En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil once, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G. A., L. M. c/ K., G. B. s/ DIVORCIO VINCULAR", expte. nro. 560/10,** venidos del Juzgado Letrado de Familia nro. 3 (expte. nro. 479/09), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 242), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 192/200? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito, por apelación deducida por la parte demandada reconviniente y la actora contra la sentencia definitiva nro. 257/2010 del Juzgado de Familia nro. 3 de la jurisdicción (fs. 192/200, fs. 202 y fs. 204).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la demanda y reconvención y, en consecuencia, decretó el divorcio vincular de los cónyuges L. M. G. A. y G. B. K. por culpa de ambos por la causal de mutuas

injurias (art. 202, inc. 1, con remisión al art. 214 del Código Civil).

Rechazó la causal de adulterio invocada por el actor y la de abandono voluntario y malicioso invocada por la demandada. Declaró disuelta la sociedad conyugal al día 28 de septiembre de 2009, fecha de la notificación de la demanda.

Impuso las costas por el orden causado y reguló los honorarios de los letrados actuantes.

Efectuaré la descripción sintética de los memoriales de arribo a esta Alzada (inc. 3 del art. 164 CPCCCh).

1. Obra agregado el memorial de agravios de la parte demandada a fs. 218/26.

El primer agravio surge del estudio pormenorizado de la declaración de la testigo R. Que se trata de la esposa de It y la declaración está teñida de parcialidad, y en ningún momento vio a su esposo con la demandada actuando como esposo. Que tampoco le consta que haya realizado los viajes con la demandada, son suposiciones carentes de valor probatorio. No le consta que tenga una relación amorosa con la Sra. K. ni que haya comenzado en el 2006.

No es imparcial y tiene un interés directo en el resultado de esta causa.

Amplía diciendo que en la hipótesis de tenerse por acreditados los dichos, este inicio de relación amorosa, que según la apelante no es tal, es próximo a la separación de la testigo con el Sr. It.

El segundo agravio es la consideración de la A quo respecto del trato entre los cónyuges posterior a la separación del expte. 929/2009 agregado, “K. G. c/ Go. A. L. s/ Violencia Familiar”, donde surge

palmaria la conducta del actor con la demandada y con la prole. Dice que las denuncias sobre abuso sexual del hijo y lesiones del actor tuvieron un único fin, hacerle daño a la accionada.

Es irrazonable pensar que la demandada ha tenido un trato desconsiderado frente al ataque indiscriminado del actor.

Tercer agravio: lo dicho en la exposición policial agregada a fs. 4 son hechos no reconocidos y la documental es tomada como cierta y no fue ratificada ante testigos, no puede la jueza fundar valoraciones sobre la misma. No probó el actor las razones del retiro de la casa, es decir, del abandono.

Se queja de la imposición de las costas, que pide sean revocadas e impuestas al actor.

2. A fs. 229/232 se agregó el memorial de agravios del actor.

Tres son los argumentos impugnatorios: el primero, la causal de adulterio prevista en el art. 202, inc. 1, del CC.

Dice que, si bien es difícil de comprobar, la prueba indicativa ha sido aceptada. Cita ejemplos, tales como exhibirse en lugares públicos, tener actitudes que revelen intimidad o exceso de confianza, recibir en el hogar al cómplice de adulterio.

Los testigos A. R. y A. S. G. dejan total concordancia en la visualización de la demandada. La testigo hizo remisión a la prueba agregada en la causa de divorcio. Que ser esposa de It no la excluye conforme el art. 431 el Cód. Proc.

Hay una conexión directa entre la fecha de inicio de la relación a comienzo del año 2006 y la

declaración de abandono en sede policial que fue en mayo del 2006.

Contradice las declaraciones de la testigo H. sobre el alcoholismo del actor.

Existió una falta de atención material y espiritual por parte de la demandada respecto del actor, no lo ayudó por medio de tratamientos, violó el deber de asistencia, además del adulterio.

El deber de asistencia continúa vigente después de la separación.

Se queja sobre el régimen de comunicación que le fuera impuesto.

Dice que nunca tuvo intención injuriar al Sr. It, sino que intentó defender la integridad de sus hijos. Por todo ello, entiende que la sentencia debe ser revocada.

3. La demandada contesta agravios a fs. 234/9

4. Analizando:

Dijo la doctrina que el objeto de la acción de divorcio sanción es que se decrete el mismo por la culpa del otro cónyuge, resultando indiferente que no se hayan probado todas las causales invocadas en la demanda. Basta que una de ellas haya sido acreditada para que se admita la acción. En consecuencia, decretado el divorcio queda totalmente satisfecha la pretensión del actor, por lo cual no se lo ocasiona gravamen, y no hay fundamento para el recurso de apelación, si el juez no admite todas las causales alegadas en la demanda. Pero se hace la salvedad de que esto es así siempre que la actora no alegue en su apelación determinados efectos jurídicos que dependieran de la causal desechada (ver María J. Méndez

Costa-Francisco A Ferrer-Daniel H. D'Antonio, "Derecho de Familia", T. III-A, pág. 329, Rubinzal Culzoni-2009).

