En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil nueve, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia del Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia del señor Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y de la señora Jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"CEJ c/ SGV s/ DIVORCIO VINCULAR", expte. nro. 73/08,** venidos del Juzgado de Familia nro. 1 (expte. nro. 784/07), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 313), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 274/278vta. y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

1) La sentencia de fs. 274/278vta., hace lugar a la demanda y a la reconvención interpuestas, decretando el divorcio vincular de los cónyuges E. J. C. y G. D. V. S., por culpa de ambos y por las causales de injurias mutuas graves, más la de adulterio la accionada (art. 214, inc.1°, en función del art. 202, incs. 1° y 4°, del Código Civil. Impone las costas por su orden y regula los honorarios de los profesionales intervinientes. Declara disuelta la sociedad conyugal

el día 6 de agosto de 2007 (art. 1306 del Cód. Civil).

2) La lectura del fallo precedente se produce a fs. 279, con fecha 21/10/2008.

3) A fs. 281 apela la parte actora y a fs. 282 se concede el recurso.

4) Por derecho propio, la parte actora formula los agravios a fs. 306/309. Peticiona de inicio se deje sin efecto la culpabilidad que se le atribuye en orden a las injurias graves y que se rechace la reconvención, con costas. Deja planteado el caso federal. Transcribe las apreciaciones de la sentenciante: "…paso a analizar los términos de la reconvención planteada por la accionada, y que adelantando opinión, la misma será acogida, toda vez que surge en forma palmaria y manifiesta el trato descomedido y agraviante que el esposo le prodigaba a la señora S., y ello surge en forma manifiesta de los propios términos de la demanda, de la carta documento, de la instrumental de expedientes ("S.G.V. c/ C.E.J. s/ violencia familiar", expte. n° 80/2007, certificado fs. 37 del 14/02/07 de autos, testimoniales de la accionada), y de las agresiones verbales y de hecho que tiñeron toda esta relación matrimonial, y que no corresponde enunciar a fin de evitar repeticiones innecesarias, atento a las reiteradas peleas con observaciones y recriminaciones mutuas; y ello es así, a pesar de que cada uno de los cónyuges, a su turno pretende mejorar la situación, y trasladar a la contraria todas las imputaciones y conductas, que en definitiva no hacen más que ratificar que nos encontramos frente a un matrimonio que se encuentra absolutamente desquiciado...".

5) Argumenta la parte apelante que en

resumen el fallo le adjudica trato descomedido y agraviante que surge, conforme al parecer de la magistrada, de la demanda, carta documento acompañada por la contraria, del expediente sobre violencia familiar y particularmente del certificado médico de fs. 37 y de las testimoniales que ofreciera la demandada. Sostiene que no hay agravio cuando los hechos atribuidos son ciertos, que las valoraciones efectuadas, aun cuando severas, surgen de la prueba, por caso las actuaciones notariales que aluden a lenguaje vulgar y en extremo descalificador, que las testimoniales ofrecidas refuerzan esta conducta; que el escrito de demanda no puede constituir elemento en su perjuicio; la carta documento dirigida al tercero en disputa refiere una conducta inapropiada de la demandada, también probada y que el certificado médico de fs. 37 solo en el imaginario está en conexión con una conducta atribuida a su parte. Que de las declaraciones de los testigos ofrecidos por la demandada, no hay evidencia de los dichos de testigos que tengan entidad para endilgarle un proceder agraviante y en tanto manifestaciones de terceros reproducen los dichos de la contraria. Impugna, asimismo, que el informe técnico que se refiere a la mutua descalificación y desmentida de los esposos, no ve la entidad de sus conclusiones y que importaría lo mismo sus propios dichos a la terapeuta, que tales extremos han sido probados.

6) Transcribe otro considerando de la sentencia, respecto a que los hechos de violencia que dieron origen a la causa de referencia habrían sido perdonados por la posterior reconciliación de la pareja, corresponde desestimar tal argumentación, toda

vez que autorizada jurisprudencia y doctrina afirma que entre los esposos existe la llamada tolerancia a los agravios, que debe mantenerse ante la inconducta del otro y mientras no se haya roto la convivencia, en miras de la subsistencia del vínculo, que tal tolerancia no impide que planteado el conflicto, se aleguen, por lo que corresponde considerarlos. Controvierte la sentencia porque confunde los hechos, ya que el origen de la causa de violencia familiar no es el reconocido por su parte y que a su juicio quedara purgado con la reconciliación, sino otro hecho, de naturaleza falsa. Alude entonces a una reiteración del certificado médico de fs. 37, que no fue objeto de valoración probatoria. Rechaza la agresión y sostiene que así lo probó, que por otra parte fue la contraria la generadora del incidente. Sostiene la existencia de citas desactualizadas y que el único episodio fue zanjado por la pareja, por lo que carecía de entidad a los fines de la valoración en el divorcio. Sostiene en el punto siguiente que la sentencia alude a criterio no actualizado (año 1983), contrario al actualizado de la Corte Nacional, que da cuenta de la purga de los hechos que constituyen injuria, una vez reconciliados los esposos. Observa el criterio del Tribunal, que no se ajusta –dice– a la mirada lógica de los acontecimientos; que justamente, en procura de salvar el matrimonio, atraviesan etapas de crisis, con conductas a veces agraviantes no obstante continúa la relación, al ponderar la relevancia del vínculo y es en el último tramo de vida de la pareja cuando hechos inapropiados se traducen en la causa de la ruptura definitiva, que es cuando los esposos deciden no tolerar más tales conductas. Que en el caso, el hecho

