

En la ciudad de Mendoza, a los nueve días de setiembre de dos mil trece se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara Segundo de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los Sres. Jueces titulares de la misma Dres. Gladys Delia Marsala, Horacio C. Gianella y Silvina Del Carmen Furlotti, y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 232/9/36.795, caratulados: "B.C.B. C/ C.F.A. P/ DIV. VINC. CONT." originaria del Primero de Familia de Mendoza, de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 326, por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 28 de mayo de 2012, obrante a fs. 317/322, la que decidió: hacer lugar a la demanda y en consecuencia declarar el divorcio vincular; fijar cuota alimentaria; rechazar la acción por daños y perjuicios, imponer las costas al Sr. C., regular los honorarios a los profesionales intervinientes y firme y ejecutoriada la presente, ofíciase al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a los fines de su toma de razón.

Habiendo quedado en estado los autos a fs. 405, se practicó el sorteo que determina el art. 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de votación: Dres. Gianella, Marsala y Furlotti.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION, EL DR. GIANELLA DIJO:

1. En contra de la sentencia que luce a fs. 317/323 del EXPTE. N° 232/9, caratulado "B.C.B. CONTRA C. F. A. POR DIVORCIO VINCULAR CONTENCIOSO", dictada por el Sr. Juez del Primer Juzgado de Familia de la Ciudad de Mendoza, apeló el demandado reconviniente, según su presentación de fs. 326.

El magistrado decidió hacer lugar a la demanda articulada y, en consecuencia, declarar el divorcio vincular del Sr. F. A. C. y de la Sra. C.B.B., conforme a lo dispuesto por el art. 202 inc. 4° del C.C., por culpa exclusiva del Sr. C..

Asimismo resolvió rechazar la reconvenición articulada a fs. 34 y declarar disuelta la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda (02062009).

En otro orden de cosas también se expidió fijando una cuota de alimentos a favor de la Sra. B. y a cargo del Sr. C. en la suma mensual de pesos quinientos (\$500), pagaderos del 1 al 10 de cada mes y vigente a partir de la sentencia (art. 207, C.C.).

El decisorio contiene igualmente el rechazo de la acción que por daños y perjuicios se dedujo a fs. 34 y distribuyó las costas, imponiéndolas al Sr. C. por la demanda, por la reconvenición y por lo que prospera el reclamo alimentario, como asimismo por lo que se rechaza la tacha de fs. 226.

Por último, reguló los honorarios de los profesionales que actuaron en el expediente.

2. Los antecedentes de las cuestiones a resolver son los siguientes:

a. La Sra. C.B.B. interpuso demanda de divorcio vincular contencioso en contra de su cónyuge, Sr. F. A. C., fundada en la causal de injurias graves art. 202, inc. 4° C.C.; asimismo

accionó por alimentos definitivos para la cónyuge derivados de su falta de culpabilidad en el divorcio, solicitando la suma de \$1300 mensuales.

b. Luego de señalar que contrajo matrimonio con el demandado el 12 de agosto del año 1994 y que de esa unión nacieron dos hijos, actualmente menores de edad, J. y L., relató que luego de variadas circunstancias y cambios de domicilio por el trabajo el actor, al regresar a Mendoza, a partir del año 2006 el demandado desplegó una serie de actitudes injuriantes, como distintas conductas ofensivas relacionadas con que ella fumaba, a descalificarla porque no trabajaba y que no tenía una profesión, a lo que se sumó la violencia psicológica y económica por parte del Sr. C. hacia su persona.

c. También describió que para el año 2008 un día la echó de la casa, aunque inmediatamente cambió de postura y prefirió irse él; sostuvo que a partir de ese momento le dijo que le iba a depositar la suma de \$2000 mensuales para los gastos de la familia, le quitó todas las tarjetas de crédito y débito.

d. Agregó que ante esta situación no pudo renovar el contrato de alquiler de la casa donde vivía con sus hijos, por lo que tuvo que mudarse a una casa a una más humilde; añadió que el Sr. C. no abonaba la cuota alimentaria en tiempo y forma y un día se apoderó de los dos autos que tiene el matrimonio.

e. A fs. 33/40 contestó demanda y reconvino el Sr. C., por la causal de injurias graves, fundada en la falta de affectio maritalis y la vulneración del deber de fidelidad recíproco; asimismo articuló la acción de daños y perjuicios por daño moral por la suma de \$20.000, por las manifestaciones difamatorias e injuriantes y falta a la verdad en el escrito de demanda, así como la falsedad de sus dichos y la de los testigos ofrecidos que declararon en la medida cautelar.

f. A fs. 42 la actora denunció que comenzó a alquilar la casa de Córdoba por la suma de \$1700; a fs. 45 se dió traslado de la reconvención, la que fue contestada a fs. 52/55; a fs. 57 el Sr. C. denunció como hecho nuevo el emplazamiento a escriturar la casa de Córdoba, a cuyo fin acompañó como documental carta documento, incidente que contestó a fs. 92/93 la actora, formulando las aclaraciones del caso en cuanto a todos los trámite y gastos que ha realizado al respecto.

g. Se agregó la siguiente prueba: informe del Instituto de la Mujer del Gobierno de la Provincia, a fs. 126/197 informe de la AFIP, respecto de las liquidaciones de haberes del Sr. C. durante el período noviembre del año 2008 y hasta enero de 2011.

h. A fs. 214 y siguientes se llevó a cabo la audiencia de vista de causa, incorporándose la declaración testimonial de Amancio B. (fs. 214/216), la absolución de posiciones de la Sra. B. (fs. 217/219), las testimoniales de Angela Casterán (fs. 220/222), Jorge Gabriel Piñeiro (fs. 223), Daniela Reale (fs. 224/226) y Guillermo B. (fs. 227/228).

i. A fs. 237/238 se agregó informe de la AFIP sobre la composición del salario del Sr. C. y a fs. 239/269 informe del banco Río Santander; a fs. 295/304 se agregaron las actuaciones

N° P47969/08 de la 4° Fiscalía Correccional y con todos los autos conexos ofrecidos como prueba el Sr. Juez dictó su sentencia.