En la especie, las partes actora y demandada centran el ataque contra la sentencia en la valoración de la gravedad de las injurias, la desestimación de las causales de adulterio y abandono voluntario y malicioso que recíprocamente se atribuyeron las partes, y la estrecha vinculación con la admisión de reconvención en la instancia de grado, que motivó la decisión de decretar el divorcio por culpa de ambos cónyuges, por lo cual encuentro un fundamento para el tratamiento de los agravios de las partes.

Las partes en sus memoriales se endilgan la responsabilidad de la ruptura matrimonial recíprocamente, insistiendo en el error de apreciación de la sentenciante de grado.

En este orden de ideas, analizaré las quejas del actor respecto de la conducta de la demandada encuadrada en el art. 202, inc. 1, del Código Civil, conforme fuera peticionada al momento de iniciada la acción y motivo de queja en esta Alzada.

Expuestas someramente las posiciones respecto del tema, adelanto mi postura en cuanto a que el deber de fidelidad se extingue con la sentencia que decreta el divorcio vincular y se encuentra atenuado luego del decreto de separación personal de los cónyuges. Tal criterio resulta conforme con los postulados expresados por el legislador en los arts. 198, 201, 202, 217 y 229 del Código Civil.

Con anterioridad he referido a que considero que el tiempo de separación entre los

cónyuges no elimina la causal y poco importa cuándo se produjo, si fue en un lapso más o menos prolongado, pues ello importaría una suerte de valoración subjetiva respecto de una "espera" que el legislador no tuvo en miras.

A mayor abundamiento digo que, desde ya, no es posible siquiera pensar en una dispensa o consentimiento de los esposos respecto de sus recíprocos deberes conyugales, salvo excepción legal (art. 199, Código Civil; Zannoni, "Derecho de familia", 2a. ed., Astrea, t. 1, n° 276, pág. 352), que se asienta en normas de orden público y que constituyen ejes fundamentales en el régimen legal de la institución matrimonial. Tal conclusión no resulta modificada por la incidencia del transcurso del tiempo ("CH., E.B. c/ G., R.N. s/ separación personal" - CNCIV - SALA I - 09/03/2004). Esta Cámara y Sala en autos "F., S. M c/ L., S. L. s/ Divorcio Vincular", expte. 14.118/03).

La jueza de grado entendió que no se encontraba configurado el adulterio acogiéndose a una doctrina estructurada sobre la base de un elemento subjetivo y otro intencional. Además de considerar a la misma superada, la dificultad de su comprobación también lo ha sido, más aún en el caso de marras, cuando existen constancias que direccionan en otro sentido las conclusiones.

Ahora bien, he de aceptar que no pudo determinarse en autos el inicio preciso o exacto temporalmente de la vida en concubinato de la Sra. G. K., pero sí ha sido harto demostrada la convivencia con otra persona. En el expediente agregado "K., G. c/ G. A., L. M. s/ Violencia Familiar", expte. 929/2009, la

accionada a fs. 65/66vta. dice vivir con otra persona, que dicho señor colabora con ella y la ayuda a su manutención y la de los hijos, que en el momento de la denuncia ventilada en dicho pleito, es decir en el año 2009, se retiró de la vivienda en que cohabitaba, por otra parte la sentencia nro. 11/2010 del Juzgado de Familia nro. 3 de la jurisdicción, dio por finalizada la exclusión del concubino.

También de dicha actuación surge que hace aproximadamente tres años de esa situación al momento de la misma, es decir 2009. Ello nos retrotrae al año 2006, fecha que la reconviniente atribuye al cónyuge abandono voluntario y malicioso, aun no reconociendo el original de la exposición policial incorporada de fecha mayo del 2006.

La sentencia de referencia hace mención a los distintos informes de los organismos que entrevistaron a las partes y revisadas las distintas actas agregadas a fs. 175, fs. 116/7 y fs. 191, no puede dejar de advertirse la convivencia y el rol de este tercero interactuando con los infantes.

La doctrina acorde con jurisprudencia ha considerado que resulta suficientemente demostrativo del adulterio que exista la vinculación del cónyuge con un tercero en lugar apto para que ocurra la unión carnal, a la que hizo referencia la magistrada de grado, más aún, el reconocimiento explícito que emerge de las piezas colectadas, en la especie, es aplicable lo dicho: “que la convivencia inmediatamente después de alejarse del hogar conyugal, cabe presumir que la relación existía antes de la ruptura de la convivencia matrimonial” (ver María Méndez Costa, Francisco Ferrer, Daniel D’Antonio, “Derecho de Familia”, t. III A, pág.

179/180, ed. Rubinzal Culzoni-2009). Por ello no resultan aplicables al caso ninguna de las posturas jurisprudenciales que tienden a flexibilizar la obligación de fidelidad de los esposos.

Mención aparte merece el testimonio de la esposa del concubino de la Sra. K., no comparto su posición respecto a que es interesada en el resultado de este proceso porque se ignora cuáles son los fundamentos y causales invocados en el juicio de divorcio de esta testigo. Pero frente a la contundencia de la prueba colectada en los autos mencionados, aporta como un sostén más para mi valuación de los hechos las declaraciones vertidas, como ocurre también con la declamación de S. G. que da cuenta de que la buscaba en el trabajo, que es un lugar público.

