogar, la relación conflictiva con los parientes, exteriorizada en un trato agresivo y grosero sin causa justificada, la ocultación dolosa de enfermedades conocidas previas al matrimonio, la enfermedad contagiosa contraída después de celebrado, que ponga en severo riesgo la salud del otro cónyuge, la adopción de decisiones de trascendental importancia sin tomar en cuenta la opinión del otro o ocultándolas, las injurias vertidas durante el juicio de divorcio, los celos, generando constantes escándalos, el requerimiento de relaciones sexuales contra natura, las ausencias injustificadas del hogar, el incumplimiento del deber de asistencia espiritual.

Aun cuando tengo la convicción que la testigo N. C., hermana de la demandada, ha incurrido en notorias exageraciones en su declaración, a lo que -llamativamente-, se contrapone su supuesto desconocimiento de las prácticas sexuales a las que M. A. C. se dedicaba desde hacía tantos años, inclusive, después de la separación, existen en autos un cúmulo de fuertes presunciones que me permiten inferir la conducta equívoca del esposo con relación a la mujer colombiana, excluida del ámbito del "swinging", al menos, por razones de vecindad o distancia geográfica, transgrediendo de ese modo el "acuerdo marco" dentro del cual se desarrollaba la vida conyugal.

El art. 386 del Código Procesal adopta el sistema de la sana crítica a los fines de la valoración de la prueba. En este sistema, denominado también de "la sana lógica", el juez tiene libertad de apreciación de la eficacia de la prueba, pero siempre debe explicar a través de la fundamentación de la sentencia, cuáles han sido las razones que lo han conducido a otorgar o negar eficacia probatoria a un determinado medio, es decir que debe exteriorizar el proceso intelectual que ha desarrollado sobre la base de los principios de la lógica y las máximas de experiencia y que lo han llevado a la decisión final.

El juez no "es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales". Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, en las que interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia de vida del juez. (Conf. Couture, Eduardo J., "Fundamento del Derecho Procesal Civil", pág. 270).

Así, a los fines del acto de juzgar, que es un acto complejo, existe una cuestión presente determinada por hechos pasados. Estos son condicionantes, ya que según lo sucedido, las soluciones pueden ser distintas. "Para llegar al conocimiento de los hechos, se entremezclan, se combinan, la búsqueda de la verdad, el convencimiento, la fijación de los hechos, los pasos de la crítica, el encuentro de la certeza. No existen tajantes líneas separatorias. Cada uno de esos conceptos lleva cuotas integrantes de los otros cuando se trata del acto de juzgar. Esa integración conduce a la finalidad de la prueba judicial: Un estado de espíritu del juzgador para advertir que los hechos son de una manera determinada" (Conf. Cipriano, Néstor Amílcar, "Prueba pericial en los juicios por responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial)", LL, 1995-C, 623).

Además, los diversos medios de prueba no constituyen compartimentos estancos. No puede examinarse ninguno de ellos sin hacer incursiones en el terreno de los demás y, a su vez, cada uno reposa en mayor o menor medida sobre los otros. Es necesario examinar si las pruebas producidas concuerdan verdaderamente entre sí. En caso de discrepancia, debe buscarse la razón de la misma, resolver la contradicción, si es posible, y si no lo es, elegir entre los datos contrarios. Todos aparecen finalmente como los elementos de un conjunto, que será el que dará la prueba sintética y definitiva sobre la que se podrá levantar la reconstrucción de los hechos (Conf. Gorphe, François, "De la apreciación de las pruebas", traducción de Alcalá Zamora y Castillo, pág. 456).

Si bien la finalidad de las pruebas debe consistir en obtener una certeza, con frecuencia no se logra más que una probabilidad o verosimilitud.

El juez al apreciar la prueba cumple un proceso intelectual, en el que debe desplegar todos sus conocimientos, su experiencia de vida y su intuición, tratando de arribar al resultado que juzga más próximo a la verdad.

Sin embargo, no debe buscar la certeza absoluta, basta con que llegue a la certeza moral, lo que no significa más que lograr al grado máximo de probabilidad acerca del modo en que pudieron haberse producido los hechos.

Las presunciones judiciales son el resultado del razonamiento probatorio del juez, basado en las máximas de la experiencia, y esta experiencia no está referida sólo al comportamiento medio de toda la sociedad, sino también al que es común en determinados círculos y estamentos, pues el magistrado al momento de decidir no puede cerrar los ojos a la notoriedad de hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de determinado sector de la sociedad en el que las partes se mueven (Conf. Devis Echandía, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo II, pág. 697 y Tomo I, pág. 229).

