



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@fairweb.com.ar

CIRCULAR N° 520/02

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Dolores, 04 de octubre de 2.002.-

REF: “ DIVORCIO. ADULTERIO: Subsistencia del deber de fidelidad después de la separación de hecho. Celebración de matrimonio religioso del marido con otra mujer cuando aún se hallaba vigente el matrimonio civil con la actora. INJURIAS GRAVES. ABANDONO VOLUNTARIO Y MALICIOSO. Divorcio por culpa de ambos cónyuges”.-

El casamiento religioso del demandado celebrado con otra mujer cuando aún se hallaba separado de hecho, sin sentencia de separación personal ni de divorcio vincular, igualmente configuraría la transgresión al deber de fidelidad hacia su cónyuge. El matrimonio religioso, cuya celebración se encuentra reconocida por el demandado y suficientemente comprobada como realizada casi dos años después del retiro del marido del hogar conyugal importa un desprecio del vínculo matrimonial subsistente, sin que sea excusa atendible que justifique su accionar la convicción religiosa que invoca, ni los derechos constitucionales relacionados con la libertad de cultos.

La celebración de ese casamiento religioso y la vida en común con otra mujer que conlleva esa nueva unión, sin haber concluido la relación generada con el matrimonio civil subsistente, configura de modo evidente la violación del deber de fidelidad previsto en el Art. 198 del Código Civil.

Para que el deber de fidelidad cesara resultaba indispensable, al menos, la sentencia judicial que decretara la separación personal o el divorcio vincular."

"Al haber quedado acreditado el adulterio no puede prosperar la causal de injurias graves por idénticos motivos dada la autonomía de que goza cada una de las causales previstas en la ley."

"Las ofensas que constituyeron la causal de injurias graves de la esposa hacia su marido quitan a este último la culpabilidad en el alejamiento del hogar que configuraría la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar cuando que el cese de la cohabitación se produjo por circunstancias o motivos inimputables a uno de los cónyuges o provocados por conductas o actitudes del otro." (Del Voto del Dr. Galmarini)

Fallo Completo: L. 341671 - "C., R. C/ D. P., E. M. s/ separación personal" - CNCIV - SALA C - 30/10/2002

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina a los 30 (treinta) días del mes de octubre de dos mil dos, reunidos en acuerdo los Sres. jueces de la Sala "C" de la Cámara Civil, para conocer del recurso interpuesto en autos: "C., R. C/ D. P., E. M. S/ SEPARACIÓN PERSONAL", respecto de la sentencia corriente a fs. 603/610 el tribunal estableció las siguientes cuestiones a resolver:

1º) ¿Es nula la sentencia recurrida?

2º) Caso negativo: ¿se ajusta a derecho? Practicado el sorteo, la votación debía hacerse en el orden siguiente: Sres. jueces de Cámara Dres. Galmarini, Posse Saguier y Alterini.//-

Sobre la primera cuestión propuesta el Dr. Galmarini dijo:

La sentencia de fs. 603/610 hizo lugar parcialmente a la demanda y a la reconvenición, y decretó el divorcio vincular de Renata C. y E. Miguel Del P. por haber incurrido en injurias recíprocas; atribuyó el uso del hogar conyugal a la Sra. Renata C.; declaró disuelta la sociedad conyugal con los efectos previstos en el Art. 1306 del Código Civil; y declaró las costas en el orden causado.-

Apelaron ambas partes. El demandado reconviniendo mantuvo su recurso con el escrito de fs. 662/667, cuyo traslado no fue contestado. A su vez, la actora reconvenida articula la nulidad de la sentencia y expresa agravios con la presentación de fs. 669/683, cuyo traslado fue contestado a fs. 688/694. El Sr. defensor de menores de cámara dictamina a fs. 696 y el fiscal de cámara lo hace a fs. 697/701.-

La actora funda su pedido de nulidad de la sentencia en lo que considera un apartamiento del principio de congruencia tanto por haberse apartado la sentenciante de su reclamo de separación personal, en cuanto decretó el divorcio vincular, como por haber omitido pronunciarse sobre la tenencia de la hija menor.-