Cabe recordar que la doctrina y la jurisprudencia sostuvieron la búsqueda de la certeza mediante un método crítico de conjunto, conceptualizado por Gorphe como un método que a la par que contemple cada medio probatorio, tenga en cuenta el conjunto y sea lo bastante sistemático para extraer las relaciones existentes entre todos los elementos (“Apreciación de la prueba”, pág. 151, cita Casimiro Várela “La valoración de la prueba”, pág. 52, ed. Astrea-90). En cuanto a la apreciación de la prueba, se ha destacado la necesidad de enlazar hechos y circunstancias que hagan desaparecer las sombras que ocultan la realidad jurídica y que la certeza moral no se obtiene muchas veces con una apreciación aislada de los elementos probatorios, tomados uno a uno, sino en su totalidad, por cuanto probanzas que aisladamente pueden ser débiles o imperfectas, en muchos casos se complementan entre sí de tal modo que unidas llevan al ánimo del

juez la convicción de la verdad de los hechos (Falcón, E., “Tratado de la prueba”, pág. 584, t. 1, ed. Astrea-2003).

Tampoco puede desconocerse que la prueba incorporada por cualquiera de las partes integra el plexo probatorio que utiliza el juez para formar su convicción extrayendo conclusiones independientemente de quien la haya aportado.

No advierto, dadas las circunstancias fácticas de la causa -antes desarrolladas-, que pueda hablarse de separación "amigable" ni "mutuamente acordada", tampoco del transcurso de un tiempo prolongado de separación de hecho para interpretar que ha existido una "adhesión" del cónyuge a dicha situación, ni elementos para considerar que el cónyuge ha dispensado a su esposa del deber de fidelidad; todos elementos que han servido para flexibilizar la situación de los cónyuges durante la separación de hecho respecto del cumplimiento del deber de fidelidad, ya que no existe en autos constancia alguna.

Tales argumentos refuerzan mi convicción respecto a que la demanda de divorcio debe prosperar por la causal de adulterio (cf. arts. 198, 202 inc. 1°, 214, inc. 1°, y concs. Cód. Civ.).

En este orden de ideas y teniendo presente los términos en los que ha sido introducida la causal de divorcio bajo estudio y conceptualizada precedentemente, entiendo que la misma ha quedado subsumida dentro de la más grave injuria contra el deber de fidelidad, como lo es el adulterio efectivamente acreditado en autos. Así, se ha dicho: "Si bien se ha interpretado que el deber de mutua fidelidad se infringe con cualquier relación de

intimidad o afectividad excesiva con persona de otro sexo, susceptible de lesionar los sentimientos del otro cónyuge, configurando tal conducta la causal de injurias graves, lo cierto es que si tales conductas se han considerado idóneas para configurar adulterio, no pueden al mismo tiempo servir de fundamento para las injurias" (CNCiv., Sala E, 15/2/1999, - "R., L.A. v. F., E.A.", JA, 1999-IV-438, LexisNexis, Informática Jurídica, Documento N° 138973, JA, desde 1994). "En virtud de lo expresado y toda vez que la conducta desplegada por la accionada ha sido idónea para configurar la causal prevista en el art. 202, inciso 1ro., pues la injurias graves alegadas han quedado subsumidas en aquella, no puede al mismo tiempo servir de fundamento para la procedencia de la causal de injurias pretendida por el accionante (CNCiv., Sala B, voto Dr. Cifuentes, La ley 1986-E-8), ello así porque el hecho del adulterio no puede generar dos causales de las contenidas en la enumeración legal, no obstante la injuria grave evidente que el adulterio infiere al cónyuge ofendido (citar: elDial.com - AA4591).

En ese sentido la doctrina expresó: "si se tiene por acreditado el adulterio, no corresponde decretar también por la causal de injurias graves, por la única razón de que aquel constituye a la vez una gravísima ofensa al cónyuge agraviado, pues ambas causales son independientes, por lo cual si los hechos probados demuestran el adulterio, no procede subsumir los mismos hechos en dos causales distintas, decretando el divorcio también por injurias graves, porque resulta inconducente para la solución del caso. El divorcio solo procederá por adulterio probado…" (autores Méndez… y obra citada, pág. 181).

Todo ello sin perjuicio del análisis y valoración que seguidamente efectúo respecto de las quejas de la demandada.

5. Fueron dos las formulaciones de la accionada reconviniente: la injuria grave por la adicción al alcohol del actor y el abandono voluntario y malicioso, art. 202, incs. 4 y 5 del Código Civil.

Las declaraciones de la testigo H. dan acabada cuenta de la situación en que desarrollaba la relación el Sr. G. A.; además de beber, se sustraía de los deberes conyugales cotidianos por lo cual advierto que sigue la balanza nivelada tal y como fuera en la instancia de grado con diferencia de las causales.

La embriaguez, en cuanto con su frecuencia y publicidad evidencia una conducta incompatible con la consideración debida al cónyuge, puede constituir una injuria grave teniendo en cuenta la educación, posición social de las partes y demás situaciones de hecho relativas al matrimonio. También cuando el vicio sea origen del incumplimiento de deberes inherentes a la condición de casado, o cuando sea una inequívoca manifestación del ánimo de agraviar al cónyuge por este medio, o cuando al menos ha mediado una conducta consciente y responsable.

