

“Divorcio Vincular - Violencia Familiar - Divorcio contradictorio –causales- matrimonio celebrado en el extranjero”

FALLO: CNac.A.Civ., Sala K, 14-02-2012, D. M., D. H. c/ F. De D. M., L. G. Fuente: LEGIS- ERUDITOS PRACTICOS-DERECHO DE FAMILIA-2012

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los 14 días del mes de febrero de 2012, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de entender en los recursos de apelación interpuestos por las partes en los autos: "D. M., D. H. contra F. De D. M., L. G. sobre Divorcio. Ordinario", habiendo acordado seguir la deliberación y voto el orden del sorteo de estudio la Dra. Lidia Beatriz Hernández dijo:

I. La cuestión a resolver en esta alzada.

El actor inició demanda de divorcio contra L. G. F. de D. M., por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años, reservando la invocación de causales subjetivas para su oportunidad en el caso de que su cónyuge introdujera el tema de la culpabilidad.

La demandada a fs. 17/34 reconvino al actor por divorcio por las causales de injurias graves y abandono del hogar y solicitó el resarcimiento del daño moral.

A su vez, a fs. 112/118 D. H. D. M. contestó la reconvenición negando los hechos y a su vez reconvino a su cónyuge por la causal objetiva dejando a salvo los derechos como cónyuge inocente y en subsidio por las causales de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar que atribuyó a la demandada. Solicitó en consecuencia se decrete el divorcio por culpa exclusiva de la mujer.

La reconvenición de la reconvenición contestada por la mujer a fs. 124/125 solicitando su rechazo y que se decrete el divorcio por culpa exclusiva de su esposo, con costas.

La sentencia de fs. 536/542 desestimó la demanda y la reconvenición de fs. 112/118 e hizo lugar a la reconvenición de fs. 17/34, por lo que decretó el divorcio de los cónyuges D. H. D. M. y L. G. F. de D. M., por culpa del esposo y por la causal de injurias graves (art. 202, incs. 4 y 214 inc. 1 del Cód. Civil)). Rechaza la indemnización por daño moral solicitada por la cónyuge. Con costas al actor vencido (art. 68, párrafo 1º del Código Procesal).

Contra dicho pronunciamiento recurren ambas partes. El actor expresa agravios a fs. 594/599 y la demandada a fs. 602/603 los que son contestados a fs. 605/606. A fs. 608/611 dictamine el señor Fiscal General

II. Los agravios del actor.

En general el apelante cuestiona la valoración de la prueba testimonial efectuada por la juez de la anterior instancia y que ésta haya concluido que se encuentra acreditada la causal de injurias graves imputables a su parte, no considerando la testimonial y el resto de los elementos probatorios con los que se acreditaron las causales que invocara y que prueban la culpa de su cónyuge en la separación. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia decretando el divorcio por culpa exclusiva de la esposa, con costas.

En virtud de lo expuesto, consideraré los agravios del apelante, distinguiendo la causal de divorcio que se le imputa en la sentencia, esto es, las injurias graves, para luego tratar las causales de injurias graves y abandono del hogar que el actor y reconviniendo atribuye a su cónyuge.

III. Las causales de divorcio invocadas en autos.

Resulta relevante para comprender la cuestión planteada aclarar las causales de divorcio que fueron invocadas por los cónyuges y los hechos constitutivos de aquéllas relatados en los escritos respectivos.

El esposo demandó por la causal objetiva de separación de hecho por más de tres años, conforme lo prevé el art. 214 inc. 2° del Código Civil, pero luego al reconvenir alegó no haber dado causa a la separación solicitando se le reconozcan sus derechos como cónyuge inocente, tal como lo prevé el segundo párrafo del art. 204 del Código Civil, aplicable por remisión del inc. 2 de la primera disposición citada. Además subsidiariamente invocó contra su cónyuge las causales de injurias graves y abandono del hogar.

Al reconvenir, la mujer imputó a su cónyuge injurias graves con fundamento en la violencia doméstica que ejerciera el marido contra ella y su hija menor, el incumplimiento de la prestación de alimentos y el abandono del hogar.

Resulta relevante destacar que hizo bien el juzgador en tratar primero las causales subjetivas de divorcio, pues acreditadas las mismas, resultan preponderantes frente a la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse. De todas maneras, al haber invocado su inocencia y reservar sus consiguientes derechos como cónyuge inocente en la reconvencción de la reconvencción, el esposo introdujo causales subjetivas, identificándolas como injurias graves y abandono del hogar.

Es que resulta indudable, en mi criterio, que a pesar de la mala técnica legislativa del art. 204, segundo párrafo del Código Civil, cuando el cónyuge alega no haber dado causa a la separación, debe probar la culpa de la otra parte. En este aspecto comparto el voto en disidencia del Dr. Bossert en los autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Sanchis Muñoz, José Ramón c. Chocarro de Sanchis Muñoz, María Bertha", resuelto por la Corte Suprema de Justicia con fecha 15 de agosto de 1.995, S.677. XXVIII, cuando dice que "... no obstante la redacción del último párrafo del art. 204 del Código Civil, que alude a la alegación y prueba de la propia inocencia, lo que se debe probar es la culpa de la otra parte, ya que lo contrario implicaría exigir una prueba negativa de imposible cumplimiento, como sería demostrar que, a través del tiempo, la propia conducta estuvo exenta de violaciones de los deberes matrimoniales." En el mismo sentido, Belluscio, Manual de derecho de familia, T I, p. 389.