Establece el art. 163, inc. 5° del Cód. Procesal que "las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica"

El valor probatorio de la presunción se basa en que los hechos o indicios tomados como punto de partida por el juez, se encuentren debidamente comprobados. En lo referente al "número" de presunciones como elemento a computar para dotarlas de fuerza probatoria, debe entenderse referida, no a aquéllas, sino a los hechos indiciarios sobre los cuales se apoyan, ya que de conformidad con las reglas de la sana crítica, una sola presunción, cuando reviste gravedad y precisión, puede resultar suficiente para acreditar la existencia de un hecho. La "gravedad" de la presunción se vincula con su aptitud para generar un suficiente grado de certeza, y no de mera probabilidad, acerca de la existencia del hecho que es objeto de prueba, pero para que ello ocurra, debe ser "precisa", lo que requiere no sólo que entre los hechos probados y el deducido medie una conexión directa, sino que además sean susceptibles de interpretarse en un sentido único; finalmente, los indicios deben ser concordantes, es decir no excluyentes y formar por lo tanto entre sí un conjunto armonioso y coherente (Conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, 1999, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Lexis N° 2508/003332).

Pues bien, constituyen serios indicios de la relación mantenida con la mujer colombiana: el sobre dirigido a R. en su domicilio posterior a la separación de la calle Viel

al 200, con matasellos de Correos de Colombia, Cali, por Yenni Lozada, domiciliada en esta última ciudad; el recibo de envío-giro de valores de diciembre de 2003, a través de Jet-Perú, de R.a Lozada por U\$S 1.000, con destino Cali, Colombia; los tickets de adquisición de la moneda norteamericana en el Banco Piano en la misma fecha; y el "mail" enviado por "Tu Gordita de toda la vida" a "Edmundito" o "Tu Gordita de toda la vida, Martita (la Ballenita blanca) a mi Mundi (Bigotito)-entiéndase por la Sra. C. al Dr. E. R.-, en el que le escribe que "para salvar nuestra pareja" (el correo está fechado a dos años de la separación comprobada y a tres de la no comprobada, o sea que no alcanzo a entender qué pareja quiere salvar), "espero de parte tuya que termines esa relación que tenes con esa mujer colombiana, y las otras posibles mujeres tuyas".

A mayor abundamiento, al absolver posiciones a fs. 176, reconoció el actor haber viajado a Colombia a fines de noviembre de 2003, aunque negó haberse encontrado con Yenni Lozada (posición 15ª del pliego de fs. 174).

Por último, me pregunto sin tener una respuesta precisa, cuál es el motivo por el que obraban en poder de la Sra. C. las diecisiete fotografías en las que aparecen Yenni y Edmundo, seguramente tomadas en otro país, presumo que Colombia, en una playa.

En una de ellas aparece un cartel en el que se lee como identificación del lugar "Bar orgasmo marino", aunque no creo que se trate del restaurante ubicado en el barrio La Macarena de Bogotá, porque fue abierto según información recogida a través de Internet, en 2009. Supongo que debe ser el bar del mismo nombre que se encuentra en la isla de San Andrés de dicho país.

VI. Muchas veces ciertas pruebas no son eficaces para probar el adulterio. Ello no impide que los hechos acreditados puedan encuadrar dentro del inciso 4º del art. 202 del Cód. Civil, esto es, como injurias graves (Conf. Azpiri, Jorge, "Juicio de divorcio vincular y separación personal", pág.72).

"Todos los actos y omisiones que evidencian desprecio de la lealtad matrimonial, sin que constituyan adulterio, también son considerados ultrajes contra el deber de fidelidad, porque el quebrantamiento de este deber no sólo acaece con el adulterio, sino que basta la vinculación con una persona de otro sexo que no observe los límites de lo habitual y común en relaciones sociales y denote una proximidad de

tipo sentimental" (Conf. CNCiv., Sala L, 16/02/2006, LL, 2006-D, 398).

El decoro que ha de observar todo cónyuge le impone el deber de actuar de modo de no despertar sospechas ni suspicacias en el ánimo de su consorte ni en el de las demás personas, evitando ser objeto de apreciaciones y comentarios que puedan afectar la propia dignidad del otro contrayente. De ahí que los actos que evidencian desprecio de la lealtad matrimonial sin llegar a constituir adulterio, igualmente deben ser considerados ultrajes contra el deber de fidelidad, porque el quebrantamiento de este deber no sólo acaece con el adulterio, sino que basta, por ejemplo, el hecho de mostrarse en lugares públicos con una persona de otro sexo en actitudes que revelan intimidad o exceso de confianza o en acciones equívocas y hasta indecorosas (Conf. Solari, Néstor E., "Las injurias graves como causal de divorcio", LL, 2006-E, 490).