3. El Magistrado desplegó los siguientes fundamentos para decidir como lo hizo:

Respecto de la demanda y reconvención (injurias graves).

a. Que tanto la Sra. B. como el Sr. C. invocan en su demanda y reconvención, respectivamente, la causal de injurias graves, la que participa de los caracteres comunes a las causales previstas por el art. 202 del C.C., esto es: a) taxatividad, b) gravedad, c) imputabilidad, d) invocabilidad, e) no ser excluyentes entre sí; f) necesidad de su acreditación probatoria y g) resultar comprensivas de hechos posteriores al matrimonio.

b. En cuanto al concepto de injurias graves, parte de la doctrina ha intentado delimitar su concepto, analizando los elementos que la caracterizan: Belluscio enseña que son injurias aquellas que "... constituyan una ofensa para el esposo, ataquen su honor su reputación o su dignidad hiriendo sus justas susceptibilidades... y revisten gravedad cuando su intensidad y trascendencia hace imposible al cónyuge ofendido mantener la convivencia".

c. Un encuadre de cómo deben darse los hechos configurativos de las injurias graves surge de un fallo de la Sala H de la Cam. Nac. Civil que indica: "...admitiéndose un solo hecho determinante de esta causal, cuando se den la confluencia de tres factores configurativos: ocasión (factor temporal y ambiental), intensidad (factor lesionante) y especificación (factor delimitativo). Es decir, la actitud injuriosa debe ser probada en sí misma en su gravedad.

d. No cabe dudas entonces de que las injurias deben ser graves; no obstante la misma ley hace una observación que exige al Juez al apreciarla tener en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse. Por eso varios fallos han sostenido que "un hecho de naturaleza injuriosa puede revestir o carecer de ella, según el medio en que se ha producido, la calidad de la persona y la causamotivo o pretexto que ha dado lugar al hecho injurioso.

e. En segundo lugar, es necesario que la actitud del injuriante sea voluntaria, o sea, basta que el autor haya ejecutado una conducta consciente, aún cuando no haya tenido intención de ofender.

f. En tal sentido Belluscio señala que "... entra en el concepto de injurias graves los hechos no cometidos con el propósito de ofender al cónyuge pero que importan errores de conducta de los que se tiene o debe tener convencimiento de su incompatibilidad con los deberes naturales, porque se resuelven en motivos de afrenta o humillación para el otro esposo".

g. Por su parte la doctrina moderna en derecho de familia, viene sosteniendo una suerte de flexibilización del derecho matrimonial permitiendo de esta manera al juez analizar las causales sin encasillarse en la exhaustiva taxatividad de las mismas. En tal sentido expresa Mizrahi que "... el nuevo enfoque exigirá un derecho matrimonial flexible, con una respetable discrecionalidad en manos del juez y, también, posibilitar un margen de disponibilidad de la relación jurídica matrimonial a favor de los cónyuges. En ese orden de ideas ya no tenía

mayor sentido la supervivencia del divorciosanción en un cuadro de catálogo taxativo de ilícitos mentados por la ley. Si, como acertadamente se ha sostenido, todos ellos implican una grave violación a los deberes derivados del matrimonio, bastaba una única formulación genérica...”.

h. Corresponde, entonces, analizar si los hechos aducidos por la actora son configurativos de la causal de injurias graves y si han sido probados.

i. Del análisis del material probatorio –fundamentalmente del informe de fs. 123/125 y de las testimoniales de fs. 214/216, 224 y 227/228 resulta acreditado que el Sr. C. desarrolló durante la convivencia un trato con características de maltrato psíquico hacia la actora, que la hostigaba en público porque fumaba, que la descalificaba porque no trabajaba fuera del hogar, que el demandadoreconvenido se quedó con ambos vehículos del matrimonio después de separados, que no ha depositado el monto de la cuota alimentaria en tiempo y que le interrumpió la cobertura social.

j. Todos los testigos señalados son contestes en afirmar dicho trato, relatan diferentes episodios que han presenciado o de oídas y que han ocurrido en su mayoría en el interior del seno familiar, tanto el nuclear como el extenso.

k. Al respecto tengo que destacar dos tópicos. Uno, que el informe del Instituto de la Mujer (fs. 123/125) refiere que la paciente presenta las características propias de “síndrome de mujer maltratada” configurando un sistema familiar disfuncional en donde la violencia continuó aún después de separados (vale destacar que el informe se emite en febrero del año 2011, manifestando que la Sra. B. se presentó al instituto en fecha 150708); ello es conteste no sólo con la “dependencia” económica que la cónyuge ha denunciado, sino con el maltrato que en este sentido se le ha dispensado inmediatamente después de la separación, tales como depositar menos de lo acordado en cuanto al monto de la cuota alimentaria, “apoderarse” de ambos autos del matrimonio, dejando a la mujer y los hijos en inferioridad de situación y suprimir las tarjetas destinadas a la esposa.

l. El otro tópico que se toma en consideración es que el hecho de fumar atribuido a la Sra. B. no es la conducta que desde el punto de vista médicopsiquiátrico podría calificarse como una enfermedad y/o adicción, lo cual no es motivo de análisis, sino el trato público de hostigamiento que le ha dispensado su marido frente a esta circunstancia es lo que se tiene en cuenta; correlativamente también se ha probado que realizaba comentarios descalificantes dado que la Sra. B. no realizaba tareas remuneradas fuera del hogar.

m. En consecuencia y en función de los elementos probatorios analizados puede afirmarse que los hechos invocados por la actora han sido probados y tienen la entidad suficiente a mi criterio para constituir la causal de injurias graves invocadas.

n. Haciendo una evaluación integral de la prueba testimonial, informativa y de absolución de posiciones arrimada a la causa, y tal como lo adelantara, entiendo que los hechos invocados por la actora, analizados en su conjunto a través de las probanzas de autos, demuestran una conducta agravante hacia el otro cónyuge exteriorizada en múltiples

episodios, permitiéndome considerar como injuriante la conducta del demandadoreconviniente.