de violencia que él mismo reconoció, es anterior a la separación definitiva, no menos de dos años, en el medio la pareja se reconcilió y las pruebas producidas han sido elocuentes; que de esta forma queda sin efecto la acusación del Juez hacia su persona como co-responsable del divorcio por vía de injurias, lo que no implica decir que es ajeno al fracaso de la pareja. Que su responsabilidad la puso de manifiesto en el divorcio por mutuo acuerdo que la demandada desistió por instrucciones de la letrada. Se dice responsable del fracaso matrimonial, pero que no lo es de las causas últimas que generaron las injurias y los agravios, como el adulterio; quiere hacer ver que desde el comienzo de los hechos conflictivos, ya quedó acreditado el adulterio y que basta reparar en el informe del ETI, donde se alude a la relación iniciada por la demandada y no obstante esta parte desiste del divorcio de común acuerdo. Que mucho antes, la demandada había incurrido en adulterio, estimando que es importante señalarlo para no caer en la extemporaneidad eventual del suceso. Peticiona, en definitiva, se haga lugar al memorial, se revoque el fallo y se deje sin efecto la reconvención. Se tenga presente el caso federal.

7) Corrido traslado de los agravios, no es contestado.

8) Los agravios de la parte actora impugnan la sentencia que hace lugar a la reconvención por injurias por el trato descomedido y agraviante, reiteradas peleas con observaciones y recriminaciones mutuas, que –afirma- surgen en forma palmaria y manifiesta de los propios términos de la demanda, de la carta documento, certificado médico de fs. 37 y de la instrumental de expedientes.

9) Contra tales argumentos sostiene la agraviada que los referentes no le dan razón a la sentencia, que el escrito de demanda alude a conductas de la contraria que merecieron su reproche y que han sido probadas, que, en consecuencia, no hay agravios cuando los hechos son ciertos.

10) Se contesta que no se entiende que la sentencia se haya querido referir a los hechos que merecieran el reproche de la parte actora y que tuvo en consideración para condenar a la demandada. Se trata de la injuria acusada por la reconviniente, negando que los primeros doce años de matrimonio fueran de "absoluta normalidad" y contraponiendo el trato descomedido y agraviante que define la sentencia (fs. 276vta., últ. párr.), aludiendo "a los propios términos de la demanda" que revelan injuria por una descalificación como persona "inferior" advirtiera la cónyuge fue dejada en el plano familiar, como sostiene a fs. 50.

11) Es –en efecto- el concepto que deja la propia actora al contestar la demanda, apreciable de su lectura y que afloran en distintos lugares. Lo dice cuando destaca su papel de relevancia dentro del grupo familiar, que queda la demandada por estrictas razones culturales en una función de complemento (fs. 19, últ. párr.), aspectos que sigue desarrollando a fs. 19vta./20 y en otros pasajes, como asimismo resultan de la demanda por cuerda: "C.E.J. y S.G. del V. s/ Divorcio por presentación conjunta", expte. N° 1344 año 2006, vinculando en el demérito a los progenitores de la esposa (v.gr. fs. 14, últ. párr.), enfoques que se reitera en los autos "S.G.V. c/ C.E.J. s/ violencia familiar", expte. N° 80 año 2007. En estas actuaciones

a fs. 23vta. punto b), formula la actora su defensa respecto a los hechos del mes de abril de 2005, reconoce se sumó a la violencia para frenar la inconducta de su consorte pero que no es persona de acudir naturalmente a la agresión física y explica por lo claro: "Reconozco en cambio ser más fuerte y duro con la palabra, que es otra forma de agredir. No apelo a los insultos, pero admito que desnudo a veces aspectos del otro que causan malestar…". Es también por la "palabra" que deviene la reconvención de la parte demandada, por haberla desmerecido "toda la vida y en la demanda" y que sostiene como causalidad alegada (fs. 51, 3er.párr.).

12) Descarta la recurrente la CD de fs. 41 de los presentes autos, por encontrarse dirigida a tercero y conformar razones que hacen a su demanda.

Si dicha carta documento de fs. 41 es prueba de juicio que otorga por una parte respaldo a la acción, no puede excluirse el total de su aporte probatorio por el mero hecho de ser dirigida a un tercero (art. 34, inc. 5 c. CPCCCh). Adviértanse entonces los contenidos de los puntos c) y d) en sus partes pertinentes, demostrativos de los disvalores asignados a su esposa, congruente con lo que resulta de la trama litigiosa del trato descomedido y agraviante conceptualizado en la sentencia (fs. 276vta., últ. párr.).

13) En cuanto al certificado médico de fs. 37, también considerado al modo de cargo por la sentencia, revela la constatación en fecha 14/2/2007 por el médico policial, que la parte demandada presenta equimosis y traumatismo lumbar. Niega la parte recurrente la conexión establecida por la sentenciante

como una supuesta conducta y responsabilidad atribuida a su parte y se remite a las actuaciones del expediente (S.G.V. c/ C.E.J. s/ Violencia familiar", expte. N° 80 año 2007). Es claro que en este suceso la accionante niega enérgicamente haber desplegado una violencia física o verbal contra la demandada y que no tuvo ningún contacto físico. En el relato de los hechos (fs. 24) dice que cuando la madre de sus hijas tiraba los libros a la vereda, se hallaba en pie en el primer escalón y se interponía a su paso y se recuesta sobre los escalones superiores para evitar su acceso, busca el modo de esquivarla y recibe un golpe en el rostro que le causa una herida en el labio y no obstante continúa su marcha hacia arriba dejándola recostada en la escalera, ya que si hay algo que le mortifica es ver a sus hijas en una situación así, que imagina de profunda angustia y no lo puede tolerar.