De allí que cuando la norma se refiere a la alegación y prueba de la inocencia parece ser aplicable al cónyuge demandado, ya que el actor directamente puede demandar por las causales del art. 202. En el caso de autos resulta indudable lo que venimos sosteniendo, pues el actor a pesar de invocar su inocencia imputó a su cónyuge las causales de injurias graves y abandono voluntario del hogar previstas en el citado art. 202 en la reconvencción de la reconvencción.

IV. La convergencia de causales objetivas y subjetivas.

Como lo he manifestado en mi voto en los autos "C., Á. contra V., A. L. F. A. sobre Divorcio. Ordinario". Expediente 6.610/2.00, del 28 de agosto de 2008, es sabido que el régimen jurídico del divorcio y de la separación personal acepta en nuestro derecho, desde la reforma introducida por la ley 23.515, causales objetivas y subjetivas, además de la posibilidad que otorgan a los cónyuges los arts. 205 y 215 del Código Civil de solicitar la separación personal o el divorcio denominado por "mutuo consentimiento" o también llamado de presentación conjunta.

Con la separación de hecho por más de dos años o más de tres, según se pretenda la separación personal o el divorcio vincular, se ha introducido una causal objetiva que responde al denominado divorcio remedio, concepción que gira alrededor de la idea que el conflicto conyugal presupone la quiebra o el fracaso matrimonial. Entonces, según esta solución, como dice Zannoni, pueden mediar o no adulterio, injurias o abandono, pero el conflicto presupone una crisis en la unión matrimonial que es justamente la que precipita ese conflicto. Por ello, si éste es de tal importancia que provoca la quiebra o fracaso irremediable de la unión, no tendría sentido buscar artificiosamente ilícitos (Autor citado, El divorcio vincular en la Argentina, pág. 55).

De todas maneras, el actual art. 202 del Código Civil enumera las causales subjetivas de separación personal y divorcio y el art. 204, en su segundo párrafo, faculta a quien es demandado por la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse reconvenir por una causal subjetiva o hacer reserva de inocencia y en esa circunstancia –por vía de interpretación– se permite al actor a su vez la "reconvencción reconventionis" a fin de invocar también causales subjetivas (conf. plenario del fuero en autos "G., S. N. c. F., F. J. s/Separación personal" del 11 de agosto de 1.998, LL 1999-F-764, 42.116-S).

Como se advierte, coexisten en el sistema argentino la concepción del divorcio sanción con la del divorcio

remedio. En este aspecto, es valioso citar nuevamente a Zannoni cuando sostiene: "Estamos de acuerdo en que a la quiebra del matrimonio no la provoca necesariamente la comisión de hecho ilícitos por parte de uno de los cónyuges... La compleja urdimbre de los afectos actúa dentro de parámetros muchos más amplios en que no siempre hay inocentes y culpables. Para todos estos casos la solución del conflicto a través del divorcio como última ratio no puede ser negada. Pero la circunstancia de que la ley permita a cualquiera de los cónyuges demandarlo en razón de la quiebra del matrimonio, no significa que deba impedirse al demandado la posibilidad de probar las causas de esa quiebra. El divorcio –mucho más que la separación de cuerpos- implica una solución extrema, que, objetivamente, disuelve el vínculo matrimonial. No es indiferente –no debe serlo- que un matrimonio se disuelva o no, y si se disuelve por causas realmente imputables a uno de los cónyuges no debe ser indiferente para el derecho la situación gravosa que sufre quien no dio causa al conflicto, porque eso sería atentar contra un principio general del derecho, el *naeminen laedere*." (Autor citado, ob.cit. pág. 71)

En definitiva, el derecho no debe dejar de hacer el juicio de reproche al cónyuge culpable, a la vez que permitir al inocente neutralizar los efectos que debería soportar en razón del divorcio. Se cumple así con el principio de justicia de dar a cada uno lo suyo. Nos parece que mucho más disvalioso que permitir que el cónyuge inocente invoque una causal subjetiva es que a éste se le apliquen los efectos del divorcio como si fuera el culpable.

No cabe duda que cuando se invocan una causa objetiva (la separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años) y una subjetiva (las injurias graves), y ambas se prueban, el juez al resolver deberá decretar el divorcio por esta última causal y la culpabilidad del cónyuge que incurrió en esa causal de divorcio. Así lo dispone el art. 235 del Código Civil en el sentido que la sentencia contendrá la causal en que se funda y el juez declarará la culpabilidad de uno o ambos cónyuges, excepto en los casos previstos en los arts. 203, 204, primer párrafo y en el inc. 2 del art. 214.

Al respecto, entonces, comparto la doctrina que sostiene que la causal objetiva cede si también se ha probado la subjetiva, la que prevalece sobre aquella (conf. CNCiv. Sala G abril 22-1997, LL 1998-B-129, citado en la sentencia y C2 Civ y Com. Paraná, sala II, 1998-09-11, LL Litoral 2000-92; Zannoni, Derecho de Familia, T I, p. 117 y ss. Lagomarsino – Uriarte, Separación personal y divorcio, p. 255).

Por ello, disiento con aquella posición que considera que debe sustentarse el pronunciamiento en la causal objetiva si resulta probada cuando además se ha probado la subjetiva, sin perjuicio que también se funde el decisorio en la subjetiva; en mi criterio, probada la causa del conflicto, o sea la causal subjetiva, el divorcio deberá decretarse por esa causal y por culpa del cónyuge que incurrió en ella. Es que en realidad, el sistema argentino del divorcio mantiene un doble régimen de causales, a pesar de que, como vimos, ambas pueden converger en un mismo juicio.

Los regímenes tienen efectos diferentes, por ello, si se prueba la causal subjetiva, ésta absorbe a la objetiva también acreditada, pues no puede privarse al cónyuge inocente de los efectos que el ordenamiento le confiere (Solari, Néstor, El principio de congruencia de la sentencia y las causales de divorcio, LLNOA 2008 abril, pág. 231).

