En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil diez, 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 de su titular Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R., I. Y. c/ O., J. E. s/ DIVORCIO VINCULAR", expte. nro. 500/09,** venidos del Juzgado de Familia nro. 2 (expte. nro. 545/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 121), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 84/87vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Por sentencia de fs. 84/87vta. decreta el divorcio vincular de las partes y por culpa exclusiva del esposo al considerar acreditada la causal de injurias graves pero no la de abandono voluntario y malicioso. Asimismo, rechaza la reconvención opuesta por la demandada; declara disuelta la sociedad conyugal; ordena las respectivas inscripciones y condena en costas al vencido, regulando los honorarios de los profesionales actuantes.

La resolución en cuestión es apelada por

el accionado reconviniente a fs. 94 a tenor del informe de fs. 109/115vta., siéndole contestado a fs. 117/118. A fs. 95 extiende su queja sobre la fijación de honorarios por altos.

La imputación de la recurrente no tan sólo recae sobre la presunta errónea valoración probatoria testimonial, sino que la a quo refiere a hechos que no fueron alegados al inicio ni invocados como hechos nuevos, cuestionando severamente a una de las testigos. Tras sus argumentaciones defensivas, insiste en su postura inicial.

La a quo a modo liminar refiere a la causal de injurias graves recordando la frase que usaba, en junio de 1958, el doctor Argentino Germán Barraquero, repetida en numerosos escritos judiciales y sentencias que proviene de una inteligente idea y por ello su perduración, en consecuencia merece su cabal comprensión a los fines de subsumir los hechos afirmados a tales pautas en razón de las graves consecuencias que importa su configuración para quien resulte culpable.

Y es que, tal como advierte Xanthos: cuando al juez se le invita a valorar hechos que se pretende que hieren las justas susceptibilidades de quien se dice ofendido, dependerá de qué susceptibilidades se trate. No hay un cartabón único y definitorio. De donde la frase en sí misma no es una abstracción, de aplicación universal e invariable. Lo que para unos puede ser una seria ofensa que hiere el punto de honor más delicado, para otros sería un comportamiento que apenas roza una incomodidad insustancial, por ser su trato diario y acostumbrado el de gentes de piel y sentimientos duros, sin mucha

educación superior, o bien habituadas a un léxico y unas conductas avanzadas en el desprejuicio. De ahí que los jueces, que son personas preparadas, cultivadas y de roce medio alto, deban aplicar el concepto con suspicacia y no por generalidades o por el propio sentir, o por lo que a ellos mismos habría de significar una modalidad o modo de ser en la vida compartida. Qué es lo que hiere esas susceptibilidades, para que ellas fueren justamente defendidas en el estrado judicial, debe considerarse por las diferencias, por las variedades interhumanas y por los caracteres, no por unas concepciones absolutas ni por un término medio, ni siquiera según el estándar de un buen cónyuge en la familia corriente, de un hombre y mujer común, correctos y cumplidores, u otro similar. La frase, entonces, no aporta mucho si a la vez no se mide el tono real de su aplicación al caso (ver "Concepto de injurias graves y de las vertidas en juicio. Atribución del hogar conyugal", publicado en: LA LEY 2000-A, 487). Así, se advierte escaso el aporte probatorio a los fines expuestos, pero aún más si se ajustan a los hechos concretos afirmados en la demanda. Téngase en cuenta que de la testimonial adquirida tan solo se obtienen datos imprecisos y vagos, obteniéndose certeza tan sólo de un clima de desarmonía previo a la separación de hecho y en su relación posterior hasta el presente.

Queda fuera de esta revisión, por consentimiento tácito de la accionante a las conclusiones desestimatorias de la a quo, el imputado abandono calificado previsto en el art. 202, inc. 5°, sin que la mera referencia de fs. 118, 1er. párr., nos dispense de los límites jurisdicciones que marcan el

contenido del recurso y el interés de las partes.