El relato precedente en cuanto a la interposición de la esposa en la escalera es omisivo en cuanto a la forma en que haya podido esquivarla para continuar la marcha hacia arriba. En el presente juicio a fs.62vta., últimos renglones/fs.63, refiriéndose a la acusación de la esposa que fue agredida de modo violento recibiendo un golpe en la zona lumbar, niega la actora su causación pero agrega, que lo que pudo haber ocurrido ya que al tiempo "en que decidí ingresar a la casa frente a la escena dantesca que protagonizaba la reconviniente, de gritar y tirar las cosas a la calle, lo hice movido por el estupor que soportaban mis hijas, lloraban en el interior de la casa sin ningún tipo de contención. Se interpone la accionada a mi paso por la escalera y me la saco de encima para subir al primer piso. Ella estaba recostada sobre la escalera y

bien pudo golpearse con el canto del escalón...".

Con lo expuesto, es claro que la enérgica negativa inicial de la actora recurrente queda desvirtuada, ya que existió el contacto físico resultante de sacarse de encima a la demandada, con lo que a la postre, pudo golpearse en el canto del escalón. En consecuencia, aún con las variantes sostenidas, resulta inadmisible la desvinculación pretendida del acontecimiento y en la confrontación, la resultancia de las lesiones denunciadas por la cónyuge.

14) Cuestionado, además, el sustento del fallo en "las testimoniales de la accionada", que éste defectuosamente no discrimina, pero tampoco lo hace la agraviada, no obstante sostiene que no existen evidencias que tengan entidad para endilgarle un proceder agraviante, que son manifestaciones de terceros que reproducen dichos de la contraria, pero que no acreditan su veracidad.

15) Los elementos considerados por la sentencia para determinar la injuria reconvenida resultan del contexto probatorio, donde las testimoniales vienen a constituir elementos de suma, sin que las referencias a los testimonios se hayan declarado por sí solos única prueba determinante, para poder ser objetadas en dicho marco. Por otra parte debe recordarse que en materia de divorcio, por tratarse de hechos que hacen a la intimidad, son las declaraciones de los allegados las que habrán de considerarse, no sujetas a tachas por falta de objetividad o directa parcialidad, sujetas al control de la contraparte y a la sana crítica judicial (Conf. C.Nac.Civ., Sala L, 30/5/97 – P. O., A. M. v. B. Z. M. – en J.A.2000-II-179, n° 67). La misma sentencia se expide al respecto

al referirse a la testimonial ofrecida por la actora (fs. 275), que debe interpretarse con criterio restrictivo las causas de inhabilidad de las testimoniales, por resultar en la mayoría de los casos de personas vinculadas por amistad, parentesco o dependencia. Con tal caracterización, los testigos propuestos por la parte demandada, como los propuestos por la actora, no puede considerarse que innovan en los hechos troncales del disenso matrimonial, sino que en general resultan congruentes con determinadas aristas de los extremos por los que cada parte accionó.

16) En la continuación de los agravios, critica la apelante la fundamentación del resolutorio con el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario y no advierte –dice- la entidad de tales conclusiones, como para constituirse en base fáctica que respalde la interpretación del fallo.

A poco que se evalúe de la propia transcripción del informe del Auxiliar Técnico que refiere la característica de mutua descalificación y desmentida, conductas receptadas en autos, la no advertencia carece de entidad agraviante.

17) La sentencia se ha ocupado de los llamados hechos de violencia a partir de fs. 277, último párrafo, y a la defensa de la actora que sostiene que los iniciales fueron perdonados por la reconciliación posterior de la pareja, a lo que declara que corresponde desestimar dicha reconciliación, porque "…autorizada doctrina y jurisprudencia afirma que entre los esposos existe la llamada tolerancia a los agravios, que debe mantenerse ante la inconducta del otro y mientras no se haya roto la convivencia, miras de la subsistencia del vínculo. Esta tolerancia, no

impide que, planteado el conflicto, se aleguen todos los hechos anteriores que pudieran haber constituido causales de divorcio, porque de lo contrario se impulsaría a la denuncia inmediata del hecho sin dar tiempo a la reflexión, al arrepentimiento. Ergo, al existir reiteración de las injurias, corresponde merituarlos; máxime como en el caso de autos, que además de los hechos del pasado se reeditaron otros de similares características (ver certificado de fs. 37)". Cita doctrina y jurisprudencia.

Contra tales valoraciones de la sentencia, la recurrente sostiene –a partir del punto 8° de fs. 307- que la misma confunde los hechos, ya que el origen de la causa de violencia familiar no es el episodio que fuera reconocido por su parte, que quedara purgado con la reconciliación y por lo que al final del párrafo sostiene que el mismo fue zanjado por la pareja, de manera que carece de entidad a los fines de su valoración en el presente juicio.

La sentencia rechaza la existencia de la conciliación y encuadra la cuestión en la sola tolerancia de los hechos injuriosos; la recurrente, sin reparar en la variante, insiste en la existencia de reconciliación, sin controvertir el encuadramiento en el caso de tolerancia establecido por el fallo, con lo que la crítica resulta notoriamente insuficiente (art. 268 CPCCCh). Las conductas no se equiparan, el perdón de las ofensas recibidas es fundamental para la existencia de la reconciliación y no basta "...un sentimiento de tolerancia o consideración social, sino que es necesario el elemento intencional que revele en forma clara y concluyente la voluntad de perdonar la ofensa" (Conf. "Reconciliación matrimonial", autor

Carlos A. R. Lagomarsino, en Enciclop. Jurídica Omeba, T. XXIV, pág. 73, 1ra. col.). Es evidente que la sentencia se expide con este último sentido y en este marco encuadra los viajes de la pareja con posterioridad a la separación desde abril de 2005, como se expide a fs. 275, último párrafo. Esta comprensión en el mejor de los casos, porque si se examina este párrafo con algún detenimiento, el mismo establece que ambos consortes se encontraban separados desde abril de 2005, luego de un lamentable hecho que involucró a ambos y sigue diciendo: "...Ello, sin perjuicio de los viajes que la pareja habría realizado, a los fines de recomponer el matrimonio o no, toda vez que estas afirmaciones fueron negadas insistentemente por la señora S.;...". Esta terminología no fue controvertida por la parte recurrente, con lo que procede del modo señalado.