Además entiendo que probada la causa del conflicto, ya el conflicto mismo deja de ser relevante como causa del divorcio, por lo que deberá decretárselo fundado en la causal subjetiva únicamente y por culpa del cónyuge que incurrió en ella.

Tampoco se diga que el juez no debe olvidar que el régimen de la culpa ahonda el deterioro de las relaciones familiares, porque ello no es así en todos los casos. Cuando uno de los cónyuges ha sido el culpable no resulta indiferente que el derecho no lo sancione con los respectivos efectos del divorcio y tampoco resulta justo que el inocente deba soportar iguales efectos que el culpable.

Si bien es cierto que se advierte una nueva comprensión del conflicto conyugal y la necesidad de desactivar la controversia, el juez no debe olvidar que la solución justa debe ser el norte del derecho y que en las consecuencias jurídicas de la aplicación de las normas reside también su poder educador.

Por otra parte y en lo que hace a la valoración de la prueba, en mi criterio, tampoco surge de la ley argentina que deba valorársela restrictivamente o "con particular rigor" para tener por probada la causal subjetiva.

La introducción de la causa objetiva de separación de hecho no permite concluir en este sentido. Probada la causal subjetiva, deberá decretarse la culpabilidad del cónyuge.

Entiendo que tanto cuando converjan causales objetivas y subjetivas, como cuando deba resolverse un divorcio donde ambos cónyuges se imputan causas fundadas en la culpa, debe valorarse de la misma manera la prueba de los hechos causantes del divorcio. La posición contraria, en mi criterio, parte de un preconcepción, cuestionar las causales que dan lugar al divorcio sanción tomando partido por el divorcio sin culpas. Pero debe recordarse que el régimen del divorcio en nuestro país recepta también el divorcio sanción.

No siempre hay inocentes y culpables, ante ello el conflicto mismo será la causa del divorcio; pero también debe permitirse probar las causas de esa quiebra matrimonial, que serán precisamente los incumplimientos que llevan a la culpabilidad de uno o ambos cónyuges.

Por ello, el derecho sanciona a quien incurrió en conductas antijurídicas e incumplió deberes, no sanciona el desamor, a menos que ese desamor haya llevado al cónyuge a cometer hechos u omisiones tales que haciendo imposible la vida en común constituyan causales subjetivas de divorcio. No puede, por ende, la falta de amor justificar por ejemplo el abandono del otro cónyuge. En todo caso podrá reflejarse en el conflicto que acredite una causal objetiva de divorcio, cuando no se invoque y pruebe la culpabilidad del otro cónyuge, o llevar a los cónyuges a un divorcio por presentación conjunta.

Desde esa perspectiva analizaré la prueba de las causales subjetivas invocadas, advirtiendo que en autos ambos cónyuges han aceptado que se encuentran separados de hecho desde hace más de tres años y que ambos han demandado además por causales subjetivas de divorcio.

V. La causal de injurias graves atribuida al marido.

La prueba fundamental a producirse en el juicio de divorcio es la de que el cónyuge ha incurrido en alguna de las causales legales, es preciso aportar todos los elementos de prueba posibles a fin de establecer la verdad de la situación planteada entre los esposos; en general tal prueba debe tener la necesaria fuerza de convicción para llevar al espíritu de los jueces la seguridad de que son ciertos los hechos que se invocan (Belluscio, Derecho de Familia, T III, p. 436, núm. 821 y Manuel de Derecho de Familia, T I, p. 414, núm. 252, quinta edición actualizada).

Asimismo, siguiendo el art. 377 del Código Procesal, tratándose las causales de divorcio de hechos constitutivos alegados como fundamento de la demanda o reconvenición, su prueba incumbe a la parte que las alega (conf. Zannoni, Eduardo, Derecho de Familia, T II, p. 100, núm. 636; Lagomarsino-Uriarte, ob.cit., p. 379).

Pues bien, invocada la causal de injurias graves, pesaba sobre la cónyuge reconviniente acreditarlas. Como ya es tradicional, se define esta causal como "toda especie de actos intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para el cónyuge, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades (definición del juez Argentino G. Barraquero, en C.Civ. 1º, agosto 6-1945, La Ley 39-748 y J.A. 1945-IV-68 y que desde entonces ha sido reiterada en numerosos fallos jurisprudenciales, véase citas en Belluscio, Derecho de Familia, T III, p. 1233, nota 217). Se trata en definitiva de ofensas o menoscabo de un cónyuge al otro y esas ofensas o menoscabo pueden provenir de actitudes, palabras, conductas que, en general, importan agraviar a un esposo; pueden provenir del otro cónyuge o de un tercero, consintiéndolo aquél; pueden referirse a las persona de uno de los esposos o a su familia o a sus costumbres, a su forma de ser o de sentir (Zannoni, ob.cit. p. 83, núm. 627).

La causal de injurias graves por su amplitud comprende innumerables situaciones, de allí que se la haya caracterizado como una causal residual. Si bien todas las otras causales reciben tratamiento autónomo, no cabe duda que podrían ser tratadas en la genérica calificación de injurias.

Como bien expresa Belluscio, dada la variedad de hechos que pueden configurar injurias es necesaria por lo menos la alegación genérica de los mismos, pues no se respetarían las normas directrices de la relación procesal si, por ejemplo, se invocaran insultos y se probara infidelidad (Autor citado, ob.cit. lugar citado).