La cuestión solo versará sobre la aún cuestionada causal de injurias graves y en tal sentido aún colocándonos en la postura más flexible y aceptando, como lo sostuvo Díaz de Guijarro "cuando se imputa al otro cónyuge la realización de injurias graves, la alegación genérica de la comisión de esas injurias, hace innecesaria la previa exposición de cada una de ellas, siempre que medie una relación de antecedentes que evidencie la quiebra de la relación conyugal" (ver “La alegación genérica de la causal de injurias graves en el juicio de divorcio” en JA, 67-866). Claro, que como lo ha sostenido Belluscio, esto no es así en forma absoluta, ya que por la variedad de hechos que pueden configurar injurias, es necesario por lo menos la alegación genérica de los mismos (Belluscio, “Derecho de familia”, t. III, p. 476, n° 841, en cita Carlos Lagomarsino, "Juicio de Divorcio", Hammurabi, p. 215, ps. 216/217) y de tales se requiere prueba asertiva relacionada con aquellos hechos supuestamente configurantes.

Así, y volviendo a la prueba adquirida, se ha dicho que en este tema, al igual que en la prueba de la mayoría de las causales de divorcio, las testimoniales son decisivas, porque son quienes están de algún modo cerca de los esposos, por su parentesco, amistad o relación laboral, los que pueden advertir el trato, la relación que existe entre ellos.

Y que si bien existe aporte de datos significativos que rozan algunos de los imputados, sobre todo el mal trato, a poco de ahondar la razón de los dichos se advierte el conocimiento referencial, la parcialidad, la vaguedad, la imposibilidad de otorgar

certeza a los fines de una conclusión clara y cierta. La separación debió ser fruto de las desavenencias, pero de allí arrostrar a alguno en particular haberlas generado es imposible por insuficiencia probatoria.

La sentenciante a relativizado su ineludible compromiso de verificar con estricta prudencia los dichos de los declarantes y valorarlos a la luz de las pautas que otorga la sana crítica, de conformidad con los hechos imputados en la demanda y respecto a los que la parte involucrada ha tenido oportunidad de defenderse, todo conforme los principios del debido proceso.

Allá se afirmó y con promesa de prueba que el demandado durante toda la relación matrimonial ejerció violencia psicológica sobre ella, tratándola con menosprecio, denigrándola como ser humano y fundamentalmente como mujer.

Que nunca aceptó la discapacidad que sufre uno de sus hijos culpándola a ella de la misma.

Que tras períodos de idas y venidas del hogar conyugal, finalmente el demandado se retiró en forma definitiva. No obstante la visitaba para mortificarla ejerciendo violencia moral sobre todo el grupo familiar.

Que luego del abandono no los asistió económicamente. Lo que motivó la intervención de la Asesoría de Familia y en audiencia del 20/03/2006 se comprometió a abonar la suma de cien pesos con más las asignaciones familiares.

Que es objeto de amenazas con la pretensión de vender el inmueble en el que convive con sus hijos. Que dio de baja la línea telefónica de la que se servían y sin previo aviso, máxime teniendo en

cuenta la permanente atención que requiere el menor I. por su estado de salud. Y es todo (ver p. III de fs. 9/10).

Teniendo en consideración que se ha consentido el rechazo de la causal de abandono, nos interesa señalar que fueron negados todos los hechos afirmados en la demanda, salvo el referido al corte de la línea telefónica de manera inconsulta. Volveré sobre ésta última cuestión.

No existe imputación alguna referida a que la accionante haya sufrido malos tratos físicos, golpizas, caídas etc. imputables a su esposo durante o después de la cohabitación. Lo dicho desmerece la atención que le brinda la a quo a los dichos de S. I., cuando además de no conformar la plataforma fáctica a acreditar, no aporta precisiones al respecto y si en realidad vio moretones, confrontando todos los demás datos obrantes en la causa no se encuentra relación alguna con la conducta investigada. Todo sin olvidar que una gran parte de los datos que brinda esta testigo son referenciales, como ella misma confiesa en su deposición y que conoció a la accionante luego de la separación. La parcialidad de sus dichos resulta justificada dado el rol que desempeña en la vida de aquella.