ñ. Respecto de las injurias en que se apoya la reconvencción, todas las testimoniales rendidas, en especial la testigo Angela Casterán (fs. 220/222, ex empleada doméstica) o el testigo Jorge Piñeiro (fs. 223 compañero de trabajo del Sr. C.) o la absolución de posiciones de la actora (fs. 217/219) ni siquiera tangencialmente hacen presumir que en la conducta denunciada por el Sr. C. haya existido y/o pueda ser imputable a la Sra. B..

o. En efecto, no hay referencia alguna a que la actorareconvenida haya protagonizado hechos o circunstancias que denoten una conducta equívoca o sospechosa, de manera tal que, pueda haber infringido, por lo menos en el aspecto moral, el deber de fidelidad que impone el estatuto matrimonial.

p. Cada pareja se construye a partir de códigos comunes, modalidades que por ser intrínsecas a la formación de la misma le son inherentes y que podrán o no coincidir con lo que el imaginario colectivo tiene como normales o anormales, por lo que cuando los jueces debemos evaluar si la conducta traída al juicio como significativa del agravio constituye una conducta susceptible de ser calificada de injuriosa como causal de divorcio no podemos “mirar” esa conducta a la luz de nuestro propio imaginario o del colectivo actual, sino a la luz de lo que para estos cónyuges significaba respetar dichos acuerdos y en consecuencia la gravedad que tal conducta representa para los mismos.

q. De ello se desprende que los hechos fundantes de la causal de divorcio esgrimida por el Sr. C. no han sido probados, por lo que la reconvencción deberá ser rechazada, con costas al demandadoreconviniente.

Respecto de la acción por alimentos pedidos por la cónyuge.

a. La Sra. B. también pidió se le fije una cuota alimentaria de \$1300 mensuales, con fundamento en que es la cónyuge inocente, conforme los parámetros del art. 207 del C.C.

b. A su turno, el Sr. C., sin pedir expresamente el rechazo de la pretensión, sólo esgrime a fs. 38 vta. que en relación a este monto solicitado no va a preservar el nivel de vida esgrimido por la actora, puesto que manifiesta de manera irónica se tiene que poner de acuerdo ¿o tenía un buen nivel de vida o era violento económicamente?.

c. Para determinar la extensión del derecho solicitado, es dable tener presente que se discute en doctrina y jurisprudencia cuál es la naturaleza del mismo, máxime si se otorgan para que tengan efectos una vez decretado el divorcio vincular.

c. La mayoría de la doctrina entiende que se trata de un derecho alimentario de naturaleza asistencial, que comparto; es el propio art. 207 del C.C. quien nos da las pautas o criterios para determinar el contenido del mismo.

d. El nivel socio económico de que gozaban los cónyuges mientras duró la convivencia. En el caso advierto que era bueno, de clase media alta, dos autos, vivienda propia emplazada en la provincia de Córdoba, bienes que componen el patrimonio ganancial;

a mayor abundamiento me remito a la testimonial de Angela Casterán (fs. 220/222) y de Guillermo B. (fs. 227/228).

e. Edad de la solicitante, que a la fecha tiene casi 40 años, aunque ha cursado estudios universitarios, todavía no ha alcanzado el título correspondiente (absolución de posiciones y autos N° 336).

f. Conforme a los roles clásicos y/o tradicionales conformaron una familia en la que ha sido la Sra. B. quien se dedicó al cuidado y crianza de sus dos hijos (ver testimonial fs. 220/222), hoy a más de ello ha conseguido trabajo en relación de dependencia en el poder judicial (ver autos N° 336/9/1).

g. En este contexto ha sido el Sr. C. quien se dedicó exclusivamente a trabajar en tareas remuneradas y fuera del hogar, cuyo salario mensual que surge de fs. 237/238 y de los autos N° 3006 es de \$13000 aproximadamente.

h. Sobre la base de estas consideraciones pondero que el reclamo de la Sra. B. es procedente, debiendo discernir ahora si el monto de \$1300 solicitado es el que corresponde. Atento a todo lo expuesto, aparece prima facie, como prudente, sin embargo valoro un hecho no controvertido en autos y es que la peticionante recibe el alquiler de la vivienda ubicada en la provincia de Córdoba, por lo que instada la liquidación y partición de la misma deberá serlo por partes iguales (cf. art. 1315, C.C.); luego, la percepción exclusiva de los frutos civiles de ese bien que le trae aparejado cierto alivio en sus ingresos, a más de haber pedido voluntariamente la suspensión del trámite alimentario en los autos N° 336/9/1 por haber obtenido un trabajo en el poder judicial, es que reduciré la suma pedida.

i. Se advierte entonces que, dada las circunstancias descriptas, es procedente fijar la cuota alimentaria en la suma de \$500.

Con relación a la indemnización por daños y perjuicios:

a. El demandadoreconviniente, acumuló la petición accesoria de daños y perjuicios por las manifestaciones difamatorias e injuriantes y falta a la verdad vertidas en el escrito de demanda, así como la falsedad de sus dichos y la de los testigos ofrecidos en la medida cautelar, concretando su reclamo en la suma de \$20.000 por daño moral.

b. Partiendo de la premisa básica que la reparación de daños y perjuicios en las acciones de divorcio, no tiene asiento legal, sino que han surgido de diferentes pronunciamientos judiciales, surgiendo teorías permisivas, otras negatorias y algunas eclécticas respecto a que sea contemplada la indemnización en determinadas circunstancias.

c. Entiendo que las relaciones jurídicas familiares o de convivencia pueden constituirse en fuente de perjuicios para quienes interactúan en ellas, sea por daños inferidos por la conducta antijurídica de otros familiares o convivientes, sea por los detrimentos experimentados por el obrar de terceros, en cuanto afectan derechos subjetivos o intereses legítimos de quienes están ligados por ese tipo de vínculos; así, por ejemplo, existe responsabilidad por daños derivados del divorcio, de la ruptura de esponsales, de la

transmisión de enfermedades congénitas o prenatales, de la ruptura de una relación de concubinato, del ejercicio de la tutela o de la curatela, etc.

d. El divorcio en sí, o mejor dicho los hechos constitutivos de sus causales, suelen representar para algunos de los cónyuges una fuente de perjuicios materiales o morales; el resarcimiento de dichos daños es generalmente admitido en el derecho tanto nacional como extranjero, sea sobre la base de disposiciones legales específicas, o bien sobre la aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil.