Pero la ebriedad no es una causal autónoma de divorcio, y aún cuando se le repute un vicio, carece de entidad por sí sola para configurar injurias graves. Además, ha de advertirse que, en su nueva redacción, el Cód. Civil (art. 203) aprehende el supuesto de hecho del alcoholismo entre las alteraciones mentales graves de carácter permanente -como la adicción a la droga-, que provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común. En la especie

y conforme las declaraciones de la testigo mencionada, G. A. bebía y además sabía que ello provocaba una situación de disgusto en su cónyuge; por otra parte, se sustraía de sus deberes maritales.

Salvo que se trate de episodios aislados y sin mayor trascendencia, la ebriedad de uno de los cónyuges provocada por el vicio de ingerir bebidas alcohólicas, constituye una injuria grave para el otro, que autoriza el divorcio. Ese vicio implica una inadmisible desviación de conducta, que siempre produce consecuencias que constituyen para el otro cónyuge una afrenta o humillación gravemente injuriosa (citar: elDial.com - WB90F).

Por lo cual considero que debe confirmarse el fallo en este punto en el entendimiento de que procede el divorcio por las injurias graves.

Con relación al abandono voluntario del actor del hogar conyugal, si bien se presentaría como agotado el tema al admitirse al injuria grave, habiendo abierto el recurso y conforme las constancias de autos, la conducta del accionante no ha desvirtuado lo uniformemente sostenido por la jurisprudencia que ha señalado que el abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal (art. 202, inc. 5, Cód. Civ.) se configura como tal cuando se produce con el ánimo de sustraerse a las obligaciones que nacen del matrimonio, específicamente las de cohabitación y asistencia (v. La Ley 123-178; 136-1095; ED 50, 477, entre otros). Y que operado el abandono material se presume su carácter voluntario y malicioso, incumbiéndole, por lo tanto, al cónyuge que se ha alejado demostrar acabadamente la existencia de causas valederas para adoptar una actitud de esa naturaleza, caso contrario, debe presumirse su

culpa (cf. S.C.B.A., Ac. 71.356 del 6-4-99, Ac. 80.195 del 15-5-02, Ac. 78. 634 del 2-4-03, sumario JUBA B25008; este trib. reg. 7 (S) del 15/02/03; reg. int. 29 (S) del 10/04/07).

De los elementos antes enumerados, a mi criterio, surgen presunciones graves, precisas y concordantes configurativas, durante la convivencia matrimonial de las causales previstas en el art. 202, incs. 4 y 5, del Cód. Civ. En ninguna de las piezas agregadas, ni tampoco de las declaraciones de las partes actora y reconviniente surge que G. A. se retiró del hogar conyugal con intención de no dañar, que también quería recomponer la relación por lo cual y habida cuenta los planteos efectuados, modifico el fallo incorporando esta última causal.

Más allá de ello, encuentro atendible también el argumento de la parte actora respecto de la violación al deber de fidelidad durante la separación de hecho, como configurativa de la causal de adulterio.

Por lo tanto y conforme fueron definida las cuestiones traídas a esta Alzada, no hago lugar al planteo de revisión de la imposición de costas, toda vez que el resultado definitivo es concluyente respecto de la culpa de ambos cónyuges en el divorcio, y la misma suerte corren respecto de la Alzada, difiriéndose la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en esta segunda instancia para el momento del Acuerdo, en que se tendrá en consideración lo dispuesto en el art. 14 de la ley arancelaria.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Por ello propongo:

1. Receptar parcialmente los agravios y

revocar el fallo venido en crisis en los puntos 1 y 2, en consecuencia, hacer lugar a la demanda de divorcio y reconvención y decretar el divorcio vincular de los cónyuges L. M. G. A. y G. B. K. por culpa de ambos por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso e injurias graves (arts. 202, inc. 1, 4, y 5, y art. 214 del Código Civil).

2. Costas de la Alzada por el orden causado, conforme considerando respectivo. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Sra. Jueza de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) Que la Sra. Jueza de la instancia de grado hizo lugar a la demanda y reconvención y decretó el divorcio vincular de los cónyuges L. M. G. A. y G. B. K. por culpa de ambos cónyuges por la causal de injurias graves, art. 214, inc. 1, por remisión del art. 202, inc. 4°, del CC, rechazar la causal de adulterio invocada por el actor y la de abandono voluntario y malicioso invocada por la demandada, declara disuelta la sociedad conyugal el 28 de septiembre de 2009, impone las costas en el orden causado y regula los honorarios.

II) a) Tal decisión es apelada por la demandada y la actora. Concedidos los mismos y elevados a la alzada, cumplen las partes con los arts. 262 y 263 del CPCCCh.

La primera, luego de transcribir el párrafo de la sentencia que dice le agravia, detalla que la testigo R. es esposa de It, los que están tramitando el divorcio, que los dichos están teñidos de parcialidad, que cae en suposiciones no probando los

dichos con relación a su esposo y tiene interés directo en el resultado al ser actora en la demanda de divorcio controvertido en trámite en contra de su esposo It.