Con respecto a la primera de las objeciones que formula contra en decisorio, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, explícitamente la Sra. juez en el considerando VII funda su decisión de decretar el divorcio vincular en el Art. 237 del Código Civil, en razón de haberse probado causales invocadas por ambas partes (injurias graves recíprocas), para sustentar la acción de separación personal y la reconvenición de divorcio vincular. Como el citado artículo dispone en lo pertinente: "...Aunque resulten probados los hechos que fundaron la demanda o reconvenición de separación personal, se declarará el divorcio vincular si también resultaron probados los hechos en que se fundó su petición".-

Lejos de apartarse del principio de congruencia, la sentencia se ajustó a los términos en que quedó trabada la litis en este proceso y de conformidad con la normativa de fondo específicamente aplicable al caso.-

La omisión de pronunciamiento sobre la tenencia de la hija menor del matrimonio tampoco justifica la nulidad de la sentencia, ya que es susceptible de ser subsanada mediante el recurso de apelación.-

Por lo expuesto, voto por la negativa a la primera cuestión.-

Sobre la segunda cuestión propuesta el Dr. Galmarini dijo:

I.- Atento a que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (Santiago, C. Fassi, "Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado", T. I, p. 278), y a que no () se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco rebatir todos y cada uno de los fundamentos por ellas invocados (CNCiv. Sala C, octubre 15/2002, "Emprovial S.A. c/ G.B. y Cía. S.A. s/ cobro de sumas de dinero", L. 336.672), me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (CNCiv. Sala C, marzo 7/2000, "Solari, Azucena Mabel y otro c/ Iriarte, Adriana Noemí y otro s/ daños y perjuicios" L. 275.710; id. Sala C, diciembre 7/2000, "Peralta, Ricardo c/ Errecarte, Oscar Ariel y otro s/ daños y perjuicios" L. 294.315).-

II.- La actora se agravia porque la Sra. juez ha desestimado la causal de adulterio (fs. 671/673 vta.).-

En el caso la solución depende del criterio que se adopte acerca del deber de fidelidad y del alcance que se atribuya a la subsistencia de ese deber después de la separación de hecho.-