Propongo, por consiguiente, desestimar también este agravio, restando examinar el relativo a la causal de injurias vertidas en juicio.

Al contestar el traslado de la reconvenición, R. si bien no dedujo formalmente "reconventio reconventionis", los términos utilizados a fs. 116 vta. y fs. 117 no dejan margen a duda en el sentido de invocar expresamente el hecho de haber sido injuriado en el escrito que está respondiendo.

Además, como se dice en los agravios, al haber contestado la demandada afirmativamente la posición sexta del pliego de fs.175, es decir, al reconocer que durante el matrimonio realizó prácticas conocidas como "swingers", ha confesado una acción contraria a sus obligaciones matrimoniales, que configura injurias graves.

Sin embargo, la introducción de esa causal sí debió ser planteada por vía reconvenicional.

Distinto es el caso de las injurias vertidas en juicio, que pueden presentarse en cualquier momento de la litis, desde la demanda misma y hasta las actuaciones en la alzada.

Tales injurias, para configurar causal de divorcio, deben ser emitidas con "animus iniuriandi," resultar innecesarias para la defensa y, en razón de ello, no haberse intentado prueba alguna con relación a los cargos proferidos (Conf. Belluscio, Augusto, "Manual de Derecho de Familia" Tomo I, pág. 383).

Para que los cargos vertidos en procedimientos judiciales puedan ser apreciados como injurias graves, deben concurrir los siguientes requisitos: 1) que sean introducidos de mala fe, con el propósito de difamar (*animus iniuriandi*); 2) que excedan los límites de la defensa; 3) que sean graves; 4) que sean atribuibles a las partes y no a los mandatarios; 5) que no se acrediten los hechos aducidos, por ser abiertamente adversa la prueba o por no habérsela intentado (Conf. Fanzolato, en Bueres-Highton, "Código Civil y Normas Complementarias", ed. Hammurabi, Tomo 1-B, pág. 141).

En el contexto de los juicios de separación personal y de divorcio vincular, cuando se debaten algunas de las causales subjetivas, las partes suelen acudir a manifestaciones exageradas, inclusive, a hechos inexistentes en la relación conyugal. La tarea judicial consistirá, en tales circunstancias, en analizar la medida y alcance de dichas expresiones, valorando la trascendencia que asumen las mismas en el proceso, en cuanto a determinar si el que lo ha introducido lo hizo para aportar elementos de convicción al juzgador o simplemente si ellas tienen como finalidad manifestar infundadas ofensas a su consorte (Conf. Solari, Néstor E.: "Injurias vertidas en juicio por los cónyuges y defensa en juicio", LA LEY, 2008-B, 548.).

Se encuentran en pugna el derecho de defensa en juicio y el deber de no ofender injustificadamente al otro, pues si así lo hiciera, quedaría configurada la injuria vertida en juicio. El límite a ese derecho debe imponerse cuando las frases injuriosas utilizadas no son necesarias para describir los hechos alegados, o cuando se imputan comportamientos deshonorosos que ni siquiera intentan probarse. Al perder esas expresiones toda justificación, quedan como injurias vertidas dentro del proceso y pueden ser invocadas por el otro esposo hasta el momento de alegar o como hecho nuevos hasta la expresión de agravios (Conf. Azpiri, Jorge A., "Juicios de divorcio vincular y separación personal", p. 91, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2005).

Considero que en el caso, la demandada al deducir la reconvencción se ha excedido notoriamente en el ejercicio de su derecho de defensa en juicio.

En efecto, dijo la Sra. C. que R. "era francamente un bigamo", una persona promiscua, que navegaba por páginas de Internet para buscar mujeres y tener sexo. Y expresó más adelante: "he sido víctima de engaño, como también de sometimientos en los últimos años a vejaciones sexuales por parte de mi marido, quien me propuso hacer "swinger", cambios de mi estructura corporal por medio de cirugías estéticas, todo ello lo he consentido a fin de reconstruir

mi matrimonio y hacerlo feliz". Y todavía agregó: "S.S. note qué ser perverso y morboso, que estando viviendo conmigo navegaba por Internet a fin de buscar parejas...", "es un morboso del sexo", "R.pretendía que la suscripta se encuentre con hombres en lugares públicos y que tenga sexo en los baños públicos; y el actor miraba".

A pesar de tales graves imputaciones, no sólo no las probó sino que siquiera intentó hacerlo, y como broche de oro, admite haber aceptado la práctica "swinger", la que "consintió" sólo "a fin de reconstruir" su matrimonio "y hacerlo feliz" (a R., no al matrimonio).