Tal solución no implica que resulte indispensable agotar con detalles todos y cada uno de los hechos comprendidos en la causal invocada que sustenta la pretensión de divorcio, pero deben citarse los más relevantes y que sirvan de guía suficiente para valorar la conducta imputada y permitir a la contraparte la defensa de sus derechos (C.N.Civ. Sala C, abril 15-1969, La Ley 136, p. 297. En doctrina Lagomarsino-Uriarte, Separación personal y divorcio, p. 299; Belluscio, Augusto César, Derecho de Familia, T III, p. 472 y ss. núm. 841).

Siguiendo la doctrina y jurisprudencia citada, debo recordar que, como lo describí en apartados anteriores, la esposa invocó la causal de injurias graves y consideró que además del maltrato de su cónyuge, tanto físico como verbal, ella y su hija tuvieron que tolerar el incumplimiento del deber de asistencia material, debió iniciar una denuncia por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar primero y un juicio de alimentos después.

La colega de grado consideró, en lo que se refiere a la causal de injurias graves, que se encuentran probados hechos de violencia doméstica por parte del demandado hacia su esposa en los términos del art. 202 inc. 4 del Código Civil y también que aparece como injuriosa la actitud adoptada en el aspecto material por el Sr. D. M., quien una vez producida su salida de la vivienda conyugal omitió el cumplimiento de los deberes a su cargo en orden a la asistencia material de su cónyuge e hija.

Debe examinarse entonces los hechos acreditados en autos, desde la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial citada sobre la materia.

En mi criterio, el demandado no ha podido desvirtuar el análisis que el juzgador hizo de la prueba testimonial y de la documental producida.

No se encuentra controvertido que en el momento de producirse la separación el esposo era el único que sostenía económicamente a la familia, mientras la mujer se ocupaba de las tareas del hogar y el cuidado de la hija del matrimonio.

La prueba traída a estas actuaciones -testimonial y constancias del juicio sobre denuncia de violencia y alimentos tramitados entre los cónyuges, que corren por cuerda- da cuenta del cambio efectuado por el marido, quien dejó de asistir económicamente a su familia después de retirarse del hogar (conf. autos "F., L. G. contra D. M., D. H. sobre Denuncia por violencia familiar", Expediente 127348/1995 y los autos sobre alimentos, ejecución de alimentos y aumento de cuota tramitados entre las mismas partes).

En el juicio sobre violencia se acredita que producida la exclusión de hogar del demandado dejó de aportar al hogar conyugal, omitiendo la suficiente asistencia material, aun cuando se probó en aquel juicio y en el de alimentos que al producirse la separación el marido seguía trabajando y mantenía en actividad su taller mecánico.

La abrupta disminución del nivel económico de la familia ocasionada por el esposo, así como sus incumplimientos posteriores de la asistencia material, a punto tal que dio lugar a un juicio de alimentos en el cual fue condenado (conf. Autos "F., L. G. y otro contra D. M., D. H. sobre Alimentos", Expediente 4077/200 y los incidentes de ejecución de alimentos y aumento de cuota) sin que se haya acreditado que ese incumplimiento se debiera a causas justificadas, sino que, por el contrario, se ha demostrado que el marido siguió trabajando y tenía medios para mantener el normal nivel de vida de su familia, constituye la causal de injurias graves.

Obsérvese que meses antes de los incumplimientos de la cuota alimentaria provisoria fijada en los autos sobre denuncia por violencia familiar, los esposos habían llegado a petitionar el divorcio por presentación conjunta en los términos del art. 215 en cuya presentación el aquí actor había reconocido en concepto de alimentos para su esposa e hija la suma de \$ 1.000 (conf. fs- 2 vta. del Expediente 20050/1997 acompañado al presente), mientras que producida la exclusión del hogar, los meses que pagó redujo por sí mismo y sin justificación la cuota a \$ 300 para ambas alimentadas, importe totalmente insuficiente para subsistir.

La secuencia temporal de los incumplimientos de alimentos por parte del marido también reflejan violencia doméstica, pues considerando que la mujer se dedicaba al momento de la separación al cuidado de la hija común, no cabe duda que los reiterados incumplimientos, principalmente en los primeros meses de la separación debieron repercutir gravemente en el desarrollo vital de la mujer y de su hija. La violencia no sólo puede ser física sino también psicológica y económica, privando a aquellos que hasta entonces dependían del actor de la asistencia material indispensable para vivir.

En este sentido, se ha resuelto que la falta de cumplimiento de las obligaciones materiales derivadas del deber de asistencia configura injurias graves, incluso la falta de alimentos a los hijos (CNCiv. Sala E, set. 2-1968, LL 136-1068, 22.137-S; CNCiv. Sala D, set. 24-1968, LL 134-609; CNCiv. Sala F, abril 19-1966, LL 123-225; CNCiv. Sala D, dic. 20-1979, LL 1980-C-18; CNCiv. Sala G, julio 7-1981, Rep. LL XLII, 946, sum. 27), también que la constituye la falta de contribución al sostenimiento económico del hogar por parte del marido a pesar de contar con los medios para hacerlo o cuando su aporte es escaso y desproporcionado

con su situación económica (CNCiv. Sala D, agosto 8-1960, LL101-789 y CNCiv. Sala E, julio 29.1974, ED 61-209).

Para así concluir, a pesar de la modificación del art. 198 del Código Civil por la ley 23.515 y el art. 265 por la ley 23.264, tengo presente que durante la unión el único que aportaba económicamente al hogar conyugal era el marido y la esposa cuidaba de la hija del matrimonio y cumplía tareas de ama de casa.