La controversia doctrinaria entre quienes entienden que el deber de fidelidad subsiste hasta que el vínculo matrimonial no se disuelva (Carlos H. Vidal Taquini, "Matrimonio Civil -Ley 23.515" coment. Art. 198, ps. 214/215, núm. 5 y coment. Art. 207, ps.462/463, núm. 4; Augusto César Belluscio, "Manual de Derecho de Familia" t. I, págs. 330 y sgte. núm. 178; Mario Bendersky, "Nuevo régimen consensual de separación personal y divorcio, por presentación conjunta de los cónyuges, en el derecho argentino" en L.L. 1987-E-734; Norberto José Novellino, "Nuevas normas de familia. Matrimonio. Divorcio. Ley 23.515" p. 215; Guillermo A. Borda, "Tratado de Derecho Civil -Familia" 9a. ed. T. I, ps. 196 y sgtes., núm. 247, debe destacarse que este autor esgrimió un punto de vista distinto en "Separación de hecho y deber de fidelidad (A propósito de un fallo de la Sala F de la Cámara Civil de la Capital)" pub. en L.L. T. 1996-B-893; Fernando Posse Saguier, "Código Civil Anotado" de Jorge Joaquín Llambías, T. I-A, p. 378; Eduardo A. Sambrizzi, "Separación personal y divorcio", T. I, p. 365/367), o la postura más extrema que extiende la subsistencia en determinados supuestos aun después del divorcio (Daniel Hugo D'Antonio, "Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515", comentario al Art.218, ps. 156/157; María Josefa Méndez Costa, "Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515", p. 183/184; Jorge A. Mazzinghi, "Nuevo régimen de Matrimonio Civil. Ley 23.515", p. 126 y sgtes. apart. III, en especial punto b), y quienes consideran que basta que se decrete la separación personal de los cónyuges para que no sea exigible ese deber (Gustavo Bossert-Eduardo A. Zannoni "Manual de Derecho de Familia" ps. 201 y sgtes. núm. 185, en especial apart. c); véase también votos de los doctores Bossert y Zannoni en causas CNCiv. Sala "F" en L.L.1991-A-275 y CNCiv. Sala "A" en L.L. 1985-D-583, respectivamente; Carlos A. R. Lagomarsino-Jorge A. Uriarte, "Separación personal y divorcio", p. 431 y sgtes., núm. 431; Alejandro Hamudis, "Acerca del deber de fidelidad y la posibilidad de promover una demanda de divorcio por las causales del Art. 202 de la ley 23.515 después de la separación personal" en J.A. T. 1988-IV-893; Nora Lloveras-Mónica Assandri "Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges. Ley 23.515", ps. 171 y sgtes.; Beatriz Biscaro-Silvia García Ghigolino "Derechos y deberes de los cónyuges" en J.A. T. 1988-IV-303), como bien señala el distinguido colega Dr. Fernando Posse Saguier, se ha ampliado a partir de diversos precedentes jurisprudenciales en los que se discute si aquel deber se extingue ante el supuesto de separación de hecho ("Código Civil Anotado", T. I-A, p. 377/378). La evolución de una corriente que se fue apartando de los conceptos tradicionalmente sostenidos por la doctrina y la jurisprudencia acerca de la repercusión de la separación de hecho en los derechos-deberes emergentes del matrimonio, a partir del pronunciamiento, por mayoría, de la Sala M del 12 de junio de 1992 (L.L., T. 1992-B-161), fue registrado y comentado en el comentario al fallo de la Sala B de esta Cámara del 6 de mayo de 1999 por Mauricio Luis Mizrahi en "El cese de los deberes matrimoniales tras la separación de hecho: un "leaden case" (L.L. T.2000-B, p. 359/373). Sin embargo las distintas argumentaciones esgrimidas en apoyo de esa corriente, a la que adhiere la sentenciante, a mi juicio, no son suficientemente convincentes como para dejar de lado la previsión explícita del Art. 198 del Código Civil del deber de fidelidad inherente al matrimonio, interpretada dentro del contexto de normas actualmente vigentes que regulan el derecho de familia.-

Aunque la realidad social deba ser tomada en cuenta no sólo en la formación de la ley, sino también en la interpretación cuando esa realidad fáctica es susceptible de ser captada por la inteligencia de la norma legal, resulta aventurado otorgar a los hechos entidad suficiente para modificar o derogar la normativa vigente, o forzar o torcer la interpretación para adecuarla a soluciones, en principio, contrarias al régimen legal vigente. En su caso, esa adecuación al criterio más flexible del deber de fidelidad requerirá una solución legislativa.-