Nadie "consiente" adoptar conductas de esa laya durante trece años, máxime cuando se tienen dos hijas y hasta una nieta con la que se convive y se tiene bajo su cuidado, sólo para "reconstruir un matrimonio" y menos aún, para "hacer feliz" al cónyuge, si no lo hace por placer, por gusto, por satisfacción o por lo que fuere.

"Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad" y "Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto". "Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible" (arts. 897 , 910 y 936 del Código Civil).

No se da en el caso ninguna de las situaciones previstas en el art. 921 respecto de la ausencia de discernimiento ni se trata de actos que, conforme al art. 922, puedan ser reputados como practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquellos que se ejecutaren por fuerza o intimidación. Un error no puede subsistir durante tantos años y no existe prueba alguna de la existencia de actos de fuerza. Menos aún, puede entenderse configurada la situación prevista por el art. 937 , ya que dudo poderosamente que R. haya inspirado a C.por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes.

Y tanto la demandada aceptó voluntariamente esta situación, que siguió haciéndolo mínimamente hasta febrero de 2006 -ocho meses después de presentada la demanda-, como lo prueban los "mails" acompañados por la propia interesada al reconvenir.

Hasta llegó a calificar en forma manuscrita una característica de la personalidad de "Diego" (primer candidato de la lista de "amigos para los juegos"), que repite respecto de "Alexis" y "Fede", a los que todavía no

conocía cuando R. le envió el correo, y que habla de la ausencia de "viveza" de tales candidatos, en el lunfardo criollo. Y si a estos dos últimos los distinguió del mismo modo, es sin duda porque luego debió conocerlos, quizás, en "Class" o en "Reina loba" ("boliches "swingers" según varias páginas WEB y mencionados en el mail).

Más aún, se queja la Sra. C. porque el esposo la ha obligado a someterse a cirugías estéticas, también consentidas -según sus dichos- para reconstruir el matrimonio y hacerlo feliz, y resulta que adjunta al reconvenir la factura de Clínica "B y S", por "lifting en cuello y Botox por \$ 4.800, fechada el 27 de abril de 2006.

O sea que dos años después de la separación, un mes antes de radicada la demanda, el esposo le sigue pagando intervenciones estéticas -hablando con mayor precisión, C. se sigue practicando cirugías estéticas pagadas por el cónyuge-, por lo que no puede decir a esa altura de los acontecimientos que las acepta estoicamente para sólo complacerlo cuando, por otro lado, sustenta toda su argumentación defensiva en que abandonó el hogar conyugal, de un día para otro, el 2 de enero de 2004.

En síntesis, considero que ha quedado claramente configurada la causal de injurias vertidas en juicio, por lo que propongo a mis colegas revocar parcialmente la sentencia, decretando el divorcio vincular de E. R. y M. A. C. por culpa de ambos esposos, también en orden a la causal indicada (art. 202, inciso 4° y art. 214, inciso 1° del Código Civil).

Las costas en ambas instancias se imponen en el orden causado, atento al modo en que se decide y las inusuales particularidades del caso (arts. 68 y 71 del Código Procesal).

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Carranza Casares y Bellucci votaron en igual sentido por análogas razones a las expresadas en su voto por la Dra. Areán Con lo que terminó el acto.

Es copia fiel 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, de Julio de 2010.-

Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, oído que fue el Fiscal General, se resuelve: I. Revocar parcialmente la sentencia apelada, haciendo lugar a la causal de injurias graves vertidas en juicio por parte de la demandada, con costas de grado por su orden. II. Confirmarla en todo lo demás que decidió y fue motivo de no atendibles agravios. III. En consecuencia, se decreta el divorcio de E. R. y M. A. C. por culpa de ambos esposos, los dos por las causales de injurias graves y, además, por la de abandono voluntario y malicioso del hogar el primero. Costas de alzada en el orden causado. 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 confirman por considerarlos ajustados a derecho los honorarios establecidos a favor del letrado apoderado del actor DR. ALFREDO BELASIO. Por los trabajos de alzada se fija la retribución del mencionado DR. BELASIO y de la DRA. MARIA INÉS DEL CAMPO -letrados patrocinantes del actor- en (\$) en conjunto, y la de la DRA. LAURA MÓNICA VILA -letrada patrocinante de la demandada- en (\$) (art. 14 de la ley 21839). 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 al Sr. Fiscal General en su despacho. Notifíquese, regístrese y devuélvase.-

Fallo provisto por Microjuris