e. En el entendimiento de que debe procederse a la indemnización en aquellos supuestos en los cuales hay un verdadero menoscabo de derechos personalísimos, cabe analizar si en autos se ha dado esta situación.

f. Entiendo que la procedencia de la reparación por el hecho de daños morales provocados durante el matrimonio, y en el juicio de separación o divorcio, no eximen a quien lo esgrime de la obligatoriedad de probar que la conducta del actor ha tenido la virtualidad suficiente para condenar a la indemnización; debe estarse ante un hecho ilícito, imputable al otro cónyuge, que provoca efectivamente un daño con ese actuar.

g. Desde luego que en autos, se advierte con claridad meridiana que los hechos esgrimidos por la Sra. B. han sido probados y por lo mismo se declara el divorcio, no teniendo la misma suerte los hechos esgrimidos por el Sr. C.

h. Suele ocurrir que en un juicio de divorcio, los cónyuges se hacen mutuas imputaciones, atribuyendo uno al otro, recíprocamente, los hechos culpables que han conducido a la separación, lo que es hasta cierto punto comprensible.

i. Si bien, desde un punto de vista, en este tipo de juicios debe respetarse el derecho de defensa de las partes, la jurisprudencia ha resuelto en varias oportunidades que aquellas imputaciones hechas en el juicio introducidas de mala fe, con el único fin de injuriar o difamar, exceden la inmunidad de la defensa en juicio.

j. Pero para calificar esto supuestos, priva un criterio restrictivo, ya que de otro modo podría constituir una forma indirecta o encubierta de obtenerse el divorcio por mutuo consentimiento. De ahí que se exija gravedad, que excedan los límites de la defensa y que se viertan maliciosamente y con ánimo difamatorio.

k. En el caso, el análisis de la pretensión del Sr. C. se corre hacia otro extremo; es necesario destacar que los hechos expuestos por la actorareconvenida han sido probados y tomados en cuenta para disponer el divorcio, y tampoco se advierte exceso en el derecho de defensa al manifestarse la Sra. B. en la causa, y menos aún se puede trasladar el motivo del reclamo a la falsedad de los dichos de los testigos en la medida cautelar puesto que la actora no puede cargar sobre sí con las consecuencias del accionar de terceros; en todo caso el Sr. C. tiene o ha tenido a su disposición otros remedios procesales o sustanciales, sea la tacha o denuncia penal que corresponda; por lo tanto esta imputación debe ser rechazada, con costas al peticionante.

I. Tampoco el Sr. C. ha especificado de qué manera tales hechos reúnen la entidad suficiente como para dañar y el nexo de causalidad adecuada con el supuesto perjuicio sufrido; en síntesis, el reclamante no ha probado la existencia del daño, el que no puede presumirse.

Respecto de la tacha de la testigo Daniela Reale (fs. 226):

a. La Dra. Correa tachó a la testigo porque interpreta que la presencia del Sr. C. perturba de algún modo a la deponente, quien ha manifestado que le genera temor sin que le haya hecho nada personal y que, como consecuencia de ese temor, la autonomía de su voluntad se encontraría cercenada en sus dichos lo que impide que su testimonio sea libre y sin la carga de subjetividad que le genera.

b. A su turno el patrocinante de la actorareconvenida pidió el rechazo de la tacha porque esta declaración es coincidente con otra prueba, que no es subjetiva.

c. Ha dicho la jurisprudencia mendocina "... la apreciación de los dichos de los testigos debe efectuarse por el juzgador según las reglas de la sana crítica, mediante la valoración integral de los mismos, la cual supone la comparación de las declaraciones entre sí como partes de un todo y no como compartimentos estancos..." (CC4, Mendoza, 1999/5/17, LS 5152, citado por Gianella, Horacio y ots. Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, T II, LL, 2009, comentario ar. Art. 199, pág. 401).

d. También se ha dicho en el orden local que "... el testigo puede declarar sobre hechos que no ha percibido directamente, sino que le han sido narrados por otros... Puede resultar que el hecho no haya sido percibido directamente por el declarante, ya que el testimonio puede referirse a algo que haya oído de otras personas o que deduzca o infiera en otros hechos o circunstancias... esas circunstancias podrán influir sobre la eficacia o el valor probatorio que corresponda adjudicarle al testimonio, pero no impiden su existencia".

e. Por su parte tiene dicho la Segunda Cámara Civil de la Primera Circunscripción Judicial: "Los jueces deben apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica. El valor de los testimonios es el resultado de una operación que el Magistrado debe hacer en cada caso, con los elementos de juicio circunstanciales y sin otro condicionamiento que las normas fundamentales que la lógica vivificada por la experiencia. Por ello debe procurarse desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración, mediante su confrontación con las demás circunstancias de la causa, resultando en este sentido importante la valoración de los dichos, conforme a los principios señalados, pues los testigos se pesan y no se cuentan. Y al respecto, también es criterio aceptado, que en la apreciación de la prueba testifical, el Sentenciante goza de amplia facultad: admite o rechaza la que su justo criterio le indique, pudiendo inclinarse hacia la que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que pudieran obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del mismo".

f. Teniendo en cuenta estas consideraciones y luego de una exhaustiva lectura de la declaración de la testigo Reale, de su cotejo con lo declarado en preguntas anteriores y de las

demás pruebas arrimadas a la causa, no se advierte subjetividad tendenciosa ni un grado de temor fundado por la presencia del Sr. C. en la audiencia de relevancia tal que me lleven a advertir parcialidad en sus declaraciones y que conduzcan a admitir la tacha, por lo que entiendo que la misma debe rechazarse, debiendo cargar con las costas el demandado reconvenido, conforme al principio chiovendano de la derrota.