En la hipótesis de que se admitiera que en determinadas circunstancias fuera aplicable a la separación de hecho, el mismo criterio sostenido por algunos autores para los casos en los que se hubiera dictado sentencia de separación personal, en el sentido de que se trataría de un deber de fidelidad atenuado, o que se recorta el nivel de exigencia de los derechos-deberes que no se hallan formalmente suspendidos (Eduardo A. Sambrizzi, "Separación personal y divorcio", T. I, p. 368, n° 135, en notas n° 36, 37 y 38, ver doctrina allí citada de Guillermo A. Borda y Eduardo Ignacio Fanzolato), en el caso el casamiento religioso del demandado celebrado con otra mujer cuando aún se hallaba separado de hecho, sin sentencia de separación personal ni de divorcio vincular, igualmente configuraría la transgresión al deber de fidelidad hacia su cónyuge. Aun cuando se discrepara con ese enfoque doctrinario considero útil recordar lo expresado por uno de sus sostenedores (Eduardo Ignacio Fanzolato en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial" dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, T. 1, p. 911), quien expresa: "no toda infidelidad tendrá consecuencias jurídicas, sino sólo ciertas conductas que traducen un quebrantamiento calificado del vínculo persistente, en cuanto configuren un franco desprecio del matrimonio que aún subsiste, o los procederes que impliquen una grave desconsideración respecto del que todavía es cónyuge del infractor". El matrimonio religioso, cuya celebración se encuentra reconocida por el demandado y suficientemente comprobada como realizada el 29 de marzo de 1996 (fs. 2, testimonio de fs. 450/451, carta documento de fs. 1, informes agregados a fs. 18/20 y 170/175 del incidente sobre cambio de guarda de la licenciada Bosch -en copia fs. 347/348 y Valichonchi Iratti -en copia a fs. 320/325-), casi dos años después del retiro del marido del hogar conyugal (fs. 6 y fs. 80 vta., 3 de junio de 1994), importa un desprecio del vínculo matrimonial subsistente, sin que sea excusa atendible que justificue la convicción religiosa que invoca, ni los derechos constitucionales relacionados con la libertad de cultos a que hace mención a fs. 666 y vta.. No corresponde al tribunal entrar a considerar la legalidad de ese matrimonio religioso según las normas del derecho canónico, ni se afecta con esta decisión la garantía del libre y público ejercicio del culto reconocida a la Iglesia Católica Apostólica Romana, ni tampoco la del demandado, sino que la celebración de ese casamiento religioso y la vida en común con otra mujer que conlleva esa nueva unión, sin haber concluido la relación generada con el matrimonio civil subsistente, configura de modo evidente la violación del deber de fidelidad previsto en el art. 198 del Código Civil.-

La Sala, mediante voto del Dr. Jorge Horacio Alterini, ha expresado: "No debe olvidarse que la mera separación de hecho no libera a los cónyuges del deber de fidelidad que sin formular ningún distingo impone el art. 198 del cód. civil" (CNCiv. Sala C, marzo 18/1997, "V., L.A. c/ V., M.C. s/ divorcio", E.D. T. 173, p. 570/571, fallo 48.109). Concordantemente, la Sala F por mayoría, mediante el voto del Dr. Fernando Posse Saguier, sostuvo que más allá de la postura que pudiera adoptarse en cuanto a la controversia doctrinaria que allí se menciona, a los efectos de la repercusión de la separación de hecho debatida en ese proceso, lo cierto era que para que el deber de fidelidad cesara resultaba indispensable, al menos, la sentencia judicial que decretara la separación personal o el divorcio vincular. "De ello se sigue, entonces, -continuó diciendo- que la separación de hecho de los esposos no excluye el deber de fidelidad (conf. esta sala ("F") en L.L. T.1991-A-273 [3]; CNCiv. Sala A, en causa libre n.64.318, del 13/8/90; CNCiv., sala G, en causa libre n. 148.275, del 30/8/94; id. id., en E.D. 132-635, entre otras)..." (CNCiv. Sala F, octubre 12/1994, "I., E.E. v. N., E.D.", J.A. T.1995-III, p. 350/355, ver especialmente p. 351). Nuestro ordenamiento jurídico prevé dos vías judiciales para dar solución a los casos en que se produce la ruptura de la comunidad matrimonial en vida de los cónyuges: una que no disuelve el vínculo, la separación personal (art. 201 del Cód. Civil) para la que la ley contempla los efectos que produce (art. 206 y ss. del Cód. Civil); y otra que disuelve el vínculo (art. 213, inc. 3° del Cód. Civil) para la que también se prevén legalmente los efectos (arts. 217 y 218 del Código Civil). Distinto es el supuesto de la separación de hecho, respecto del cual la ley no lo ha regulado en forma explícita e integral, sino que solamente ha apreciado ese hecho para algunas situaciones que el legislador ha considerado conveniente reconocerle efectos jurídicos explícitamente determinados, pero que no alcanzan al vínculo matrimonial, ni -en