Se refiere luego al testigo G. entendiendo que sus manifestaciones son ambiguas, no pudiendo precisar el momento al que se refiere. Al carecer las testimoniales de fuerza convictiva, solicita se revoque la decisión respecto a las injurias graves endilgadas.

b) El segundo agravio está relacionado a las injurias propinadas por la demandada en contra del actor, ya que de los autos encordelados surge la conducta desplegada por el actor en contra de la Sra. K. y sobre la integridad física y psicológica de la prole para hacer daño a su esposa, lo que ha quedado demostrado con la denuncia penal. Hace notar que el actor ha llegado a secuestrar a sus hijos.

c) Se agravia porque el sentenciante toma como cierta la documental de fs. 4, exposición policial, desconocida por esta parte. Sostiene que su esposo no ha probado las razones por las que se retiró del hogar conyugal.

c) En el cuarto agravio solicita que las costas sean soportadas por el actor.

III) A fs. 229/232vta. se agrega la expresión de agravios del actor, quien presenta tres argumentos impugnatorios, el primero se basa en la causal de adulterio establecida en el art. 202, inc. 1, del CC, causal que requiere la prueba de relaciones sexuales ilegítimas, lo que suele ser difícil de probar, pero con cita de jurisprudencia afirma que se ha aceptado prueba indicativa, presuncional, precisa y concordante.

Cita jurisprudencia y agrega que ante los dichos de los testigos R. como G., que dejan total concordancia en la visualización de la actora en lugares públicos acompañada de It, estima justa la queja. Señala que si los dichos de los testigos no alcanzan para probar el adulterio, son suficientes para acreditar la causal del art. 202, inc. 4, del CC.

Asegura que la testigo R. estableció fechas y lugares y señaló en la audiencia de vista de causa que la misma lleva un proceso de divorcio contra el Sr. It por adulterio.

Concluye, basándose en dicho testimonio, que la relación comenzó a principios del año 2006, habiendo una conexión directa con la exposición policial N° ****/** ADM de fecha 16 de mayo de 2006 efectuada por el Sr. A. al retirarse del hogar.

Se refiere al testigo G. y que si bien lo declarado fue con posterioridad a la separación, ello no le quita el carácter de injurioso porque la separación no autoriza excesos.

b) Alude al alcoholismo de A. y cita jurisprudencia sobre la inimputabilidad por tal causal. Efectúa algunas aclaraciones con relación a la causa sobre violencia familiar y peticiona la inexistencia de animus injuriandi, ya que no fue intención de la denuncia injuriar al Sr. It, sino que trató de defender la integridad de los niños.

III) a) Se observa de las presentaciones efectuadas a fs. 218/226 y 229/232vta., que los agravios cumplen mínimamente con lo que preceptúa el art. 268 del CPCCCh, más allá de lo dicho por la demandada apelante a fs. 222vta., p. 3-B, último párrafo.

No obstante, manteniendo el criterio amplio sobre el tema, daré respuesta a los mismos.

Ambos basan sus quejas en las declaraciones de los testigos y he señalado permanentemente que en juicios como el presente es criterio dominante en nuestra jurisprudencia -que comparto- que la prueba producida debe analizarse y ponderarse en forma conjunta, a fin de extraer la verdad de lo ocurrido en el seno del hogar y establecer, dentro de la relatividad de las cosas humanas, la culpabilidad que corresponde a cada cónyuge en el fracaso del matrimonio, no debiendo subestimarse, ni tampoco dar desmedida importancia a uno o varios testimonios sin verificar a través de todos los elementos de convicción de que se dispone, las causas o razones determinantes del clima en que se desenvolvía la vida conyugal. Y, desde ese ángulo, pueden existir declaraciones de testigos que, considerados individualmente, podrían ser objeto de algún reparo -así por la mera vaguedad o debilidad de convicción-, pero que, contempladas con las restantes y completadas por las mismas o por otras probanzas, pueden presentar una objetiva configuración de las relaciones matrimoniales (cf. C.N.C. -Sala F en ED 830; 89-208; 86-341; CNCic. Sala A, en ED86-338; Sala B en ED90-737; Sala C, ED 61-213; Sala D ED86-295, 57-678; Sala E, LL134-773; SCBA, ED 93-604, entre otras.

Asimismo, la apreciación de la prueba que efectúa el sentenciante se plasma en la jurisprudencia que transcribo: “la apreciación de la prueba queda librada a criterio del soberano juzgador, salvo el caso de ser manifiestamente absurda, entendiéndose por tal la que escapa a las leyes lógicas

formales, transgrediéndolas, o lo que es impensable o inconcebible y no puede ser de ninguna manera por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio".

Se considera acertada la jurisprudencia que ha resuelto que en los juicios de divorcio el testimonio de los parientes o de los amigos o de los dependientes de las partes, al ser las personas más allegadas, son quienes tienen mejor conocimiento de los hechos, constituyéndose en testigos necesarios ("Derecho Procesal de Familia-II", Rubinzal Culzoni, pág. 103).

b) Con tales parámetros y adelantando que la declaración de la Sra. K. no es invalidante, máxime que como lo señala la Sra. Jueza preopinante no se probó cuál es la causal alegada en el divorcio que menciona, la valoraré en conjunto con el plexo probatorio.