Por otra parte, controvierte la actora recurrente que la Sra. Juez confunde los hechos, pero no se verifica tal confusión. Es que la tesis del recurrente pasa por los planos ya referenciados, la postura que considera zanjados y excluidos los ocurridos en 17/2/2005 por una supuesta reconciliación, pero no lo son para la sentencia, que los considera reeditables por solo tratarse de un caso de "tolerancia a los agravios", lo que no se controvierte.

No puede dejar de advertirse que los términos del fallo transcriptos en el presente punto también amplía a todos los hechos anteriores que hubieren constituido causales de divorcio, de lógica comprensión de las injurias invocadas en la reconvención por el menosprecio de trato que fuera precedentemente analizado, aunque al respecto la actora

no los controvirtió como comprendidos en la tesis de la reconciliación.

18) Se rompió la convivencia, con nuevos hechos similares funda la sentencia y son los ocurridos el 13/02/2007, cuyas secuencias quedan evaluadas en el punto 13 del presente voto, con el examen conjunto de las versiones defensivas de la oponente. Con ello, que la negativa inicial de la actora quedó desvirtuada, por haber existido contacto físico con la demandada resultante de sacársela de encima para subir al primer piso y que ésta, recostada en la escalera, bien pudo golpearse con el canto del escalón, con lo que se reputó inadmisible toda desvinculación de la actora del acontecimiento y su resultado.

Sostiene la accionante recurrente que las pruebas del proceso incidental le dan la razón, pero se responde que no existen pruebas en este proceso sobre violencia familiar (expte. N° 80/2007), sino posturas de las partes. La demandada y allí denunciante, incluyendo en los términos del incidente la denuncia que ha quedado incorporada a fs. 174/175 del presente juicio y la actora denunciada, con las argumentaciones de fs. 20/55vta. en dicho expte. N° 80/2007, imputándose recíprocamente la causa origen de los sucesos de "beligerancia" luego vividos por los contendientes.

La causa inicial del conflicto de este día 13/2/2007 no queda probada, en todo caso el fallo define la cuestión con la mención de tratarse de hechos similares, sin especificar que tenga por probada la agresión física directa e inmediata del actor en el cuerpo de la parte demandada. Se desajusta en consecuencia el agravio que impugna desde tal punto de

vista porque se le atribuya el hecho desde esta perspectiva, pero como asimismo se estableciera, tampoco se excluye su participación en el diferendo con el grado en que se acoge la reconvención por injurias, el trato descomedido y agraviante definido en la sentencia.

La agraviada objeta particularmente el certificado médico de fs. 37 por no haber sido objeto de valoración probatoria, pero la objeción resulta improcedente, por cuanto con la audiencia de vista de causa quedaron incorporadas las actuaciones que lo comprende, por lo que como mero instrumento quedó incorporado como elemento de juicio en concordancia con los sucesos que acaban de referirse.

19) La descalificación del criterio del fallo por la antigüedad de la jurisprudencia citada (año 1983), afirmando la existencia de criterios predominantes, no demuestra el error de la sentencia que se ajusta a la casuística en la materia, según las circunstancias del caso que ha rechazado la "purga" de las ofensas por indicar las circunstancias solo una "tolerancia" de mismas.

Por esta plataforma decisoria resultan francamente inadmisibles los criterios preconizados en los puntos 10 y 11 de fs. 308/308vta., con base en una falta de lógica del razonamiento del tribunal respecto a los acontecimientos que desencadenan el final de una relación matrimonial y que frente a la maduración del divorcio, ocurre solo la verificación de la injuria en el momento que resulta vano el intento de continuidad, que es allí donde las injurias adquieren entidad y donde los esposos deciden no tolerar más tales conductas y toda vez que el episodio de violencia cobró

entidad merced a su expreso reconocimiento, anterior a la separación definitiva, no menos de dos años y en el medio "la pareja se reconcilió".

Es evidente que los argumentos impedirían toda defensa a la parte demandada, sobre la base del instituto de la reconciliación que se ha rechazado y en tanto no se agravió, que la sentencia en el transcurso de crisis matrimonial solo entendió la existencia de una tolerancia a las ofensas de la actora.

Por todo lo expuesto se rechaza finalmente que quedara sin sustento la acusación de la sentencia a su parte como corresponsable del divorcio.

Propugno el rechazo del memorial de agravios de fs. 306/309 y se confirme la sentencia de fs. 272/278vta. en todas sus partes en cuanto resulta apelada.

Atento a cómo devienen impuestas las costas en primera instancia, corresponde, asimismo, imponerlas de igual modo en esta Alzada (art. 69, 2da. parte del CPCCCh), sin regulación de honorarios por actuar el presentante actor en su condición de abogado en causa propia (arg. art. 11 Ley XIII N° 4 – antes Ley 2200 – del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores).

Debe tenerse presente la reserva del caso federal.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora reconvenida E.J.C., fundado en el memorial de fs. 306/309 y confirmar la sentencia de fs.