principio- a los deberes-derechos generados por el matrimonio, salvo las consecuencias inherentes a la separación de hecho en sí misma y a aquellos supuestos previstos explícitamente por la ley, sea en razón de la culpabilidad o de haberse dado causa a esa separación (art. 1306, el tercer párrafo, art. 3574, última parte del segundo párrafo y arts. 204 y 214, inc. 2° del Código Civil). Ninguno de esos supuestos contempla el cese del deber de fidelidad, ni tampoco puede inferirse de los arts. 204 y 214, inc. 2°, que la sola separación de hecho durante los plazos allí previstos libere a los cónyuges de dicho deber.- De tal forma coincido con el criterio recordado por el Dr. Fernando Posse Saguier en la obra antes citada acerca de que "...la realidad jurídica indica que los derechos y deberes inherentes al estado de familia matrimonial se mantienen mientras no resulten modificados por una sentencia judicial, destacándose que, respecto de la separación de hecho, el único derecho suspendido es el de la cohabitación; por otro lado, se agrega también que la doctrina de los propios actos debe tener adecuada aplicación dentro de la esfera matrimonial, ya que no parece razonable, frente a la infidelidad de uno de los cónyuges, otorgar consecuencias negativas a la inacción del otro cónyuge, desde que, de esta manera, se estaría violentando el principio favor matrimonii al obligarlo a ejercer la acción de divorcio (D' Antonio)" ("Código Civil Anotado", T. I-A, p. 579). Más adelante continúa diciendo: "Por nuestra parte, pensamos que la separación de hecho (acordada inicialmente o aceptada con posterioridad) no puede ser fuente generadora de efectos jurídicos no previstos y que, en rigor, apuntan a distorsionar la estructura legal impuesta al matrimonio. El restringido marco de la autonomía de la voluntad de los cónyuges impide que pueda considerarse extinguido el deber de fidelidad a través de una mera separación de hecho acordada o tolerada" (op. y loc. cit.).-

Como en el caso se trata de la celebración de un matrimonio religioso del marido con otra mujer cuando aún se hallaba vigente el matrimonio civil con la actora, corresponde encuadrar el caso en la causal de adulterio (conc. Carlos H. Vidal Taquini, "Matrimonio Civil-Ley 23.515", comentario al art. 202, paragr. 2, p. 345, Ed. Astrea, Bs. As., 2000, 2a. Ed. actualizada y ampliada).-

III.- Coincido con el criterio recordado por el Sr. fiscal de cámara en el sentido de que "...la autonomía que goza cada una de las causales previstas en el citado artículo (art. 202 del Código Civil), obsta a considerar que los hechos por los cuales prospera una de ellas, sean usados simultáneamente para tener por acreditada otra de las previstas en la citada norma (CNCiv., "A", J.A. 1978-III-397)...". De ahí que juzgo acertado lo sostenido por el Dr. Carlos R. Sanz en su dictamen en el sentido de que si ha quedado acreditado el adulterio, no puede prosperar la causal de injurias graves por idénticos motivos. Por tratarse justamente de dos causales que tienen su propio campo de operatividad (CNCiv. Sala "B", L.L. 1986-E-9, voto del Dr. Cifuentes)" (ver fs. 698 vta.).-

La actora cuando específicamente hace mención a las injurias graves de las que dice haber sido víctima (fs. 683, 10° agravio), por un lado se limita a enunciar genéricamente circunstancias relacionadas con otras causales (abandono del hogar, nuevo casamiento, fiesta respectiva, ocultación de ambos acontecimientos y forma en que mostró el video a la hija). Las referidas al abandono serán consideradas al tratar esa causal, y entre las demás que menciona las que pueden ser consideradas graves, están relacionadas con la causal de adulterio, sin que las otras situaciones a que hace referencia tengan entidad suficiente para considerar configurada la causal de injurias graves. Tampoco basta para admitir esta última, la sola circunstancia de haber tenido que promover la demanda de alimentos, ni la calificación que efectúa la apelante de lo actuado en el expediente sobre cambio de guarda.-