Para evitar injusticias deben respetarse las modalidades y desenvolvimiento de cada matrimonio y analizarse cada caso particular (CNCiv. Sala A, 27/10/1987, JA diario del 12/10 1988, y CNCiv. Sala B, 10/11/1980, Rep. LL t XLI, A-I, pág. 1246, sum. 54); de allí que resulte relevante que en autos el único aportante fuera el marido y la mujer no trabajara al producirse la separación de los esposos.

Además de la violencia económica, ejercida por el marido al momento de la separación, también consta la denuncia sobre violencia física y psicológica efectuada por la mujer y del informe psicológico de fs. 15 del expediente 127346/1995 surge que las características del psiquismo del actor se caracteriza por la sobrecarga psíquica, impulsión expulsión, por lo que la hija menor lo percibe con una fuerte tonalidad persecutoria. A fs. 41 de esos autos se decreta la exclusión de D. H. D. M. del domicilio conyugal.

La testigo S. E. F. a fs. 299/302 de los presentes da cuenta de los hechos de violencia contados por la actora quien dice tiene todas las características de una persona que ha sufrido violencia y abuso.

Asimismo, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Dirección General de la Mujer informa a fs. 321 que la demandada fue derivada en la misma Institución a un Grupo de Mujeres Víctimas de Violencia Familiar contando como coordinadoras a las Lic. Schiratti y Mascali, concurriendo desde octubre de 2000 a abril de 2001.

También a fs. 378 el perito psicólogo informa que la mujer realizó tratamiento psicológico luego de su separación en el año 1997 por violencia familiar. En el Hospital Alvear realizó terapia grupal por violencia y tratamiento individual. Consultó por la misma temática en el Centro Gallego y hace dos años realizó un período de seis meses de tratamiento psicológico en el Hospital Subizarreta. También con referencia al actor el informe psicológico de fs. 378/382 reafirma las características psíquicas del marido referidas a la problemática de control impulsivo e implicancia de estos rasgos caracterológicos fundamentalmente en el contacto interpersonal y establecimiento de vínculos con el otro que trae aparejada conflictiva relacional, familiar y social. Agrega el experto que si bien no puede diagnosticarse trastorno patológico de personalidad, esos rasgos pueden afectar de forma conflictiva y dañosa los vínculos interpersonales, en especial y sobre todo, los familiares.

Entonces, las acciones y omisiones del actor permiten tener por acreditados hechos constitutivos de la causal de injurias graves, por lo que en este aspecto propondré al acuerdo la confirmación de la sentencia de grado.

VI. Las injurias de la mujer.

A pesar de los esfuerzos del actor en sus agravios entiendo que también en este aspecto la Juez de grado hizo una debida valoración de la prueba producida en autos.

Cabe observar que los testigos que menciona el actor en su alegato declaran especialmente en defensa de las imputaciones que la demandada le hizo en su reconvencción, al decir de la buena relación que mantenía aquél con su esposa y con los familiares de la mujer, que en acreditar las injurias graves de ésta.

El art. 202 inc. 4 expresamente requiere que las injurias deben ser graves. Como se ha dicho reviste gravedad la injuria que excede de la medida en que los cónyuges se deben recíprocamente tolerancia, es decir, la que por su intensidad y trascendencia hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia (Belluscio, Augusto César, Derecho de Familia, T III, p. 236, n° 739). Para apreciar la gravedad el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse.

El marido reprocha a la mujer sus ausencias del hogar producidas por su inclinación religiosa. Esa imputación en principio aparece contradictoria, pues el actor efectúa ese reproche pero también dice que consentía la práctica religiosa de la mujer y que en algunas ocasiones la acompañó al templo.

En cuanto a las llegadas tardes o los incumplimientos de la mujer de las tareas del hogar tampoco se

encuentran probados. Así, el testigo A. a fs. 198/199 expresa que cuando iba a la casa el actor estaba solo y hacía la comida pero también dice que no conoce la relación matrimonial y que iba poco al hogar conyugal. También G. a fs. 269 manifiesta conocer la vocación eclesiástica de la mujer por comentarios del actor y gente del taller y dice que subió a la casa unas tres veces por lo que no puede hablar mal de ninguno de los dos cónyuges.

Los testigos A. H. D. M. y M. C. D. M. que declaran a fs. 332/339 son hermanos del actor y el primero trabaja en el mismo taller.

Entiendo que de acuerdo a la sana crítica estas declaraciones deben valorarse estrictamente pues les comprenden las generales de la ley. De todas maneras los testimonios también se basan principalmente en los dichos del actor y se refieren a algunas ocasiones en las que la mujer se ausentaba porque había ido al templo. Pero por sobre todo se refieren al buen comportamiento de su hermano respecto de su mujer e hija.

Como se advierte los dichos de los testigos citados dan cuenta de ausencia de la mujer y su asistencia al templo evangélico y que en algunas ocasiones vieron al actor haciéndose la comida, pero incluso la frecuencia horaria a la que se refiere el testigo A. D. M. no permite ni siquiera suponer que ello repercutiera sobre las tareas del hogar que realizaba la mujer.

Reitero en este sentido que la injuria debe ser grave y la conducta de la mujer no tipifica la injuria grave requerida por el art. 202 inc. 4 del Código Civil.

VII. Abandono del hogar.

El art. 202 inc. 5 del Cód. Civil enumera como causal de divorcio el abandono voluntario y malicioso del hogar. Implica el incumplimiento del deber de cohabitación con el deliberado propósito de sustraerse a los deberes matrimoniales (Belluscio, Manual, T I, p. 385, núm. 223, quinta ed. actualizada). También se ha sostenido que no se circunscribe solamente al incumplimiento de la cohabitación, lo comprende pero es más amplio, pues supone la actitud de uno de los cónyuges de sustraerse al cumplimiento de prestaciones que el matrimonio presupone recíprocamente entre los esposos.