274/278vta. en todas su partes en cuanto resulta apelada.

2) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta en el memorial aludido.

3) Costas por su orden, sin regulación de honorarios del profesional interviniente de conformidad con el considerando respectivo.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Quien abre el acuerdo ha sabido formular, en breve y ajustada reseña, la procedencia formal del recurso interpuesto, permitiendo mantener abierta la instancia a tenor del informe de fs. 306/309, lo que evita su mera reiteración, sin perjuicio de las pautas normativas establecidas para esta etapa procesal, tal como lo hemos señalado reiteradamente.

Tal presentación, de conformidad con los alcances jurisdiccionales, autoriza un detenido estudio de cuanto es objeto de revisión (conf. art. 280 CPr. actual numeración otorgado por el DJ), y a los efectos del eventual acuerdo, seguiré el orden expositivo de mi colega, ya que ha respetado, a su vez, el que le diera el quejoso.

Éste, en primer lugar y los fines de enervar el decisorio en cuanto a la causal de injurias graves que se le atribuyen, cuestiona severamente y con la pasión y vehemencia demostrada a través de toda la causa y de los antecedentes acordelados, que se diga en el fallo fs. 276vta. "...que surge de forma palmaria y manifiesta el trato descomedido que el esposo le prodigaba a la señora S., y ello surge en forma manifiesta de los propios términos de la demanda..." y

aquí interrumpo, ya que respecto a esta cuestión existe por parte del recurrente una crítica puntual, tal como ha transcripto quien me precede en la votación.

Vale en cuanto a dicho tema realizar una serie de consideraciones a los efectos de establecer a la luz de la normativa imperante, doctrina y jurisprudencia, la potencialidad injuriante del escrito inicial en esta materia, recordando que la opinión no es pacífica.

Vale al efecto enmarcar los conceptos jurídicos en juego a la luz de la experiencia y finalmente del caso concreto.

Con razón, en mi consideración, se ha dicho que si bien algunas actitudes pueden considerarse objetivamente injuriosas, el concepto de injurias es sumamente subjetivo y se encuentra influido por el particular lenguaje íntimo desarrollado por la pareja durante la convivencia. De allí la dificultad en la valoración de los hechos de conformidad a la prueba producida, pues de su valoración integral podrá, en algunas circunstancias, establecer las modalidades propias de la convivencia de esta pareja: armonía, comprensión, tolerancia y, ante el conflicto, el grado de distorsión de aquellos.

Recuerdo que en autos "R. de R., M. L. c. R., H. E." (DJ 1989-2, p. 480), la sala F de la CNCiv. confirmó el decisorio de primera instancia que había declarado el divorcio por culpa de ambos cónyuges, en razón de que -como lo analiza el Dr. Gustavo Bossert en su voto- "en éste, como en tantos otros juicios de divorcio, no es posible conocer con precisión las circunstancias que dieron origen a las desavenencias, pues esas circunstancias, que raramente

son atribuibles a uno solo de los cónyuges, se pierden en los ámbitos de la intimidad de la pareja y de ellas, por cierto, no quedan testigos y cartas misivas, ni otras pruebas para traer a un expediente judicial, los actos de los esposos que derivan en su distanciamiento suelen componer un entretejido donde las causas iniciales se confunden; y es por ello que el concepto de "culpas" resulta insuficiente, en la mayoría de los casos, para definir lo que realmente sucedió".

Y en la misma línea dicen Stilerman-de León, "Divorcio. Causales objetivas", p. 69, editorial Universidad, que "...no siempre las actitudes que trascienden son peores que aquellas que sólo son percibidas por el cónyuge al que afectan, la entidad y significación de una actitud injuriosa rara vez puede ser mensurada por terceros, aquello que para algunos es injurioso, para otros carece de tal connotación" y "...los terceros que presencian conductas ajenas carecen de los antecedentes de ellas para poder realizar su evaluación, y sin estos las manifestaciones externas, únicas aprensibles, no son verdaderamente reveladoras de la situación real de los cónyuges toda vez que existe desquicio matrimonial, hay actitudes de cada uno de los cónyuges que agravian al otro sin que sea posible establecer la gravedad relativa de las de uno y otro", por lo cual es "...casi impracticable una imputación unilateral de la culpa". De allí el cuidado y la prudencia en la valoración de la prueba de tales imputaciones.

Afinando el concepto en cuanto a las injurias vertidas en juicio por los cónyuges y defensa en juicio nos dice Solari, Néstor E., en trabajo publicado en: LA LEY 31/03/2008, 8: “La tarea judicial

ha consistido, desde siempre, en determinar el límite de las expresiones utilizadas por los cónyuges durante la tramitación del proceso para equilibrar, por un lado, el derecho de defensa y, por el otro, las injurias realizadas por una de las partes".

Sigue: "En el contexto de los juicios de separación personal y de divorcio vincular, cuando se debaten algunas de las causales subjetivas, las partes —en no pocas ocasiones—, al alegar las razones que motivaron la ruptura conyugal, efectúan manifestaciones exageradas o, peor aun, hechos inexistentes en la relación conyugal. A ello deben sumarse las connotaciones propias del vínculo afectivo y emocional que expresan los esposos en el respectivo expediente, cuya realidad no puede ser soslayada a la hora de juzgarse las expresiones por ellos utilizadas. La tarea judicial deberá, ante tales circunstancias, 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 efectuó para aportar elementos de convicción al juzgador o simplemente si ellas tienen como finalidad manifestar infundadas ofensas a su consorte".

Continúa, recordando que existe una postura doctrinaria y jurisprudencial que no tolera los excesos y manifestaciones vertidas por las partes, amparadas en el derecho de defensa.