Las otras declaraciones resultan insuficientes para otorgar certeza respecto de la configuración de una causal de divorcio máxime por sus graves consecuencias, lo que autoriza a exigir prudencia en estrictez en su valoración, ya que la flexibilidad está en el acogimiento de los dichos de los más cercanos a la pareja, pero no en cuanto a la sinceridad de sus dichos, muchas veces afectados de

parcialidad y otras veces por subjetivar actitudes por ser extrañas a las nuestras.

Hemos recordado, en circunstancias similares citando, v. gr., a 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 manifestación 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 lo expuesto la exigencia de prueba cierta y de suficiente entidad y de ningún modo la lectura de un circunstancial mensaje de texto, sin prueba complementaria de su real origen y sin otros elementos corroborantes que confrontados a otras pruebas marquen alarmante una conducta agraviante o por su entidad que ella en sí misma lo es, baste como lo pretende la a quo a través de un hecho casual relatado por U., máxime cuando los hechos acerca de los que depone son posteriores a la separación, ya que no los conocía de antes. Sin perjuicio de una serie de referencias de “oído”, absolutamente inaudibles.

Resulta curioso, que cuando se exige la conformación de toda la testimonial aportada y la exigencia de fundar el desinterés por alguno, se los ignore sin más cuando aportan datos de suma importancia para la causa a la luz de lo afirmado y lo omitido. Y es que lo omitido por la accionante es de gran relevancia y que lo adelantado por el padre de las menores ha quedado absolutamente confirmado con los testigos descartados por la a quo, esto es, las hijas del matrimonio se han alejado de su madre y conviven, al menos la mayor con su padre, pero no es todo, también dan cuenta de un carácter generoso, no irascible y preocupado por la salud de su familia, con especial cuidado del hijo que convive con su madre. Que hace los aportes correspondientes a una obra social para atención integral de I. y que el dinero que aporta a su esposa desde la separación de hecho es muy superior a la que se denuncia en la demanda. De allí, que el presunto desamparo económico pierde entidad (escuchar y cotejar con los señalados en el fallo los testimonios de M. O. C., R. I. A.; D. C.; J. A. S. y D. L.).

Lo que sí se rescata es el empeño de la pareja en superar situaciones con el máximo empeño, con dedicación y trabajo, sin horarios y merecido descanso, la confesional del demandado es elocuente. Pero tal sacrificio no reportó felicidad sino desencuentros y ya en plena crisis el alejamiento físico y espiritual. Así, resulta inaceptable cualquier presunción de culpa exclusivamente atribuible a alguno de ellos y dado el transcurso del tiempo receptar el mutuo pedido de divorcio vincular por la causal objetiva del 214 CCiv. y es lo que propongo al acuerdo previo revocar

parcialmente los puntos 1, 2, 5 y 6 del fallo impugnado, desestimando la demanda de divorcio intentado por la accionante por las causales subjetivas invocadas; hacer lugar a la reconvención y, en consecuencia, decretar el divorcio vincular de las partes; las costas, conforme lo resuelto, se imponen por el orden causado y se torna abstracta la queja por los fijados. Se difiere adecuación de honorarios al momento del acuerdo, en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la Ley XIII-N° 4.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1) Acoger los agravios de la demandada reconviniente revocando los puntos 1 y 2 de la sentencia de fs. 84/87vta. y, en consecuencia, se rechaza la demanda de divorcio por las causales subjetivas imputadas al demandado, haciéndose lugar a la reconvención por divorcio vincular y por la causal objetiva prevista en el art. 214 del CCiv., todo conforme los considerandos pertinentes.

2) En razón de lo resuelto, las costas de ambas instancias corren por su orden y se torna abstracta la queja por honorarios., difiriéndose su nueva regulación al momento del acuerdo.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia a fs. 84/87vta., hace lugar parcialmente a la demanda y decreta el divorcio vincular de I. Y. R. y J. E. O., por culpa del marido y por la causal de injurias graves (art. 202, inc. 14, en función del art. 214, inc. l, del CC. Rechaza la reconvención de conformidad con el considerando respectivo. Declara disuelta la sociedad conyugal al

día 9 de junio de 2008, sin perjuicio del derecho de terceros de buena fe (art. 1306 CC). Regula honorarios de los profesionales intervinientes.