En particular implica el abandono de la cohabitación y de la asistencia (Zannoni, Derecho de Familia, T 2, p. 94; Borda, Tratado, Familia, T I, núm. 505 a. núm. 528; Lagomarsino-Uriarte, ob.cit. p. 198).

El apelante cuestiona la valoración de la prueba efectuada por la juez de la anterior instancia y que ésta haya concluido que no se encuentra acreditada la causal de abandono del hogar imputable a su cónyuge.

Cabe aclarar que también fue rechazada la imputación de esta causal que la mujer le hiciera al actor, pero esa parte no objetó la decisión de la pieza de la instancia anterior.

La separación de hecho de los cónyuges se caracteriza distinguiendo un elemento objetivo o material y un elemento subjetivo. El elemento objetivo se refiere a la circunstancia fáctica y por ende de prueba inequívoca de la supresión de la vida en común. Se alude a la cesación de la cohabitación en forma permanente. El elemento subjetivo, de más difícil caracterización por los matices que puede ofrecer, se refiere a la voluntariedad, ya que sin éste la separación no tiene relevancia jurídica. En nuestro derecho el elemento psíquico se tipifica como la "falta de voluntad de unirse", según surge de los arts. 204 y 3575 del Código Civil (Hernández-Ugarte, Sucesión del cónyuge, p. 446).

En materia de separación personal y divorcio la causal que nos ocupa, el abandono voluntario y malicioso del hogar, requiere voluntariedad, elemento esencial de todas las causales de divorcio subjetivas e incluso para la separación de hecho como causal objetiva que se califica como la falta de voluntad de unirse.

Además de señalar dos especies netamente diferenciadas (la separación amistosa y la separación forzada), Guastavino muestra en su análisis tres modalidades importantes de la separación extrajudicial, desde el punto de vista subjetivo: 1) Separación de hecho por voluntad unilateral de un cónyuge, tolerada por su consorte sin iniciar juicio de divorcio. Asimila a éste el supuesto en el cual un cónyuge con sus actitudes ofensivas obliga al otro a alejarse del domicilio conyugal, ya que la conducta del primero impone unilateralmente la necesidad de separarse. En esta modalidad, y cuando no existen causas justificantes la separación de hecho puede coincidir con la figura del abandono del hogar; 2) Separación de hecho por doble abandono unilateral. En el caso de doble ausencia unilateral, falta de acuerdo para establecer la separación y ella resulta de la voluntad unilateral aislada de cada cónyuge. Los efectos de esta modalidad se regirían por el principio de no compensación de culpas; 3) Separación de hecho consensual que deriva

del convenio de los cónyuges sin que exista causa que justifique legalmente la desintegración del hogar. El consentimiento puede ser expreso cuando los esposos manifiestan su deseo de vivir separadamente o tácito, cuando uno da su conformidad a la iniciativa de separarse tomada por su consorte (Guastavino, Elías, Aspectos subjetivos de la separación de hecho, JA 1968-II-3).

En la causal de divorcio de abandono del hogar, los requisitos legales son la voluntariedad (propia de toda causal de divorcio) y la maliciosidad. Como consecuencia, queda excluido de la tipificación el supuesto en el cual el cese de la cohabitación estuviese justificado por circunstancias o motivos imputables al otro cónyuge. De allí que la jurisprudencia, en forma reiterada, haya resuelto que "la supresión de la vida común no caracteriza la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar cuando el esposo ha probado la existencia de motivos que legitiman esa actitud e iniciado en consecuencia la demanda de divorcio (CNCiv. Sala F, junio 17-1971, JA 13-1972-310); cuando es consecuencia de motivos que hacen intolerable la convivencia (CNCiv. Sala I, feb. 12.2004, LL 2004-C-985); o cuando se ha demostrado la culpa del otro cónyuge por la causal de injurias (CNCiv. Sala B, ag. 15-2003, DJ 2003-3-1231 y CNCiv. Sala J, nov. 23-2001, LL 2002-E-48) o cuando el alejamiento contó con el consentimiento del otro cónyuge.

La carga de la prueba de las causas que legitiman el alejamiento del hogar recae sobre el cónyuge que produce la ruptura y tiene como fundamento la presunción de que el deber de cohabitación subsiste entre los cónyuges, por lo que aquél que la interrumpe incurre objetivamente en abandono.

Pero como dice Zannoni, la antijuridicidad objetiva de las causas de separación debe corresponderse con su imputabilidad al cónyuge que incurre en ellas (Derecho de Familia, T II, p. 96, núm. 679).

Por ello, producida la ruptura de la convivencia, como hecho objetivo, aquél que se ha alejado del hogar debe probar que tuvo causas justificadas.

La carga probatoria que pesa sobre el cónyuge que se alejó del hogar lleva a la otra conclusión doctrinaria y jurisprudencial en esta materia: "a quien invoca el abandono del hogar le basta con acreditar el hecho material del alejamiento y si el otro no acredita causas legítimas que lo justifiquen, permite presumir que el abandono es voluntario y malicioso (Zannoni, Eduardo, ob.cit. p. 96, núm. 632 ; Azpiri, Jorge O. Juicios de divorcio vincular y separación personal, p. 93; Belluscio, Augusto César, Derecho de Familia, T III, p. 306, núm. 756; Lagomarsino, Carlos A.R. -Uriarte, Jorge A., Separación personal y divorcio, p. 199, núm. 105 ; Méndez Costa, María Josefa, D'Antonio, D. H., Derecho de Familia, T II, p. 329; Belluscio, lugar citado, nota 682; además a manera de ejemplo y entre otros muchos: CNCiv. Sala C, ag. 12-1974, LL 1975-A-763, 32.049-S; CNCiv. Sala A, julio 8-1974, LL 156-384; CNCiv. Sala M, oct. 30-2000, ED 192-293, CNCiv. Sala G, abril 22-1997, LL 1998-B-129; CNCiv. Sala A, marzo, 19-1999, LL 1999-E-537; CNCiv. Sala A, 2000-07-13, LL 2000-E-106; CNCiv. Sala E, 2000-02-22, LL2000-C-944, caso 15.041).