4. El apelante fundó su recurso en los términos del memorial que corre agregado a fs. 366/377, el que admite la siguiente síntesis:

Respecto de las injurias graves.

a. Son erradas las consideraciones del juez en cuanto al vicio de fumar y las críticas que se le atribuyen al apelante en cuanto al modo en que recriminaba ello a su esposa; el fumar sí es una enfermedad, contrariamente a lo que dice el sentenciante: a partir de allí puede entenderse el interés del Sr. C. en que la actora dejara de fumar, por ella y por toda su familia, hecho reconocido por el demandado y que llevó a una discusión por ello en el año 2.004, no obstante la Sra. B. siguió fumando hasta que efectuó un curso para dejar la adicción, lo que ocurrió en el año 2.007.

b. Ante los pedidos infructuosos de que dejara de fumar, decidió el marido separarse por este motivo –como manifestó la testigo Reale y en cuanto a que le dijo el recurrente que si seguía fumando se iba a morir, no debe sacarse de contexto, pues debidamente interpretado no es injurioso incitar al cónyuge a que deje un vicio, el que sí es una injuria, como lo es el alcoholismo o el descuido de la higiene personal; los testigos que declarar sobre el punto son parciales, pues entienden la actitud del demandado como hostigamiento y no como interés en la salud de la esposa y de la familia.

c. Tras preguntarse qué debía hacer, razona que luego de intentar disuadir a la actora sin éxito alguno, pues no obstante los consejos se encontró con la reticencia de la esposa en revertir la conducta, argumenta que no es un profesional que pudiera ayudar a la fumadora, por lo que, tal debió recurrir a la familia, pero de las declaraciones testimoniales emerge que no tenían ningún interés en ocuparse del tema, ni del daños que causaba, en forma pasiva, sobre los hijos del matrimonio el vicio de la progenitora; la restante alternativa era la separación, como en algún momento tuvo la intención.

d. El juez no valora que los testigos que declararon respecto del tema son sus hermanos y su cuñada, todo lo cual lleva a que el juez se equivocó en no considerar que el tabaquismo sea una enfermedad, que el humo afectaba a toda la familia, aceptando sin más las testimoniales que sacaron de contexto la conducta tendiente a disuadir el abandono del tabaco, no valoró que luego de que dejara de fumar no hubo ningún otro comentario del demandado.

e. Con relación a la actitud del recurrente respecto del trabajo que había conseguido, como docente, la actora en Lavalle, sólo fue una opinión la que emitió, conforme a la cual no le convenía pues iría a pérdida; la calificación de injuriosa de la conducta de C. por parte de los hermanos de la actora, es claramente subjetiva, en un caso, y en el otro, una mera

calificación sin precisión de hechos y fechas, añadiéndose a ello que se trata de los hermanos de la actora, los que han sido parciales al declarar.

f. El Juez no tuvo en cuenta la declaración de quien fuera empleada doméstica en el hogar conyugal durante mucho tiempo, quien declara que la relación entre los esposos era buena, sin perjuicio de alguna discusión, la que no pasaba a mayores.

g. El informe de fs. 124/125 –proveniente del Instituto de la Mujer no tiene la contundencia que autorice, como lo hace el juez, a considerar que medió violencia psicológica y económica por parte del esposo, siendo que concurrió al mencionado instituto una vez, en donde recibió asistencia psicosocial y asesoramiento legal, y, por otra parte, no ofreció como prueba, la pericia psicológica que podría haber elaborado personal del C.A.I., especializados en el tema.

h. La sentencia muestra una injustificada y excesiva valoración positiva del juez de los dichos de la actora, quien no ha acreditado suficientemente la causal de violencia económica; omitió asimismo una adecuada valoración de la prueba informativa de fs. 239/269; el juez ha meritado sesgada e infundadamente la realidad conyugal e injustamente el acuerdo privado post separación; también es injustificada la omisión de valorar la prueba informativa de fs. 128/198.

i. Estuvieron siempre de acuerdo los cónyuges en que el Sr. C. se encargaría de proveer lo necesario para vivir y la esposa el cuidado de hijos y hogar, mientras concluía sus estudios universitarios, por lo que la dependencia económica de la actora no fue por una decisión del demandado y no afectaba a las partes, mientras que el juez ha interpretado ello de modo diverso e incorrecto.

j. El matrimonio se quebró en el año 2006 y luego de que el Sr. C. se fuera del hogar, llevándose sólo sus bienes personales y un auto, acordaron que pasaría \$2.000 por mes, lo que hizo parcialmente, pues a veces sólo dio \$1.600 y otras lo convenido; la accionante quedó en la vivienda, con un vehículo y la administración de la casa de Córdoba, cuyo alquiler –si bien no lo percibió algún tiempo por razones ajenas al apelante lo sigue usufructuando, de todo lo cual se extrae que no medió ninguna violencia económica ejercida por el demandado.

k. Respecto de la interrupción de los servicios de la obra social no hay ninguna prueba que permitiera al Juez concluir en que ello fue atribuible al recurrente ni que haya ocurrido; contrariamente, de las liquidaciones de los haberes de la empleadora –AFIP emana que se le hacían los descuentos y, por su carácter obligatorio, era imposible decidir tal interrupción.

l. El juez incurre en una excesiva valoración de la conducta del demandado, haciendo una interpretación sesgada de la realidad conyugal; la falta de comunicación con posterioridad a la separación no debe ser achacada solamente al apelante, sino a ambos cónyuges; en cuanto a la baja dada a las tarjetas de crédito, ello se debió a una acuerdo de las partes y no a un temperamento dirigido a violentar, económicamente, a la actora.

m. En cuanto a los vehículos, en virtud del trabajo del apelante, por el cual debe trasladarse en forma permanente, debía prestar servicios en Palmira y a la frontera y la ruptura del automotor que llevó consigo al separarse, le impuso la necesidad de disponer del segundo automotor, pero los traslados de los niños, sin perjuicio que debieron hacer algunos en colectivo, eran provistos por el padre y su progenitor.

n. Igualmente la sentencia contiene una sesgada e infundada interpretación de la realidad conyugal y una insuficiencia probatoria de las fechas de los hechos y la omisión de la prueba informativa obrante a fs. 195/198; el juez no tuvo en cuenta dos hechos, cuales son el momento en que empezaron los conflictos maritales y el día de la separación y el después.