Y advierte que: "Sin embargo, no es aconsejable en materia de divorcio, en donde el derecho de defensa de las partes exige extremar las interpretaciones para evitar que los hechos —muchas veces producidos en la intimidad del hogar y de la pareja— impidan a las partes alegarlos en el proceso,

dada la dificultad que puede originar la demostración de los mismos".

De ahí que propicia compartirse el criterio según el cual la naturaleza de los hechos que se debaten en los juicios de divorcio o las imputaciones desagradables son parte necesaria e inevitable en el pleito y, por consiguiente, toda afirmación lesiva o toda expresión de hechos menoscabantes no se convierten automáticamente en injurias, pues una interpretación tan estricta impediría a las partes la libre defensa de sus derechos.

Existen muchos precedentes en los que se alegó que no pueden cerrarse los ojos a la realidad hasta el punto de considerar culpable a quien, en el calor de la contienda judicial, va más allá, en la calificación de los hechos, de lo que el rigor interpretativo de los preceptos permite.

Por ello, las expresiones injuriosas que se dirijan entre sí las partes durante la tramitación del juicio de divorcio no constituyen por sí solas causal suficiente para el pronunciamiento de la separación personal de los cónyuges que no puede ser formulado en virtud de circunstancias ajenas a la vida conyugal.

Debe tenerse en cuenta que no se trata de sancionar expresiones que con términos inadecuados describen hechos o situaciones reales, o que aisladas en su contexto encierran conceptos de severa crítica o reproche, pues es natural que quien reclama el divorcio se sienta —con razón o sin ella— agraviado. Y es también comprensible que acentúe el significado de hechos o conductas. Tampoco es cuestión de probar hasta

el detalle todas las alternativas de una vida matrimonial y todas las circunstancias que llevaron a su frustración.

De acuerdo con ello, opino con aquel autor que para que constituyan injurias y configuren la causal de divorcio, tales expresiones vertidas en el proceso deben ser graves, efectuadas con propósitos difamatorios, muy evidentes, con el único objeto de injuriar, agraviar, zaherir o solamente para mortificar al otro cónyuge, de modo tal que pueda derivarse, por parte del juzgador, que ellos hayan sido introducidos de mala fe o con ligereza o negligencia culpable, a tal punto que afecten innecesariamente la dignidad del cónyuge y que hayan excedido los límites de la defensa.

En consecuencia, las injurias vertidas en el proceso de divorcio debe ser juzgado con criterio restrictivo y en forma excepcional, pues de lo contrario podría llegar a afectarse la garantía de la defensa, o al menos encontrar disminuido tal derecho, que en estas cuestiones debe prevalecer por encima de otros aspectos. Todo, sin perjuicio que se muestren como un indicio de un comportamiento mas grave, como ocurrió en autos, contribuyendo a configurar la causal tras la valoración de toda la prueba adquirida.

Aclaro que refiero al concepto de indicio siguiendo a Hernando Devis Echandía en la obra anotada por Adolfo Alvarado Velloso, "Compendio de pruebas judiciales", ed. Rubinzal Culzoni, 1984, t. II, pág. 309 cuando enseña que "...los indicios pueden llevarle al juez la certeza sobre el hecho o únicamente el concepto de su probabilidad o verosimilitud. En el primer caso los indicios contingentes o el indicio necesario, constituirán plena prueba; en el segundo, se

tendrá una prueba incompleta que apenas hace al hecho investigado verosímil o probable, pero se puede perfeccionar con la ayuda de otros medios... si no se llega a ésta debe desecharse...”.

Así, respetuoso de la opinión de mi colega preopinante, introduzco una variante, esto es: el escrito en sí mismo no puede considerarse agraviante sino que sólo marca un estilo agresivo y pasional que en otro contexto puede configurar la causal de injuria grave, pero sí puede esconderla y en la valoración con el resto de la prueba ayudar a definirla, que es lo que en definitiva ha ocurrido.

Tal jerarquía probatoria se va alcanzando con la confrontación de este acto con las presentaciones del recurrente en causas que obran acordeladas y sus consecuencia judiciales consentidas y se consolida con las referencias personales contenidas en la carta documento de fs. 41. Y a ello se deben sumar las constancias testimoniales que conforman una opinión concordante luego de una cuidadosa y restrictiva apreciación en razón de la naturaleza del medio probatorio, las generales de la ley y la naturaleza de la cuestión debatida.

En la misma línea de opinión se ha resuelto en autos "S., A. O. c. I., F. M. s/ divorcio" (ED, T. 204, p. 253), por la sala H de la CNCiv. que confirmó, el 17/3/03, la sentencia que admitió la demanda y rechazó la reconvención analizando que “para tener por configurada la causal de injurias graves la valoración de la prueba quedó restringida a la comprobación del trato desconsiderado u hostil de parte de la esposa en lo que hace a la impugnación introducida a todo evento por encontrarse los testigos

incursos en las generales de la ley, dado que son amigos íntimos y compañeros del actor de la escuela primaria y secundaria, cabe recordar que reiteradamente se ha afirmado que en la materia que se debate en estos autos son precisamente los allegados a las partes, por su vinculación con éstas, los principales conocedores de los hechos, por lo que puede otorgarse credibilidad a sus declaraciones".

Que el temperamento rector en esta materia es el de que los testimonios no deben ser evaluados aisladamente, uno por uno sino que corresponde aprehenderlos en cúmulo que es la manera más racional de obtener un panorama de conjunto única forma de aquilatar el clima en que se desenvolvieron las relaciones conyugales y poder imputar la responsabilidad respecto de las conductas que imponen jurídicamente la separación.