El demandado J. E. O. apela en propio derecho y con patrocinio letrado la sentencia a fs. 94 y a fs. 95 apela por altos los honorarios regulados. Los recursos se conceden a fs. 97.

En los agravios de la recurrente (fs. 109/115vta.), luego de mencionar las causales que se le imponen, sostiene que no responden a la realidad y se contraponen a la declaración confesional de la actora. Sostiene la inexistencia de prueba a la recepción de hechos en la sentencia que no fueron invocados; que no surge de la confesional ni de la prueba testimonial que resulte violento y que la testigo I. cometió falso testimonio. Señala las exigencias de la prueba –cita jurisprudencia– e impugna la trama reconocida por la sentencia que no pueden ser conocidas –dice- por la Sra. Juez y se ve en la situación de distribuir las culpas. Destaca la falta de evaluación de la testimonial de A. y alude a circunstancias de la causal de injurias graves sobre las exigencias de la prueba. Señala que su postura no fue reconvenir para poner límites a las injurias, sino que a fin de dar por terminado el vínculo matrimonial se reconozca la situación real en forma adulta y responsable y que lo mejor era disolver el matrimonio por la separación de hecho por más de tres años sin voluntad de unirse. Niega, por otra parte, las injurias graves acusadas en la acción y sostiene que no se encuentran acreditadas, como algún trato violento, ya que los testigos no demuestran haber tenido trato cotidiano y personal con los cónyuges y las denuncias ante la policía o el

Ministerio Fiscal no alcanzan ningún extremo probatorio; que tampoco ha habido incumplimiento de sus deberes asistenciales para con su cónyuge e hijos y de hecho en la actualidad la hija M. A. vive con su parte. Cita sucesivos fallos de jurisprudencia sobre los recaudos probatorios que exigen las causales invocadas y reitera la insuficiencia de los dichos de los testigos M. T. U. y S. I.. Destaca a contrario las testimoniales de R. I. A. de conocimiento de su persona durante muchos años, de tener un trato correcto y afectuoso. Alude finalmente a la necesidad de que la prueba se valorice en su conjunto y alertando sobre los dichos testimoniales de "oídas" o de conceptos y peticiona se rechacen las causales invocadas de injurias graves y se atienda a la realidad de la separación del matrimonio que sin previa decisión jurisdiccional quebraron el deber de cohabitación tipificándose lo normado en el art. 214 CC. Asimismo, se revoque el fallo y se decrete el divorcio en concordancia.

A fs. 117/118, la parte actora contesta los agravios. Peticiona el rechazo del memorial como que carece de crítica concreta y razonada, advirtiendo que la contraparte formula a lo largo del escrito la crítica de la prueba, entendiendo que la actividad se encuentra preclusa. Sostiene que el solo disentir con los fundamentos del fallo es mera disconformidad pero que carece de entidad modificante. Cita doctrina. Subsidiariamente contesta los agravios y reafirma las conclusiones del fallo, entendiente que el Juez puede inclinarse en la apreciación de la prueba por aquélla que le merezca mayor fe, que lo que expone la contraparte es solo una voluntad contraria a la del

fallo. Sostiene la existencia de injurias graves no solo antes sino después de la separación producida por exclusiva voluntad del demandado. Sostiene que en todo caso el abandono voluntario y malicioso constituye una injuria grave y se encuentra tácitamente prevista en el art. 2002 CC. Entiende reconocida por el demandado y lo confiesa que la separación obedeció a causas que hacían imposible la vida en común y que fue él quien decidió interrumpir en el mes de mayo de 2005 la cohabitación con la parte actora. Peticiona finalmente la confirmación de la sentencia.

Examinada con detenimiento la audiencia de vista de causa, advierto que se produce una notable inflexión en los alcances de las causales invocadas, no advertida en la sentencia. Esta estima aplicables principios generales que en aquellos supuestos en que se peticiona el divorcio vincular por una causal subjetiva y la otra parte reconviene con fundamento en una causal objetiva, corresponde merituar en primer lugar si la causal subjetiva se encuentra acreditada y en caso de no ser así, corresponde el tratamiento de la causal objetiva.