La misma suerte negativa debe seguir lo aducido por la actora acerca de que el demandado la acusó veladamente de cometer adulterio con la persona que menciona a fs. 683, acusación que invoca como injuria grave vertida en juicio, pues más allá de que ni siquiera señala concreta y razonadamente las circunstancias que podrían dar sustento a su reclamo, no ha de soslayarse que las imputaciones vertidas en juicio para que puedan ser apreciados como injurias graves son de interpretación estricta (Vidal Taquini, op. cit., comentario al art. 202, p. 358, número 5). De ahí que se exija gravedad, que excedan los límites de la defensa y que se viertan maliciosamente y con ánimo de injuriar o difamar (Eduardo A. Zannoni, "Derecho de Familia" T. 2, p.88, Ed. Astrea, 1989). Las endebles manifestaciones de la actora sobre este aspecto resultan insuficientes para considerar configurada en el caso esta causal.-

IV.- Como lo concerniente a la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar está relacionado con las cuestiones vinculadas con las injurias graves que endilga a la esposa el reconviniente, previamente trataré los agravios referidos a esto último.-

El hecho de que algunos testigos hayan declarado que la relación entre los cónyuges era normal o que era muy buena o bastante armónica (ver testimonios invocados a fs. 678 y vta.), no basta para desvirtuar los dichos de otros testigos reveladores de actitudes injuriosas de la cónyuge hacia el marido, pues bien puede suceder que aquéllos no hayan presenciado conflictos conyugales o actitudes agraviantes que sí fueron observados por los otros. Asimismo, los jueces no están obligados a ponderar en la sentencia una por una y exhaustivamente todas las pruebas ofrecidas por las partes, sino las que sean pertinentes y conduzcan a la solución de las cuestiones debatidas, pudiendo escoger las que estimen decisivas (Santiago C. Fassi, "Código Procesal Civil y Comercial, enmendado, actualizado y concordado" T. 1, p. 278, n° 543, Ed. Astrea, Bs. As., 1971).-

Corresponde, entonces, analizar los cuestionamientos que formula el reconviniente acerca de los testimonios tomados en consideración por la sentenciante a fin de determinar si constituyen o no pruebas con suficiente fuerza de convicción para acreditar la causal que el reconviniente atribuye a la esposa.-

Más allá de que la sola presentación del escrito de fs. 389 no tiene la trascendencia que pretende la actora, pues surge del proveído de fs. 390 y del acta de fs. 394 que estaba pendiente el planteamiento deducido por aquélla a las 7,31 del mismo día, respecto de otra testigo que debía declarar en ese mismo acto, lo cierto es que no fue articulada oportunamente la nulidad de la audiencia en la que declaró el testigo Marcelo Pablo D. (fs. 392/393), y por tanto de haber existido alguna irregularidad habría quedado subsanada (arg. art.170 del Cód. Procesal).-

Dicho testigo contestó que el trato que dispensaba la actora al demandado era pésimo, despectivo e insultante; que actitudes de este tipo las presencié en dos oportunidades, una en que el testigo y el demandado estaban en el living y ella cruza y dijo en tercera persona un insulto, y la segunda le dijo otra mala palabra a Del P., "dijo `vos y tus onanismos mentales" con tus amigos y amigos (en realidad no utilizó esa expresión sino una mala palabra de similar significado)..."(ver fs. 392 y vta, resp. 2a.). También hace referencia al mal trato que brindaba a los compañeros de trabajo de su marido (fs. 392 vta., resp. 4a.).-

El testigo Serra también hace alusión a la forma despótica, despectiva e insultante en que la actora trataba al marido (fs. 453 vta./454, resp. 3a y 4a).-