Admitida la prueba de referencia, trataré en primer término la causal de adulterio.

Observo en los autos encordelados sobre violencia familiar que la Sra. K. denuncia que se encuentra separada de hecho de su esposo hace aproximadamente tres años, y en la audiencia de fs. 65 que se realizó a los treinta días del mes de octubre de 2009 reconoce que con anterioridad a la fecha de la audiencia el Sr. It vivía en su casa, y ahora los visita. Asimismo, en dicha audiencia se dispuso en forma preventiva la prohibición de acceso del Sr. It al domicilio de la Sra. Kreder (30 de octubre de 2009). Decisión en iguales términos adoptada por el Juez Penal en el caso 24964 (fs. 196 y sgtes.).

No sólo de las testimoniales que analiza la Sra. Jueza, que fueron realizadas ante su presencia,

sino de lo que surge del expte. 929/2009, informe de fs. 175 bajo el título “Análisis clínico” de la niña M., quien manifiesta que tiene dos familias, que H. es un referente muy importante para ella, desde lo afectivo como desde lo organizacional (comparte tareas y actividades con él), que ha incorporado de buena manera a su actual pareja y a sus hijos y a fs. 191, que insiste la niña en que quiere el retorno de H., y a fs. 223 se refieren las profesionales al concubino, y la testigo C. atestiguó que el Sr. It fue a vivir a la casa a principios de 2009 (fs. 226).

Tales probanzas, reitero, y las testimoniales cuestionadas en esta etapa, me permiten concluir que la Sra. K. ha cometido adulterio y ello así pues el art. 198 del Código Civil edicta que “Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos”. Y el art. 199 del mismo cuerpo indica que “Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos”.

De allí se desprende que el deber de fidelidad se mantiene durante la separación de hecho, interpretación que mantengo acompañada de una gran parte de la doctrina nacional en el sentido que subsiste dicho deber durante la separación de hecho de los esposos, lo que es así con fundamento en lo

dispuesto en el artículo 198 del Código Civil, que establece determinados deberes -entre otros, el de fidelidad- que provienen del matrimonio, y que continúan vigentes mientras el mismo no haya sido disuelto (SAMBRIZZI, Eduardo, "Tratado de derecho de familia", edit. La Ley, Bs. As., 2010, T. II, pp. 462 y ss; BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", 8ª ed., t. 1, p. 387, parágr. 172, c) BORDA, G. A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", l0ª ed., t. 1, pp. 195 y ss.; MAZZINGHI, Jorge, "La fidelidad conyugal de los separados. Reflexión sobre una reflexión", La Ley 2005-D-1251 y ss., etc.).

En similar sentido se ha pronunciado la jurisprudencia expresando que el deber de fidelidad entre los cónyuges subsiste después de la separación, pues sólo la sentencia de divorcio pone fin a aquél (Cám. CC San Nicolás, 13/3/01, "M.C.E. c/ D.M.D. s/ Divorcio vincular", LLBA 2001, 1514). En la misma senda se ha pronunciado la Excma. Cám. Apel. Comodoro Rivadavia, Sala A, en los tiempos en que el Sr. Presidente del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, Dr. Daniel Luis Caneo, la integraba (cf. C. Apel. Comodoro Rivadavia, Sala A, 26/4/01, "R., G. v. G., R.", en Abeledo Perrot online) y otros varios tribunales (C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 2ª, 12/02/96, "Vera, María Sebastiana Wassman de v. Vera Gabino Genaro", en Juba sum. Z0100454; CNCiv., Sala B, 06/03/97, "G. de K., E.J. c. K., E.P.", LL 1998-D, 728 y DJ 1998-2-1125; ídem, Sala C, 30/10/02, "C., R. c. D. P., E.M. s/separación personal", ED 201- 224; ídem, Sala F, 12/10/94, "I., E.E. c. N., E.D.", LL, 1996-B, 698; ídem, 22/11/90, "L., J. c. M. de L., E.P.", LL 1991-A, 275 y DJ, 1991-

1-698; ídem, Sala G, 03/03/91, "P., R.A. c. A. de P., E.C.", LL 1992-B, 414; ídem, Sala I, 9/3/04, "Ch., E.B. c. G., R.N.", LL diario del 5/8/04, p. 5; ídem, Sala K, 13/11/01, "A. de P., C. c. P., M.C.A.", DJ 2002-1-536; ídem, Sala L, 15/12/94, "S., J.F. c. M., I.", LL 1996-B, 44 y DJ, 1995-2-1101; Corte Suprema Tucumán, 8/7/92, "A., C.R.", DJ 1993-1-237 y ED 151-410 y cita de la Sala "A" de la ciudad de Trelew).