Sin perjuicio de los principios de doctrina y jurisprudencia que en la hipótesis precedente me he expedido en causas precedentes, que no se compadecen con lo expuesto por la Sra. Juez, advierto que en los presentes actuados, la actora al exponer en su alegato de cierre de vista de causa, invoca solo la existencia de la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar, que sostiene reconocidas por la demandada y, asimismo, en la prueba confesional y que dicha conducta se encuentra implícita como injuria en el art. 202 CC, que también SS lo

advertirá como la presunción que de antemano ofrece la causal respecto a la voluntariedad y maliciosidad del abandono y que corresponde a la abandonante destruir.

No obstante, la variante direccional de la acción incoada por la actora –recordando que las manifestaciones del alegato pueden configurar allanamiento o desistimiento parciales (cf. Palacio "Derecho Procesal Civil", T. VI-204, parág. b, ed. Abeledo Perrot año 1977), la sentencia aborda lisa y llanamente la causal de injuria, que la accionante consiente olvidando su alegato donde solo mantiene el abandono del hogar, como comprendido, asimismo, en el art. 202, inc. 4, CC, consentimiento que ratifica al sostener la sentencia a fs. 118 y cuando señala "…sin perjuicio de lo resuelto por la Juez de la instancia respecto de la causal de abandono voluntario y malicioso imputada por esta parte al demandado, debo referir que la misma aun cuando se encuentra tácitamente enumerada en el art. 202 del Cód. Civil, constituye una injuria grave en los términos del mismo artículo" (fs. 448).

La sentencia define cabalmente a fs. 87, 2do. párr., con el material puesto en controversia, que no ha de admitir la causal de abandono voluntario y malicioso del art. 202 inc. 5 CC. Se agrega, entonces, como consentimiento, que la propia actora lo tiene como "sin perjuicio" de lo expuesto. Por ello y en ausencia de toda apelación, resulta improponible que aun subsiste la causal en el marco de la injuria y desde que en todo caso, nunca propuso tal tesis en la demanda (art. 280, Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico – antes art. 277 CPCCCh).

En su tesis, la sentencia solo trata la

causal subjetiva de injurias, cuyas conclusiones sí pueden ser impugnadas por la accionada en esta Alzada, sin que haya precluido la oportunidad como lo sostiene la actora contestante, ya que con la sentencia dictada y las constancias probatorias que atiende se legitima el derecho a la crítica sobre la evaluación de la prueba.

El análisis de la causal de injuria como eventual razón de la actora de no haber dado causa a la separación de hecho, tiene como invocación de las hechos acusados durante el matrimonio la violencia psicológica, denigración de la condición de mujer y que nunca fue valorada como tal (demanda a fs. 9vta.). Similares acusaciones planteó en la denuncia policial a fs. 6.

No puede, sino en principio, observarse la amplitud de las acusaciones invocadas, sin la determinación de hechos puntuales a los fines de la merituación de calificaciones comprensivas de la repetición de hechos configurantes de las injurias acusadas. Por ello, no se ajusta a derecho escudarse en la dificultad de la prueba, que mínimamente requería la singularización de los hechos fundantes de la injuria.

En cuanto a las testimoniales, R. C. A. responde que comenzó el contacto con la actora en el mes de mayo de 2005 y en el mes de junio las cosas se complicaron no conocía al matrimonio con anterioridad al año 2005, por lo que a su respecto no pueden considerarse corroboradas conductas que conlleven respuesta a las acusaciones de la actora. Cuando es preguntada concretamente que problemas tenía en su hogar, con el papá de sus hijos y que tenía temor, que las cosas no estaban bien en el matrimonio. Cuando dice

que ha visto cosas difíciles, es evidente que responde a las referencias de la propia actora en su rol de vecina y asistente de la Sra. R., pero adviértase que por lo demás manifiesta que la realidad del momento no la puede decir y que no presenció amenazas. En conclusión, del presente testimonio no puede extraer una conducta precedente del marido durante el matrimonio que la testigo no conoce, de violencia psicológica y denigración de la esposa, marco éste en que tampoco se han invocado hecho puntuales que justifiquen estos extremos. El testigo J. A. S., responde que conoce a las dos partes, a la Sra. R. desde chico y a O. desde que se casó, que los padres de I. son sus padrinos, y que en encuentros familiares (comidas) el trato era normal. D. L. L., que manifiesta tener amistad con la actora, responde en lo puntual que ella tenía problemas con el esposa, que la maltrataba, pero cuando es preguntado si vio el maltrato responde que no.