Las causas de justificación del alejamiento obedecen a conductas culpables del otro cónyuge que tomen intolerable la vida en común. No obstante también se ha justificado el retiro del hogar por parte de la mujer por graves aprietos económicos o cuando obedeció a prescripción médica como consecuencia de una enfermedad nerviosa del cónyuge que se alejó, entre otras.

Desde otra perspectiva, se ha sostenido que frente al alejamiento de un cónyuge se presupone la causa conjunta de ambos esposos en la ruptura de la unión, si alguno de ellos no prueba estar exento de tal causación (CNCiv. Sala C, marzo 7-1995, LL 1995-E-380; CNCiv. Sala C junio 11-1998, LL 1998-F-664). Es también la posición de Solari, quien sostiene que el retiro del hogar no constituye otra cosa que un conflicto previo que exige analizar y precisar cada caso (Solari, Néstor, La presunción jurisprudencial del abandono voluntario y malicioso del hogar, en LL 2008-C-296).

Si bien es cierto que corresponde examinar las pruebas que permitan apreciar cuál era el clima en que se desarrollaba la vida conyugal, como dice el autor citado, debe determinarse sobre quien recae la carga de la prueba, y en esta materia adhiero a la doctrina tradicional, en cuanto pesa sobre el que interrumpió la convivencia acreditar las causas que la justifiquen. De otra manera, al fundamentar la posición en el art. 204, y decir que a partir de esa norma la ley presume la causa conjunta, se hace pesar sobre uno de los cónyuges (el que no interrumpió la convivencia), la prueba diabólica de probar su inocencia, o sea que no dio causa a la separación. En definitiva, se extienden para el supuesto de abandono las consecuencias de la mala técnica legislativa del art. 204, segunda parte del Código Civil, en la redacción introducida por la ley 23.515.

Cabe también precisar el alcance de la causal de abandono del hogar, pues existe divergencia doctrinal al respecto.

En efecto, en párrafos anteriores, seguimos a la doctrina que entiende que el abandono voluntario y malicioso previsto como causal de divorcio en el art. 202, inc. 5 del Código Civil implica la supresión de la vida en común, con sustracción de los deberes y cargas resultantes del matrimonio, en especial el deber de cohabitar.

Entonces, cuando voluntariamente y con la intención de sustraerse al cumplimiento de los deberes conyugales se produce el alejamiento del hogar se tipifica la causal de abandono del hogar (Belluscio, Augusto César, Tratado de Derecho de Familia, T III, p. 30º, núms. 752/754; Azpiri, Jorge O. Derecho de familia, p. 250; D'Antonio, D. H., en Derecho de Familia, T II, p. 328).

No obstante, también cabe señalar que otros autores extienden la noción de abandono voluntario y malicioso a los supuestos en los cuales uno de los cónyuges se sustrae deliberadamente de los deberes asistenciales que la convivencia matrimonial impone.

Es decir, que si bien entienden que en muchos casos el incumplimiento de los deberes asistenciales se manifiesta juntamente con el abandono del hogar y, entonces, queda subsumido o comprendido en éste, consideran que el abandono como causal de separación y divorcio puede producirse cuando el cónyuge descuida en forma voluntaria y maliciosa su deber de atención a las necesidades de su familia o cuando un cónyuge desatiende al otro en una enfermedad que requiere de su permanente atención (Zannoni, Eduardo Derecho de Familia, T II, p. 97, núm. 633; Solari, Néstor E, El incumplimiento alimentario como causal de divorcio vincular, La Ley 2008-E-751). Vidal Taquini incluye en la noción al incumplimiento de todos los deberes matrimoniales incluyendo el alejamiento del hogar. (Autor citado, Matrimonio civil, p. 392).

En definitiva, la aplicación de la presunción hominis de la existencia de la voluntariedad y malicia no es automática sino que deben analizarse las circunstancias que rodearon a la ruptura matrimonial.

En el caso de autos, en mi criterio, no se ha acreditado el abandono del hogar, sino solamente la separación efectuada de mutuo acuerdo.

En este sentido si bien el actor imputa a la demandada esta causal de divorcio, su posición también aparece contradictoria, pues se refiere a que la separación de hecho se produjo en un primer momento en la misma casa, ya que él se mudó al quincho que tienen en la terraza de la casa, situación consentida por ambas cónyuges. Ello pone de manifiesto que no hubo abandono. Posteriormente, y como siguieron los conflictos, el marido fue excluido del hogar conyugal.

De allí que sea por mutuo acuerdo y por el deseo expreso de los cónyuges de vivir separadamente, o tácito, cuando uno da su conformidad a la iniciativa de separarse tomada por su consorte, no se dan en autos los caracteres del abandono por lo que no se tipifica la causal. Ambos se sustrajeron a la cohabitación.

Deberá pues confirmarse la sentencia de grado en cuanto rechaza la reconvenición del actor.

VIII. Daño moral.

La esposa reconviniente únicamente se agravia porque la sentencia de grado no hizo lugar a su pretensión de que se indemnice el daño moral.

Como lo señala la juez a quo el plenario del fuero en autos "G.G. G. c/ B. de G.S.M.", del 20 de setiembre de 1994 (LL 1994-E-538) sentó la siguiente doctrina "En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio."