Quienes agregan que con gran acierto ha expresado el Prof. Mazzinghi, con relación a los fallos que han considerado que la separación de hecho constituye una virtual dispensa del deber de fidelidad, en el sentido de que dicha tendencia "no se basa en una apreciación jurídica de la realidad, sino en una visión sociológica que, por esencia, es descriptiva y no valorativa", caracterizándose el derecho, por el contrario, en integrar una "dimensión axiológica". Así como también que concluir en la inexigibilidad del deber de que se trata luego de la separación de hecho de los cónyuges y antes de la sentencia de divorcio, significa otorgar a los cónyuges separados de hecho "una suerte de dispensa que los libere del deber de fidelidad", haciendo de tal manera caso omiso de la ley (cf. MAZZINGHI, Jorge, "La fidelidad conyugal de los separados. Reflexión sobre una reflexión", LA LEY, 2005-D, 1251 y sigte.).

Y agrego que aún cuando se compartiera la jurisprudencia que sostiene que no puede exigirse el deber de fidelidad pasados tres años, plazo después por el que puede pedir el divorcio por la causal objetiva (Rev. LL 2005, pág.6), no sería aplicable al caso en tratamiento porque no se acreditó fehacientemente el transcurso de dicho plazo.

Y con tales consideraciones y toda vez que no se requieren para esta causal pruebas directas porque todos coinciden que ello resulta dificultoso, se admite que sea probada en forma indiciaria o presuntiva, "la prueba del adulterio es el problema que suelen plantear mayores tropiezos en la práctica. El obstáculo reside en que las conductas configuradoras de violaciones a la lealtad sexual se cumplen por lo común en la intimidad y al abrigo de la mirada de terceros, circunstancias que –en la mayoría de los casos- tornan casi imposible la prueba directa. En su defecto se admite la demostración de los hechos tipificantes de la falta por medio de indicios que permiten al juez llegar a la certeza moral de la consumación del adulterio" (Bueres-Highton, "Código Civil", en glosa al artículo 202, inc. 1°, y la adquirida en autos va más allá de tal presunción, atento a lo analizado.

La Sra. K. mantuvo y mantiene una relación concubinaria con el Sr. It, situación que configura el adulterio previsto por el art. 202, inc. 1°, del CC.

Cualquiera hubiere sido el lapso transcurrido desde que se produjo la separación de hecho, la comprobada relación sexual extramatrimonial provoca la configuración de la causal de adulterio, porque la circunstancia de que se hubiera producido la separación de hecho entre los esposos, de ningún modo los autoriza a cometer esta afrenta, en tanto el deber de fidelidad se perpetúa durante la vigencia del vínculo y no concluye por el mero distanciamiento de los cónyuges, que carece de virtualidad para exculpar las trasgresiones cometidas respecto a ese fundamental deber (cf. esta Sala, voto de la Dra. A. M. L. en libre

n° 64.318 del 13-08-90 y voto del Dr. H. M. en libre n° 106.197 del 28-05-92, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, fecha: 26/05/2008).

De este modo, reitero, no se dan en el caso las especiales circunstancias que permitieron eximir en su oportunidad al cónyuge de los rígidos deberes que impone la norma. Es que el análisis en este tipo de procesos no encuentra asiento en una dogmática legal, sino en el estudio de los hechos que en el caso deben ponderarse en el Tribunal. Así, el fundamento de la decisión depende de las circunstancias de hecho que en cada caso varían.

c) En punto a las injurias graves admitidas por la sentenciante en punto al alcoholismo y cuestionadas por el actor, no se probó en autos que se tratara de una enfermedad para que pueda ser tenida en cuenta la jurisprudencia acercada por el quejoso y mediante la cual pretende modificar la decisión del sentenciante. En autos quedó acreditado a través de la testimonial de H. que analizara la sentenciante, la situación que se producía en reuniones familiares o con amigos a raíz de la excesiva ingesta de alcohol del actor y ello -a no dudarlo- constituye una injuria grave.

Situación que contribuye a minar el respeto y consideración de la que podía gozar el esposo injuriado, lo que encuadra en la causal del art. 202, inc. 4°, al determinar que "está constituida por toda clase de actitudes o hechos y, en general, modos de comportamiento de uno de los cónyuges, que importen un agravio para el otro" (ED 112-130, citado por Bueres en "Código Civil", 1, en glosa al art. 202). "Sólo un hecho grave o varios en apariencia ligeros pero

bastante reiterados,... esa actitud repetida vuelve intolerable la vida matrimonial y permite presumir la incorregibilidad del autor" (Fanzolato, en obra citada; "Código Civil", Bueres-Highton).

Con relación a las injurias graves que la Sra. Jueza endilgara a la demandada, como bien lo señala la Sra. Jueza preopinante, las mismas quedan subsumidas en la causal de adulterio admitida, de allí que no me expediré, al entender que los hechos y pruebas analizadas en esta última son los mismos a valorarse para las injurias graves.

Atento a que los considerandos y decisión adoptada en el p.III b) llevan implícito el rechazo de la reconvención por la causal esgrimida de abandono voluntario y malicioso, coincidiendo con la Sra. Jueza de grado, toda vez que las testimoniales analizadas permiten concluir que el alejamiento tuvo justificación.

El abandono no se presume voluntario y malicioso cuando es consecuencia de las injurias recíprocas en que incurrieron los cónyuges, evidenciando la imposibilidad de seguir conviviendo, como tampoco concurre la causal cuando es provocado por la conducta del otro ("Matrimonio civil", Vidal Taquini, pág. 392).