ñ. El conflicto se inició en el año 2.006, pues antes de ello no hay prueba alguna que muestre otra cosa; durante el año 2.007 la relación fue muy buena, según expresara el propio apelante, y el agobio que dijo haber sufrido la mujer luego del regreso de la provincia de Córdoba, no fue aclarado en cuanto a sus motivos; debe tenerse en cuenta que las partes se separaron en mayo de 2.008, por lo que evidentemente las percepciones del periodo anterior son muy diversas, debiéndose tener en cuenta que en el año 2.007 la Sra. B. ya había dejado de fumar; lo concreto es que ésta, en el año 2.006, ya no sentía lo mismo, no tenía ganas de continuar, pues dejó de sentir amor por su esposo, lo que se puede inferir de lo que las partes establecieron en el marco de los hechos y ello fue lo que en realidad agobió a la actora.

o. No hubo determinación de fechas de los hechos injuriantes, pues el supuesto hostigamiento por el cigarrillo, los únicos datos que hay en el expediente es, según la actora, que comenzó en el 2.006, y el apelante dijo que en el año 2.004 hubo una discusión al respecto; tampoco hay ubicación temporal de las descalificaciones por la falta de trabajo y de profesión, lo que se limitó a una charla conyugal que se dio una sola vez.

p. No ha sido probado que, el día de la separación, el marido haya agredido verbalmente a la actora y la haya echado de la casa, para luego decidir irse él, quien en realidad no deseaba que su matrimonio terminara, siendo la esposa quien ya no lo quería y deseaba concluir la relación; lógicamente debió ocurrir una discusión de la que nunca se sabrá el contenido, pero que en todo caso no se puede atribuir responsabilidad a una parte.

q. Respecto a los hechos posteriores a la separación, el juez no tuvo en cuenta que fue la Sra. B. quien hacía más de dos años se encontraba viviendo una situación de desamor por lo que su estado psicológico debió ser de baja estima, pero no por un trato psicológico violento por parte del esposo.

r. El incidente ocurrido el 15 de junio de 2.008, atribuido al apelante, no está probado; sólo emana de las constancias de autos la comprobación por la policía que puerta de la vivienda estaba rota en la cerradura y el marco de la puerta, a esa altura

Con relación a los alimentos concedidos a la actora.

a. En la actualidad la actora debe estar trabajando en el Poder Judicial de Mendoza, en virtud de lo cual debe percibir en el carácter de sueldo entre \$4.500 y \$5.000 y sigue

administrando el inmueble ubicado en Córdoba, cuyo alquiler debe rondar los \$2.500, por lo que, conforme emana también de los autos por alimentos para los hijos, la demandante está administrando \$12.000 para ella \$7.000 y sus hijos \$5.000, lo que quita sustento a su pretensión, dado que no se encuentra en peor situación económica que el demandado.

Respecto de las costas y la tacha de la testigo Reale.

a. Luego de analizar la actuación profesional de la Dra. Ester Correa, quien asistiera al demandado en la causa, atribuyéndole impericia, temeridad y desconocimiento de las reglas elementales del ejercicio eficaz del oficio, pide que le sean impuestas las costas en forma solidaria con su ex cliente y que le sean cargados sus propios honorarios.

b. El juez no debió minimizar el temor que la testigo Reale dijo tener de C., quien se encontraba presente en el acto de la declaración, pues ello implicó una arbitrariedad y un exceso de valoración ya que pasó por encima de la percepción personal de la testigo sobre el demandado y simplificó su fundamento el hecho; el temor de Reale sí influyó en todo su relato a tal punto que lo expresó en su declaración.

5. La actora apelada replicó a los agravios en su escrito articulado a fs. 381/393 el que tengo por reproducido en honor a la brevedad, sin perjuicio de su concreta consideración en cuanto sea ello pertinente.

Con la debida participación del Sr. Fiscal de Cámaras (v. fs. 404) en estas condiciones quedó en estado de ser resuelto el recurso bajo estudio.

6. Entrando en la consideración de la apelación, adelanto mi opinión desfavorable a su procedencia, por las razones que paso a exponer.

En cuanto a los agravios que trae el apelante a esta Alzada referidos a las injurias, caben las siguientes consideraciones.

6.1 La cuestión del hábito de fumar.

En primer lugar, las disquisiciones que contiene la pieza de fundamentación respecto a si el hábito de fumar es o no una enfermedad, fue un tema expresamente excluido de las razones que tuvo el juez para decidir como lo hizo. Dejó suficientemente en claro que el tema a dilucidar no era éste –no es motivo de análisis, dijo sino el trato de hostigamiento que, públicamente, le prodigaba el demandado a su esposa en razón de que fumaba.

No obstante, parte de los agravios vertidos al respecto, en lugar de favorecer su posición, la debilitan. A mi juicio, afirmar que el hábito de fumar es una enfermedad y que, por ello tuvo conflictos con la actora que lo llevaron a decidir, o pensar, en separarse de la misma, implican una actitud agresiva hacia la misma basada en que está enferma y, en íntima relación, una exigencia de “curación”, como si ello dependiera, exclusivamente, de la voluntad de la persona.

De todos modos, lo que debemos analizar, como correctamente lo hizo el Sr. Juez, es si el marido desplegó una conducta hostil, expresada públicamente, puesto que si ello fue así, no tengo la menor duda de que está inmersa tal conducta en el concepto de injuria

grave. Tras el análisis de la prueba, no cabe concluir sino en que tal temperamento fue desplegado por el demandado.

El Sr. Amancio Valentín B., quien declara a fs. 214 vta. que al Sr. C. no sólo le molestaba que su esposa fumara, sino que la ofendía al reclamarle que dejara de hacerlo, habiendo llegado al extremo de decirle a sus hijos que su madre se iba a morir sino dejaba de fumar, quienes igualmente le reclamaban a la madre que se apartara del vicio. El testigo también aporta que se trataba de un hostigamiento continuo. Hostigar significa perseguir, acosar, molestar a través de burlas, contradiciendo permanentemente al otro, o de cualquier otra manera (Diccionario de la Real Academia Española). Si a ello le agregamos que esta conducta se despliega en público, no cabe duda alguna que es injurioso, conforme a la jurisprudencia que el Sr. Juez cita en su fallo.