Con respecto a la testigo C., que había sido empleada doméstica del hogar de las partes, la reconvenida intenta privar de eficacia a sus dichos mediante aseveraciones subjetivas y alegaciones sin el debido sustento que en manera alguna resultan atendibles. No basta alegar que fue la esposa quien despidió a la testigo del trabajo en su casa, ni tampoco tiene trascendencia la suspicacia esgrimida acerca de cómo el marido pudo conocer el domicilio de la testigo para citarla, cuando ésta había dejado de trabajar en su casa años atrás. Niega que sea verdad lo declarado por esta testigo, pero contrariamente a lo expresado a fs. 682 ninguno de los razonamientos que expone permite concluir que la testigo miente. La distancia entre el dormitorio de servicio y el principal tampoco es óbice para que la testigo pueda haber oído o presenciado los hechos sobre los que declara. La coincidencia con el resto de los declarantes a que hace mención la sentenciante en el trato

irrespetuoso de la mujer hacia el marido está relacionada con los testimonios de D., Serra y Brizuela que analiza en ese mismo considerando IV (fs. 608vta/609). La testigo C. T. menciona el trato agresivo, de lenguaje y físico, el uso frecuente de términos menoscabantes hacia su marido (fs. 462, resp. 3a.);; como maltrato físico alude a cosas que le tiraba -un vaso, el juego de ajedrez, los libros que leía- y que lo despertaba a gritos cuando se dormía antes que ella (fs. 462 y vta., resp. 3a.).-

El testigo Brizuela expresa que en las pocas oportunidades que tuvo trato personal con la pareja, la actora se comportaba frente a su marido con un tono de superioridad, refiriéndose al accionado con desdén y sorna porque no ejercía la profesión de abogado en tanto que ella sí lo hacía (fs. 479 vta, resp. 3a.). También hace mención a conversaciones telefónicas del testigo con la actora en la que ésta lanzó insultos no sólo contra el demandado sino también contra la madre y abuela de aquél (fs. 480, resp. 4a. y 5a.). Las breves explicaciones que desarrolla la recurrente a fs. 682 vta. en manera alguna desvirtúan el contenido de la declaración de este testigo.-

Por lo expuesto, considero que las críticas expresadas por la apelante sobre la apreciación de la prueba testifical efectuada por la Sra. juez carecen de entidad para quitarle eficacia probatoria, y concordantemente con lo dictaminado por el Sr. fiscal de cámara, los testimonios que menciona a fs. 699 vta., describen de un modo concreto y circunstanciado, la inconducta matrimonial de la quejosa, y aunque alguno de los testigos no abunde en detalles, sus dichos no deben ser descartados, sino que resultan complementarios de los otros declarantes.-

De tal forma, la apreciación conjunta de toda la prueba testimonial, lleva a concluir con la Fiscalía de Cámara que en la posición más favorable a la reconvenida se podría considerar que su inconducta, tal vez, no fue permanente, pero que esto no enerva las ofensas que afectaron el honor y la dignidad del cónyuge.-

Por las consideraciones expuestas, los fundamentos de la sentenciante y los desarrollados por el Sr. fiscal de cámara, corresponde desestimar los agravios expresados por la reconvenida en cuanto a las injurias graves en las que ella incurrió.-

V.- Contrariamente a lo aducido por la actora la juzgadora no supone ni imagina un quiebre del respeto y consideración que se deben los cónyuges, sino que por las razones que surgen del considerando anterior, corresponde interpretar que las ofensas allí mencionadas, que constituyeron la causal de injurias graves de la esposa hacia su marido, quitan a este último la culpabilidad en el alejamiento del hogar que configuraría la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar, pues se ha entendido que quedan excluidos de esta causal "...todos los supuestos en que el cese de la cohabitación...se debiese a circunstancias o motivos inimputables a uno de los cónyuges, tales como por actitudes o conductas del otro" (Zannoni, "Derecho de Familia", T" 2, p. 93, n° 630, Ed. Astrea, Bs. As., 1989).-