La apelación con relación a las costas carece de virtualidad para expedirse ante la conclusión a la que se arriba.

Y de acuerdo a ello mantengo las determinadas en la instancia anterior, adoptando igual temperamento para las de la Alzada.

Los honorarios regulados en la sentencia apelada se mantienen y difiero los de esta instancia

para el momento del acuerdo.

Tendré presente para la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad de que las pretensiones prosperen y demás pautas de los arts. 5, 29 y 14 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Jueza de Cámara dijo:

1) Admite parcialmente los agravios del actor y de la demandada reconviniente, en consecuencia, revoca parcialmente el decisorio de fs. 192/200, decretando el divorcio vincular de los cónyuges Leonardo M. G. A. y G. B. K., por culpa de ambos cónyuges y por la causal de adulterio por parte de la demandada (art. 202, inc. 1, CC) e injurias graves del actor (art. 202, inc. 4, CC), de acuerdo a los considerandos respectivos.

2) Impone las costas de ambas instancias por su orden, y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a las mismas me remito.

I.A) Advierto que ha llegado firme a mi consideración por la mayoría lograda por mis colegas

preopinantes, la temática sobre admitir parcialmente los agravios del actor y de la demandada, revocando parcialmente el decisorio de fs. 192/200, decretando el divorcio vincular de los cónyuges G.A., L.M y K., G.B. por culpa de ambos por las causales de adulterio por parte de la demandada (arts. 202, inc. 1, CC) e injurias graves del actor (art. 202, inc. 4, CC) y la imposición de costas, quedando en disidencia en cuanto a la causal de abandono voluntario y malicioso.

Las circunstancias apuntadas hacen que me aboque a la emisión de mi voto sobre los puntos individualizados como desacordados en virtud de lo establecido por el art. 271 del CPCCCh, ya que resulta suficiente para adoptar decisión los votos coincidentes de quienes me precedieron, máxime cuando el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia ha admitido en sentencia de 01/06/98, mediante voto del Dr. Torrejón, que "La circunstancia de que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia, pues los jueces son libres de decidir los elementos que forman la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión, formando así la mayoría legal suficiente para justificar el fallo".

I.A-1) A fs. 224/226 se agravia la parte demandada por no haber hecho lugar a la causal de abandono voluntario y malicioso del actor, peticionada por la demandada reconviniente en el pto. VII-b (fs. ref. 34/vta., cf. orden de la a-quo a fs. 203).

A mayor abundamiento de lo expuesto por la colega preopinante en segundo lugar, he de sumar que

es consideración jurisprudencial aplicable al caso la que determina que "La presunción del carácter voluntario y malicioso del abandono del hogar sólo ha de funcionar en un ámbito sumamente restringido; lo que significa decir que su eficacia quedará limitada a los supuestos en que de las actuaciones se desprenda sin hesitación que el retiro del hogar por el cónyuge aparezca a todas luces como irrazonable; por ejemplo, cuando el quiebre de la convivencia se produzca de un modo totalmente inesperado, injustificado e intempestivo; vale decir, acontecido cuando la pareja se desenvolvía en un ambiente de plena armonía conyugal (cf. Eduardo A. Zannoni, "Derecho de Familia", ed. Astrea, Bs. As., 1998, T. 2, pág. 99)", L. N° 556.000 – "P., G. A. c/ H., V.I. s/ Divorcio" – CNCIV – SALA A – 11/11/2010 -elDial.com AA67AD-), circunstancia ésta que conforme lo profundamente analizado y decidido en mayoría por las colegas preopinantes respecto de la conducta de la demandada reconviniente y lo que surge de autos, lejos estaba de darse dicha situación en los presentes autos cuando ésta ha incurrido en adulterio, son razones todas ellas por las cuales corresponde no hacer lugar a los agravios expuestos por la demandada reconviniente a fs. 233/vta. y confirmar la sentencia de fs. ref. 192/200 en este sentido.

I.B) Atento a la concordancia precedentemente apuntada de mis colegas sobre la imposición de costas, y teniendo en cuenta el criterio citado del Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia, no me expido sobre las mismas. Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo, donde serán fijados los mismos teniendo en cuenta la temática

planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la vocal preopinante Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional provincial del art. 169, a la misma me adhiero.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Admitir parcialmente los agravios del actor y de la demandada reconviniente, en consecuencia, revocar parcialmente el decisorio de fs. 192/200, decretando el divorcio vincular de los cónyuges L. M. G. A. y G. B. K., por culpa de ambos cónyuges y por la causal de adulterio por parte de la demandada (art. 202, inc. 1, CC) e injurias graves del actor (art. 202, inc. 4, CC), de acuerdo a los considerandos respectivos.

2) Imponer las costas de ambas instancias por su orden.

3) Confirmar la regulación de honorarios de primera instancia y, por los trabajos realizados en la alzada, fijar los honorarios profesionales de las Dras. A. A. de T. y R. S. G., conjuntamente, en la suma de PESOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA ($1.350) y de la Dra. A. L. A. en la suma de PESOS MIL TRESCIENTOS

CINCUENTA ($1.350).

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"