También se expiden sobre el hostigamiento referido, aunque con otras palabras, el Sr. Guillermo A.R. B., al declarar a fs. 227 y sgtes. y Daniela Reale, al hacerlo a continuación. El primero expresó que al demandado le molestaba el vicio de la esposa y que tenía un excesivo control de esa situación, “ de alguna manera era como que la perseguía”. (fs. 227 v.). Reale aporta que el tema le molestaba a C. y que “ ... se ponía un tanto pesado con el tema, incluso amenazaba con separarse de ella si no dejaba de fumar”. Agrega, en obvio interés de la cuestión analizada, que presenció durante un almuerzo el comentario del demandado al hijo mayor del matrimonio según el cual se separaría de la esposa si no dejaba de fumar y que, en varias reuniones familiares, reiteraba el tema, como asimismo que la actora le contó que en una ocasión había tenido una discusión muy fuerte con su esposo por cuanto éste le había dicho que era capaz de prostituirse por un cigarrillo.

Si bien se trata de los testimonios de los hermanos y la cuñada de la accionante, sus dichos aparecen fuertemente respaldados mutuamente, por la coherencia de los relatos, la ausencia de contradicciones, por lo que, no obstante la relación parental, es prueba que dimana de personas cuya imparcialidad no puede objetarse.

A propósito de ello, adelanto que el agravio referido a la Sra. Reale, tampoco puede proceder. Ello así porque los argumentos de la tacha podrían haber tenido algún sentido si el temor que le produjo la presencia de C. en la audiencia de vista de causa, expresado por la propia persona, la hiciera sospechosa de no querer comprometer al demandado, precisamente por el miedo que le producía. Pero si, no obstante el expresado temor, declaró como lo hizo, no advierto razón para aprobar la tacha. Es por demás comprensible que, ante la necesidad de declarar lo que aportó Reale, le produjo temor la presencia de la persona a quien evidentemente perjudicaba. Pero ello no es razón para excluir el valor probatorio de su testimonio.

6.2 El trato denigratorio en virtud que la actora no trabajaba ni había obtenido su título profesional.

Tampoco son atinados los agravios vertidos sobre este aspecto de las injurias.

Amancio V. B. aporta datos importantes sobre la cuestión. Expresó en su declaración antes individualizada que “ ... como mi hermana estudiaba y no tenía experiencia en la calle, era una tonta...”, concluyendo a modo de síntesis “ ... La idea básica era esa”.

El apelante pretende apoyar sus quejas en que de esta declaración no pueden extraerse fechas y precisiones de cuándo el demandado habría expresado estas consideraciones que evidencian desprecio y descalificaciones de la personalidad de la esposa.

A mi modo de ver, al señalar el hermano de la apelada que “ La idea básica era esa...”, lejos de ser una imprecisa manera de explicar lo que sucedía, es una elocuente síntesis de lo que sucedía usualmente, es decir que a través de diversas actitudes, comentarios, críticas, etc., el Sr. C. descalificaba a su esposa, en público, enrostrándole su falta de capacidad para obtener un título universitario y/o para trabajar. Y es una elocuente síntesis de lo que luego concreta, al referir que esta actitud castigadora, por descalificatoria, ocurría “cotidianamente”, es decir cuando habían reuniones familiares, en la vivienda del matrimonio C.B., en la casa de otra hermana de ellos o en la de su madre.

Guillermo A. B., en su declaración antes considerada, corrobora los dichos de su hermano y agrega que no sólo presencié escenas en las cuales su cuñado descalificaba sino que en conversaciones con aquél, despreciaba y descalificaba a C., razón por demás fundada para intentar hacer reflexionar a su cuñado, mostrándole las cualidades de su hermana, infructuosamente, por lo que optó, luego, por retirarse del lugar cuando C. hablaba de este reprochable modo de su hermana, lo que –también aporta el testigo era un tema de conflicto familiar.

Reale expone de modo idéntico, circunstancia que refuerza el valor probatorio de los otros testigos y, en síntesis, se potencian unos a otros. Igualmente refiere a reuniones familiares en donde constató el desprecio con que el apelante trataba a su esposa, de quien decía, en público, no sólo que no trabajaba ni obtenía su título, sino que tampoco era capaz de cocinar.

En definitiva, deja claro la prueba colectada y ya analizada que C. desplegaba, en este aspecto también, una conducta doblemente injuriosa y dolorosa para la mujer, por cuanto no sólo se dirigía a ella despectivamente, sino que lo hacía frente a sus propios familiares, lo que configura una clara injuria.

La declaración de la Sra. Casterán (la que se puede leer a fs. 220 y sgtes.) no desvirtúa el poder de acreditación de las restantes testimoniales ya analizadas, por cuanto prestaba sus servicios durante un acotado tiempo tres veces por semana y por cuanto no conoció todas las épocas involucradas en el conflicto, ni tampoco estaba presente en el escenario de los hechos, individualizados en los testimonios antes individualizados.

A esta altura del estudio del recurso, quedan los agravios vertidos respecto de las cuestiones ya tratadas absolutamente desvirtuados, en especial que no haya mediado determinación de fechas de los hechos injuriosos, dado que está por demás demostrado que ellos ocurrieron en varias ocasiones en los lugares en que los testigos señalan. No es

dable exigir, para tener por configurada la injuria, la precisión del día en que cada hecho ocurrió, pues todos los testigos son contestes en que las conductas antes analizadas eran de usual ocurrencia.

6.3 La plataforma fáctica así reconstruida es a mi juicio suficiente para concordar con el Sr. Juez que me precedió en el juzgamiento, que estos hechos fueron injuriantes en el sentido jurídico explicado en la sentencia apelada, y ello habría bastado para acoger la demanda por la causal contenido en el pronunciamiento. Asimismo, es suficiente para rechazar el recurso de apelación.

Sin embargo, los restantes hechos fijados en la sentencia recurrida, son, a su vez injuriosos, y, por ende, complementarios de los ya estudiados.

En efecto, el informe del Instituto de la Mujer (fs. 124/5) no está elaborado en función de una sola visita de la actora al mencionado instituto, pues su análisis y conclusiones están desarrollados luego de un tratamiento al que fuera sometido, dentro de las estructuras de la institución, por lo que no cierto que consistiera el proceso de evaluación en una opinión basada en una charla con la apelada.