Y, vale aclarar que lo dicho no pierde vigencia por distinguir quién aporta la prueba, tal como le he manifestado reiteradamente a la sentenciante en casos análogos, ya que se impone principio de adquisición procesal y según éste las pruebas quedan adquiridas para el juicio con independencia de quién las ofrece o produce (ver v. gr. CFed., San Martín, sala II, 1998/09/22 - B., J. O. y otros c. Danal S.A. en Rev. La ley de 2000/05/24, pág.7, fallo 100.285, con nota de Javier Indalecio Barraza).

Ahondando el concepto dicen Colombo-Kiper en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado", ed. LL 2006, t. IV, pág. 25, p. II: "Como expresa Costa (Manual, p. 305), en virtud de dicho principio cardinal del sistema probatorio las fuentes de prueba se sustraen a la parte

que las ofreció o produjo y quedan adquiridas en el proceso. Así, por ejemplo, si una parte acompaña un documento, el adversario puede servirse de él para probar hechos que lo favorezcan. Otro tanto ocurre, desde luego con la prueba válidamente adquirida de oficio por el juez".

Agregan más adelante que la prueba ya producida no puede ser desistida sin conformidad de la contraria y salvo las atribuciones que le corresponden directamente al juez.

Y sientan como principio que: "En virtud de la adquisición procesal, cuando los hechos esenciales y contradictorios de la causa están acreditados, es indiferente examinar a cuál de los litigantes correspondía probar. Contrariamente, ante la insuficiencia o ausencia de evidencias, es necesario recurrir a los principios que ordenan la carga de la prueba y fallar responsabilizando a la parte que, debiendo justificar sus afirmaciones, no llegó a formar convicción judicial acerca de los hechos controvertidos.

El informe técnico del ETI corrobora el desquicio matrimonial, sus consecuencias y las actitudes agraviantes de un esposo al otro justificando así la solución judicial de la causa acordelada por violencia familiar que quedó firme. No se ha cuestionado ni la existencia ni el alcance de la influencia nociva de tales desavenencias manifestadas en palabras, gestos, violencia física y moral en presencia de terceros y, mucho más grave, de sus hijos. Todo absolutamente acreditado.

Mal puede, a la luz de la prueba adquirida e invariable negativa de la demandada ni aún

presumir que en algún tiempo anterior y posterior del retiro del actor del hogar haya existido "reconciliación" con los efectos que le pretende otorgar el recurrente. Ha quedado en claro que los viajes familiares solo han sido una mera tregua, relativamente pacífica y sin finales felices aunque sea temporales, ya que no se reanudó la convivencia al fin de cada uno sino que por el contrario se reavivó la crisis a límites insostenibles con peligro cierto para el desarrollo integral de los menores inocentes.

Invocado el presunto "perdón" por las ofensas, en primer lugar se reconocen efectuadas y en segundo lugar no ha invocado ni probado la reinstauración plena de la vida conyugal y se encuentra reconocido el hecho objetivo de la continuidad de la separación de hecho.

La reconciliación sólo tiene el efecto de extinguir la acción si media una manifestación de voluntad expresa de los cónyuges o si resulta tácitamente de su conducta. En ese orden de ideas, la reconciliación será expresa cuando así lo manifiesten por escrito o verbalmente los cónyuges y tácita cuando se reanude la cohabitación, tal como establece el art. 234 del CCiv. Si bien puede mediar reconciliación sin reanudación de la cohabitación -como sucede por ejemplo en la hipótesis de hallarse uno de los cónyuges en prisión o distanciado por razones laborales- si ambos exteriorizan fehacientemente la reconciliación, para que se configure la reconciliación tácita -que es la invocada en autos- es menester que se pruebe la intención de los cónyuges de reanudar la vida en común a través de conductas o actitudes inequívocas o porque media efectiva cohabitación (ver v. CNCiv., sala M,

2008/03/01 – "M. H.O. c/ R. N. B. s/ divorcio"- publicado en Microjuris.com conforme cita: MJ-JU-M-25157-AR - MJJ25157 - MJJ25157).

En "Lectura moderna de la separación de hecho entre cónyuges", por Morello, Augusto M., publicado en: LA LEY 2008-F, 380, refiriendo al asunto que nos preocupa con sobradas razones concluye: "Si no se vuelve a vivir juntos como antes en prioridad el matrimonio continúa en crisis y no hay reconciliación. No se entra, ni se sale a medias de esa noble institución. Es hipocresía sostener lo contrario y de ficciones no se alimenta el lazo espiritual tan delicado y responsable".

Que el demandado haya intentado convencer a su mujer para que regresara al hogar poco después que ésta se alejara del mismo, no implica ni un perdón ni la reconciliación, como hecho extintivo de las causales de separación existentes con anterioridad a ese momento, pues, para que ello pueda concretarse es necesario su exteriorización por la reanudación de la convivencia (ver v.gr. C2ª CC La Plata, sala II, setiembre 23-982 — "Q., R. R. c. C., N. A." - Rep. La Ley, XLII. A-I, 947, sum. 34).

Y es que la separación de hecho, según el doctor M., "...produce una situación por demás anómala e irregular, ya que del matrimonio sólo queda la cáscara y el título, pues la esencia y núcleo de aquél (comunión de afectos, colaboración recíproca y ayuda mutua) ya no existe. No es posible, entonces, juzgar estos casos como si estuviéramos ante una convivencia normal y nada hubiese acontecido entre los esposos..." (ver "Familia, matrimonio y divorcio", ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 333).