Concordantemente con el dictamen del Sr. fiscal de cámara, considero que los elementos de juicio aportados no permiten relacionar el alejamiento del marido con el matrimonio religioso que celebró con posterioridad. Sobre el punto se destaca que la mera alegación de la actora en el sentido de que el alquiler de la casa en el Tigre, en época cercana a ese otro casamiento, era un intento de recomposición del matrimonio, en manera alguna basta para considerar acreditada esa circunstancia, sin otro elemento de convicción eficaz para acreditarla, menos aún frente a lo relatado por el marido a la licenciada Bratti acerca de que él pagaba la isla que alquilaban en el Tigre, que usaban Renata y Paz, y algunas veces él con su hija (fs. 172 del expte. sobre guarda y en fotocopia a fs. 322 vta.). De tal forma era exigible prueba convincente que fuera reveladora de ese propósito de recomposición que podría ser demostrativo de una conducta reprochable del esposo, pero evidentemente para ello no basta la comprobación de haberse alquilado una casa en la isla. Por otro lado, la separación de hecho del matrimonio producida hacía más de un año, habría continuado durante el lapso de ese alquiler.-

Por lo expuesto, también corresponde desestimar la queja referida a la causal en examen.-

VI.- Las cuestiones desarrolladas como 6° agravio a fs. 675 vta/676 vta, en nada repercuten para la solución del caso, pues si bien pudieron haber sido útiles para decidir en los procesos en que fueron requeridos los informes de que se trata, para decidir sobre las causales subjetivas invocadas por las partes en este proceso de divorcio no basta el análisis de la personalidad del demandado, sino que ésta debió ponerse de manifiesto en hechos que fueran reveladores de inconductas susceptibles de ser sustento de alguna de esas causales, y la apelante nada ha aportado en tal sentido, salvo lo relativo a la prueba del adulterio. VII.- Por los fundamentos expresados por el Sr. defensor de menores de cámara en su dictamen de fs. 696, ante la omisión de pronunciamiento explícito en la sentencia de primera instancia sobre el pedido de tenencia de la hija menor María de la Paz formulado por la madre, y el allanamiento del padre, corresponde decidir expresamente la atribución de la tenencia de la hija nombrada a la progenitora.-

VIII.- La materia debatida en esta instancia y el resultado de los recursos justifican en el caso que las costas también sean declaradas en el orden causado.-

Por las consideraciones precedentes, de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía de Cámara y por la Defensoría de Menores de Cámara, voto porque se desestime el recurso de nulidad y porque se modifique la sentencia de fs. 603/610 en cuanto a la causal por la que prospera la acción, declarándose que el divorcio vincular de Renata C. y E. Del P. se decreta por culpa de ambos, por adulterio del marido y por injurias graves de la esposa. Asimismo, se atribuye la tenencia de la hija menor del matrimonio, María de la Paz, a la madre. Con las costas de la alzada en el orden causado.-

Sobre la misma cuestión propuesta el Dr. Posse Saguier dijo:

Adhiero al preciso y exhaustivo voto del Dr. Galmarini cuya solución comparto plenamente.-

Sobre la misma cuestión propuesta el Dr. Alterini dijo:

Adhiero a los votos que anteceden.-

Con lo que terminó el acto.-

Fdo.: JORGE HORACIO ALTERINI - JOSE LUIS GALMARINI - FERNANDO POSSE SAGUIER

L.341.671 "C. RENATA C/ DEL P. E. MIGUEL S/ SEPARACIÓN PERSONAL"

Buenos Aires, octubre30de 2.002.-

VISTOS:

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se desestima el recurso de nulidad y se modifica la sentencia apelada de fs. 603/610 en cuanto a la causal por la que prospera la acción, declarándose que el divorcio vincular de Renata C. y E. Del P. se decreta por culpa de ambos, por adulterio del marido y por injurias graves de la esposa. Asimismo, se atribuye la tenencia de la hija menor del matrimonio, María de la Paz, a la madre. Con las costas de la alzada en el orden causado. Notifíquese. Devuélvase.-/-

Fdo.: JORGE HORACIO ALTERINI - JOSE LUIS GALMARINI - FERNANDO POSSE SAGUIER

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-