Pero lo cierto y valioso es que el informe guarda total coherencia con las pruebas ya valoradas y lo que quienes trabajaron en ayuda de la actora se relaciona íntimamente con lo a ella sucedido por el trato propinado por su esposo.

Por lo demás, las personas que llevan adelante las tareas propias del Instituto de la Mujer, tienen la misma especialización que el personal del CAI y, por último, comparto lo afirmado por la recurrida, contando con la prueba del informe analizado, era el marido quien, si tenía interés en desvirtuarlo, llevaba el peso de ofrecer la prueba técnica del CAI.

Se agrega, en el sentido antes adelantado, que es el propio apelante que, tras el designio de refutar los argumentos del juez referidos a la violencia económica con que sometía a la esposa, admite no haber cumplido con lo pactado en materia de alimentos después de la separación y que no pagó el total de lo convenido (v. su contestación de demanda), que la esposa e hijos tuvieron que mudarse de casa a una de menor canon locativo (v. testimonial a fs. 214 v.) y que la cuota de la obra social no era descontada en su totalidad por la empleadora, pues debía el Sr. C. completar el pago (v. fs. 38 v. de la contestación de demanda), lo que deja sin sustento lo dicho en su memorial de agravios, porque sencillamente no es cierto.

Aunque también a mayor abundamiento, los mismos argumentos traídos en los agravios respecto de las razones para dejar sin vehículo a su familia, son predicables del Sr. C., dado que, por una parte, si tenía que trasladarse a la frontera, podía hacerlo en colectivo y no dejar sin automotor a la esposa, el que quedaba durante su estadía en aduana parado – o en cualquier otro lugar que fuera a prestar servicios. En segundo lugar, el argumento es que se apropió del segundo automotor por cuanto necesitaba reparar el que se había llevado el día de la separación. Luego, la reparación del vehículo dura lo que dura, sin que se requiera mayor fundamento que éste para enervar la explicación justificativa de tal proceder.

Mención aparte merece la rotura de la puerta de entrada a la vivienda que ocupaban su esposa e hijos, relatada en detalle por Amancio A. B., acotando incluso que los niños estaban adentro de la casa, abrazando el mayor al menor mientras mantenía un cuchillo en su mano para defenderse del propio padre. También cobra relevante fuerza la testimonial de Reale al relatar que la actora le había confiado que el marido la había obligado a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, obligándola emocionalmente.

6.4 En cuanto a los alimentos, tampoco comparto los argumentos contenidos en los agravios.

Los mismos fundamentos expuestos respecto de la violencia económica que ha sufrido la mujer, lleva de la mano a la confirmación de la escueta suma de dinero que fijó el Sr. Juez, la que por escueta no resulta injusta, por cuanto ha tenido en miras los extremos que en materia de alimentos corresponde considerar.

Realmente afirmar que porque la actora trabaja como empleada en el Poder Judicial de la provincia y percibe un alquiler –lo que significa una suma de dinero escasa si se atiende a la necesidad de alquilar vivienda no parece adecuado a las circunstancias de ambos contendientes. (el resto del dinero señalado por el apelante es el destinado a los alimentos de sus hijos).

Fijar la cuota de \$500 mensuales que decidió el Sr. Juez, mirando tanto a la necesidad como a la posibilidad de alimentada y alimentante, respectivamente, es ajustado a esos parámetros en juego.

6.5 La cuestión de las costas que el demandado apelante pretende se impongan a la Dra. Correa, por dos motivos es improcedente.

En primer lugar, es éste un tribunal de apelación, al que sólo compete revisar las decisiones de cuestiones que se hayan adoptado en la instancia de grado precedente o, en todo caso, que hayan podido adoptarse, lo que no es el caso de autos.

En segundo término, esta pretensión sobreviniente a la actuación de la profesional aludida es ejercida en ausencia total de la posibilidad de defensa de la Dra. Correa.

De cualquier modo, queda siempre abierta la posibilidad al recurrente de ejercer las acciones que crea corresponda en contra de su anterior asistente jurídica.

6.6 Por todo ello, propongo a mis distinguidas colegas que integran el tribunal el rechazo total del recurso de apelación y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

Sobre la misma cuestión las Dras. Marsala y Furlotti, dijeron que adhieren al voto que antecede. Así voto.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. GIANELLA DIJO:

Las costas de Alzada debe soportarlas el apelante que resulta vencido (art. 36, I del CPC).

Así voto.

Sobre la misma cuestión las Dras. Marsala y Furlotti, dijeron que adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que se inserta a continuación:

S E N T E N C I A:

Mendoza, 9 de setiembre de 2013.

Y V I S T O S: Por lo que resulta del acuerdo, precedente el Tribunal

R E S U E L V E:

1. Desestimar el recurso de apelación interpuesto a fs. 326 en contra de la sentencia que luce a fs. 317/323 dictada por el Sr. Juez del Primer Juzgado de Familia de la Ciudad de Mendoza, la que se confirma en todas sus partes.

2. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido.

3. Regular los honorarios profesionales de los Dres. ... y ... en las sumas respectivas de PESOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS (\$4.400) y TRES MIL OCHENTA (\$3.080) sin perjuicio de los complementos que correspondan al momento del pago (arts. 15 y 3 de la ley arancelaria vigente).

4. Regular los honorarios profesionales de alzada de los Dres. ... y en las sumas respectivas de PESOS QUINIENOS SETENTA y SEIS (\$576) y CUATROCIENTOS TRES (\$403) sin perjuicio de los complementos que correspondan al momento del pago (arts. 15 y 3 de la ley arancelaria vigente), por la apelación de la procedencia de la acción de alimentos.

5. Regular los honorarios profesionales de los Dres. ..., en las sumas respectivas de PESOS CUTROCIENTOS (\$400) y DOSCIENTOS OCHENTA (\$280) sin perjuicio de los complementos que correspondan al momento del pago (arts. 15 y 3 de la ley arancelaria vigente).

NOTIFÍQUESE y BAJEN.

Horacio C. Gianella

Gladys Delia Marsala

Juez de Cámara Juez de Cámara.

Silvina Del Carmen Furlotti

Juez de Cámara