S. I., tía de la parte actora, responde que la convivencia era mala, que el marido la golpeaba, pero cuando es preguntada concretamente respecto a este hecho, responde que se lo dijo la "Y.".

D. E. C., vecino de las partes desde el año 1983, considera al carácter del marido como correcto y normal y no sabe si maltrataba a la esposa, que actualmente el marido vive en la casa de la madre y que desde abril o mayo de 2005 antes parecía que ya andaban mal, porque O. se quedaba en la casa de la madre; que desde mayo de 2005, éste le dijo que se había divorciado.

I. R. A., que señala que conoce al demandado de largos años, contesta que nunca vio

maltrato con la esposa.

Frente a todo lo expuesto no puede recepcionarse la existencia de una prueba cierta de injurias en torno a una conducta de violencia psicológica y de denigración de la mujer, sin hechos concretos que la funden y en cuanto a la supuesta gravosidad de la conducta señalada por la tía de la actora, haber golpeado a la parte actora, la misma Sra. R. responde a fs. 7 que nunca fue golpeada. Mal considera en consecuencia la sentencia a fs. 86vta., los dichos de la testigo y tía de la actora, cuando recepta que una vez vio a su sobrina golpeada en la cara y en los brazos.

Debe rechazarse, en consecuencia, la causal de injurias graves invocada en ausencia de prueba certera.

Por lo demás, en razón de los agravios del demandado, ya en otros fallos de esta Sala se ha destacado que con la Ley 23515 se ha operado una evolución legislativa adecuada al derecho moderno que en materia de divorcio ostentan los países europeos y americanos, ello es la búsqueda de un realismo tendiente a obtener un sinceramiento de las uniones matrimoniales, que valora necesario para la salud social y que no tiene interés en mantener matrimonios que solo existen en apariencia; que si el hecho concreto de la ausencia de O. lo ciñe la actora al mes de octubre de 2005, señala que en varias oportunidades se había ido y a los pocos días volvía y reanudaba la convivencia (fs. 9vta.). Por su parte el demandado al reconvenir sostuvo concretamente haber interrumpido la convivencia y sin ánimo de retomarla en el mes de mayo de 2005. La actora si bien niega al contestar la

reconvención este hecho, lo adopta luego al contestar a fs. 118 para sostener la culpabilidad del demandado por lo dicho por éste, que la separación obedeció a causas graves que hacían imposible la vida en común… decidió en el mes de mayo de 2005 interrumpir la cohabitación con la actora. El testigo C., asimismo, dijo que desde abril o mayo de 2005 O. se quedaba a dormir en la casa de la madre, por lo que debe tenerse este mes de mayo de 2005 como el de la separación de hecho.

En cuanto sostiene la actora que este hecho por sí solo demuestra la existencia de injurias graves por parte del demandado contra la actora (fs. 118), ya se ha rechazado la postura por la misma sentencia que rechaza la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar.

Por lo demás, con la doctrina y jurisprudencia debe señalarse que con la Ley 23515 se erigió la separación de hecho en causal objetiva de divorcio, admitiendo que los cónyuges mediante un acto de autonomía de voluntad se retiren del hogar. En dicho marco, la profunda crisis matrimonial reconocida por la cónyuge excluye calificar de malicioso el cese de la convivencia de O., conforme lo ya esclarecido.