Aún situaciones en las conviven en el mismo inmueble han permitido discernir que el hecho de continuar habitando el inmueble común, a pesar de que exista separación de hecho, puede responder a otros motivos, diferentes al económico –como puede ser, señala la autora de la nota, por ejemplo, el bienestar de los hijos, su estabilidad, o el cuidado de la "apariencia" en el ámbito social-. Así lo afirma M., quien además reconoce que cohabitar significa hacer vida marital, la que implica convivencia entre un hombre y una mujer "como si estuviesen casados". Por ello, "... no se materializa la convivencia matrimonial por la sola circunstancia de residir los esposos en una única vivienda... Compartir una casa, en síntesis, de ningún modo es índice revelador de que haya cohabitación, único elemento distintivo dispuesto por el legislador para determinar la inexistencia de la separación de hecho...". (ob. cit., p. 314). Ello, en virtud de que puede convivir una persona con sus padres, hermanos, hijos, incluso amigos, sin que esa situación implique la existencia de vida marital.

En doctrina, algunos autores —Vidal Taquín ("Causales objetivas de separación personal y divorcio" en Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 814), López del Carril ("Régimen del matrimonio, separación personal y divorcio. Ley 23.515", ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 217 y sigtes.), L. y U. ("Separación personal y divorcio", Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 246)— consideran que la causal de abandono se configura a pesar de que los esposos habiten en el mismo inmueble. Los doctrinarios mencionados en último término manifiestan que puede haber incluso abandono de hecho (no sólo

separación de hecho, decidida de común acuerdo), cuando uno de los esposos decide continuar habitando en el mismo techo sin prestarse a la convivencia con el otro (ob. cit., p. 246).

Asimismo, y reafirmando el concepto se ha afirmado que "... la simple convivencia bajo un mismo techo no importa reconciliación, si la actitud de los cónyuges revela una continuidad de la ruptura viviendo en dormitorios separados..."(MIZRAHI, Mauricio L., ob. cit., p. 312 y sigtes.). Vidal Taquini afirma que "no es suficiente la mera apariencia, siendo necesario que los hechos exterioricen en forma clara e indubitable el propósito de reanudar en su integridad la vida en común" (ob. cit., p. 814).

Se ha manifestado que no hay interés social en mantener unidos a matrimonios que sólo existen como una mera apariencia exterior, pero que no mantienen vida en común, pues constituyen una simple cáscara vacía (ver LLOVERAS DE RESK, María, "La separación de hecho prolongada como causal de divorcio", JA, 1988-III-764).

Abundando en la eximente intentada, parte de la doctrina (ver v.gr. FERNANDEZ, María J., "Cohabitar: algo más que fijar un domicilio común", en la Revista de Derecho de Familia, Ed. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003-II-46) reconoce que cohabitar es algo más que fijar un domicilio común y vivir bajo el mismo techo, ya que esto último no es un fin en sí mismo, sino el marco en el que se desenvuelven normalmente las relaciones conyugales. Si esa convivencia se presenta desprovista de contenido por haber fracasado irremediablemente el proyecto en común de los esposos, parece un sinsentido sostener que

la misma conserve relevancia jurídica, ya que el proyecto de vida que los unía ha desaparecido (ver "Cohabitación y separación de hecho", Pietra, María Luciana, publicado en: DJ on line Exclusivo y COSTA, Patricia M., "Cuando nuestra casa es nuestra pero ya no somos nosotros", en Rev. de Derecho de Familia N° 10, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, ed. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 168).

Con lo dicho, en mi consideración basta para proponer al acuerdo la desestimación de tal defensa que autoriza a sumar a la prueba ya admitida la que refiere a acontecimientos de violencia física, reconocida, más allá de que se la pretenda minimizar con "buena pluma" pero sin resultar convincente. No hubo ni habrá necesidad de lesionar para salvar una contingencia como la vivida y más allá del grado de provocación que emerge del relato. Las declaraciones que se acompañan al respecto resultan, por lo heteróclito de su ofrecimiento, inadmisibles.

Nuestro más Alto tribunal ha decidido que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una e las argumentaciones de las partes, sino solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CS Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc). Como que tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que resulten apropiadas para resolver el caso (CS Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, entre muchos), por lo que deberá inclinarse por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa.

Importan, en definitiva, y dentro de tal

marco jurisdiccional al decir de Aragonés Alonso, los hechos "jurídicamente relevantes" (ver "Proceso y Derecho Procesal", ed. Aguilar 1960, pág. 971, párr. 1527), o "singularmente trascendentes" como los denomina Calamandrei en su trabajo "La génesis lógica de la sentencia civil" en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.; todo en CNCiv., sala D, 2005/03/17 – Transeuropa Video Entertainment San Luis SA c. Brihet e Hijos SA- Rev. LL de junio 1-2005, 12, fallo 108.984). De allí que las circunstancias alegadas por el actor en cuanto a la conducta procesal de la demandada en las oportunidades que señalan resultan ajenas a esta revisión, además de extemporáneas.

Teniendo presente la reserva del llamado "caso federal", concuerdo en lo fundamental con quien me antecede en el voto, estableciendo las costas de la alzada por su orden, sin regulación de conformidad con lo propuesto en el voto que antecede.

A la segunda cuestión del Dr. Alexandre dijo:

Al haber concordado en lo fundamental con el voto del Dr. Nahuelanca, reitero su fórmula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora reconvenida E.J.C., fundado en el memorial de fs. 306/309 y confirmar la sentencia de fs.

274/278vta. en todas su partes en cuanto resulta apelada.

2) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta en el memorial aludido.

3) Costas por su orden, sin regulación de honorarios del profesional interviniente de conformidad con los considerandos respectivos.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro.06 DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"