Como se ha dicho, no puede desconocerse que la Ley 23515 trajo una reforma que modificó la interpretación de las causales y la SCBsAs: "En los términos del art. 214, inc. 2°, del Cód. Civil, quedan incluidos tanto la separación decidida por ambos cónyuges como el abandono de hecho de uno de los esposos, de modo que la prueba de este último extremo sólo puede tener el alcance de dejar a salvo a favor de la esposa los derechos que se acuerdan al cónyuge inocente, pero sin impedir que se decrete el divorcio

vincular" (ED, 143-241, Fallo 43. 579 – SC Buenos Aires, abril 30-1991 – I., F.L. c. R., A.). La Suprema Corte no considera justo el criterio -que venía apelado- sobre la absorción del tipo legal objetivo por el subjetivo y consideran que con ello se desnaturaliza la letra del art. 237 del Cód. Civil vigente al no aplicarlo, cualquiera sea el juicio crítico que las normas merezcan. Es por lo que, asimismo, se descarta el ejercitado por la sentencia que en los presentes autos resulta apelada.

En el trabajo sobre: "Separación de hecho prolongada entre cónyuges (art. 204 del Código Civil) –autores Pagano y Antonini, en J. A. 1990-III-789, se explicita en el mismo sentido con los autores Belluscio, Bossert y Zannoni, que el cónyuge demandado, cumplido el plazo legal de separación de hecho no podrá oponerse, mas, si es inocente, podrá alegar y probar por reconvención su inocencia para que la sentencia deje a salvo sus derechos; que quien pretende que existe culpa excluyente del otro cónyuge, cuando es demandado por separación personal o divorcio vincular, debe necesariamente reconvenir por alguna de las causales del art. 202 del Código Civil. Huelga señalar que en caso, la pretendida inocencia invocada por la accionante no ha quedado probada.

Por todo lo expuesto, debe prosperar la reconvención interpuesta por la parte demandada, con revocación del fallo en lo que corresponda.

Atento a las circunstancias de las partes personales y familiares, corresponde excepcionar las costas en lo que parte actora resulta vencida (art. 69, 2da. Parte, Ley XIII N° 5 Anexo A del Digesto Jurídico – antes art. 68, 2da. Parte, del CPCCCh).

Para la primera instancia, propongo los honorarios conjuntos de los Dres. G. F. K. y G. A. C. P., en la suma de $3.000 y los de la Dra. M. A. P., en la suma de $2.500 (cf. Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico, arts. 5, 6, 8, 9 y concords. -antes arts. 6, 7, 9 y concords. Ley 2200/4335 de Aranceles), el mérito de los trabajos profesionales y su resultado.

En la Alzada, en virtud de las razones expuestas, normas citadas conjuntamente con el art. 13 y 14 respectivamente, de los ordenamientos precedentes, propongo los honorarios del Dr. G. F. K. por el patrocinio letrado, en la suma de $900 y los conjuntos de los Dres. N. J. M. y M. A. P., en la suma de $650.

Atento a la concordancia en las cuestiones tratadas, corresponde el pronunciamiento propuesto en el primer voto, imponiendo las costas por su orden en ambas instancias, proponiendo las regulaciones de honorarios de los considerandos respectivos y con los restantes alcances previstos en el fallo respecto a la disolución de la sociedad conyugal y mandato de inscripción.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Alonso de Ariet no emite su voto.

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

SENTENCIA:

1) Acoger los agravios de la demandada reconviniente y revocar los puntos 1 y 2 de la sentencia de fs. 84/87vta. y, en consecuencia, se rechaza la demanda de divorcio por las causales

subjetivas imputadas al demandado, haciéndose lugar a la reconvención por divorcio vincular y por la causal objetiva prevista en el art. 214 del CCiv., todo conforme los considerandos pertinentes.

2) Costas de ambas instancias por su orden.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. G. F. K. y G. A. C. P., conjuntamente, en la suma de TRES MIL PESOS ($3.000) y a la Dra. M. A. P., en la suma de DOS MIL QUINIENTOS PESOS ($2.500).

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. G. F. K. por el patrocinio letrado, en la suma de NOVECIENTOS PESOS ($900) y los conjuntos de los Dres. N. J. M. y M. A. P., en la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS ($650).

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"