Como se advierte de las posturas autorales respecto del resarcimiento del daño moral en materia de divorcio la doctrina del plenario sigue la posición amplia, es decir, la que admite sin reservas la reparación del daño moral ocasionado por los hechos constitutivos de las causales de separación personal o divorcio-sanción, en la medida de se cumplan los presupuestos de la responsabilidad generadora del deber de indemnizar (Rébora, Juan C. El daño moral, JA 14-100, sección doctrina; Colombo, Leonardo, Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa, LL 89-788; Salas, Acdeel, Indemnización de los daños derivados del divorcio, JA 1942-II-1011; Belluscio, Augusto C. Daños y perjuicios derivados del divorcio, Astrea, 1977; Mazzinghi, Jorge Derecho de Familia, T II, n° 152; Zannoni, Eduardo, derecho de Familia, T II, n° 175, Bs. As. 1968; aunque luego modificó su postura restringiéndola; Mosset Iturraspe, Jorge, Los daños emergentes del divorcio, LL 1983-C-348; Méndez Costa, María J. Separación personal y divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos, Derecho de daños, p. 637; Makianich de Basset, Lidia,

Familia y responsabilidad civil, ED 139-845 y La separación personal y el divorcio y la reparación de los daños morales, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, n° 9, sin pretender agotar las citas).

Además de la posición amplia, algunos autores admiten la reparación sólo cuando el daño inferido es muy intenso, superior al que normalmente ocasionan las causales de separación personal y divorcio. Por último, se encuentra aquella doctrina que deniega la reparación del daño moral originado por los hechos tipificantes de las causales. (Bibiloni, Anteproyecto, T 2, p. 510; Borda, Guillermo, reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio, ED 147-813; Llambias, J. Tratado de derecho Civil. Obligaciones, T 1, n° 21 y ss; Díaz de Guijarro E. Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su inadmisibilidad en al nulidad matrimonial, JA 1983-III-625), Molinario A. Responsabilidad civil, p. 387; Di Lella, P. Derecho de daños c. derecho de familia, LL 1992-D-862; Mizrahi, M. L. Improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales objetivas, JA 1991-IV-680; Zabala, L., Criterios de atribución de responsabilidad por los hechos que dieron lugar al divorcio, LL 1991-E-904; votos de la minoría en el plenario del furo ya citado).

Entiendo que, siguiendo la postura del plenario, doctrina obligatoria para el fuero, que comparto, si se dan los presupuestos de la responsabilidad civil, la indemnización del daño moral debe prosperar.

La responsabilidad generadora del deber de indemnizar exige la concurrencia de cuatro presupuestos: 1) El incumplimiento objetivo, que consiste en la infracción al deber mediante el incumplimiento a la palabra empeñada en un contrato o a través de la violación del deber general de no dañar; 2) El daño, entendido como la lesión a un derecho subjetivo del incumplimiento jurídicamente atribuible; 3) La relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, de tal manera que pueda predicarse que el hecho es causa (fuente) de tal daño y; 4) Un factor de atribución, es decir la razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor que en el caso de la separación personal y el divorcio es subjetivo (conf. Conclusiones V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971, citadas por Atilio A. Alterini-Oscar José Ámeal- Roberto M. López Cabana, "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", p. 159, Buenos Aires, 2.006).

En el mismo sentido, como ha dicho Orgaz, el ilícito civil, mirado desde el punto de vista del resarcimiento se integra por la ilicitud, la culpabilidad (salvo que el factor de imputación prescinda del elemento subjetivo), el daño y la relación de causalidad entre el hecho y el daño (autor citado, El daño resarcible, p. 29).

Además en materia de divorcio, según el plenario referido la reparación de los daños es procedente tanto en la separación personal como en el derecho vincular; el pronunciamiento se refiere al daño moral, que es precisamente la petición de la reconviniendo y tales daños deben haber sido ocasionados por los hechos constitutivos de las causales.

Sin querer agotar el tema y remitiendo a la doctrina ya citada, puede sostenerse que resultan aplicables las normas generales sobre responsabilidad civil extracontractual y subjetiva, pues la obligación de reparar no queda excluida por la ausencia de norma específica. El resarcimiento del daño moral ocasionado por los hechos causales se correlaciona con el acto ilícito que condujera a la declaración del divorcio. Además, los efectos de la culpabilidad en el divorcio no tienen carácter indemnizatorio de los posibles daños morales que pudieran originarse en los hechos constitutivos de las causales. En este sentido la obligación alimentaria no tiene un fin indemnizatorio sino asistencial, en cambio, la obligación de reparar apunta a enjugar las consecuencias dañosas de un hecho ilícito (véase síntesis de la posición mayoritaria en Makianich de Basset, ob.cit. p. 11).

En definitiva, aun cuando sostenemos la especialidad del derecho de familia en materia de nulidades matrimoniales, no se trata de un derecho cerrado al derecho de daños y visto está que se ha aplicado con el texto actual del art. 165 del Código Civil las normas generales de reparación a la ruptura intempestiva de los esponsales.

Por otra parte, y como se ha dicho, en el derecho actual no puede dudarse del especial protagonismo del derecho de daños en vista a la realización de la justicia que impone reparar el perjuicio y contemplar la situación de la víctima.

Debe recordarse además que las causales de divorcio revelan conductas culpables violatorias de los deberes matrimoniales, constituyendo ilícitos que ocasionando daño dan lugar a la reparación.

Por ello, no concuerdo con la juez de grado en cuanto adhiere a la doctrina seguida en los votos de los

Dres. Luaces, Molteni, Catalayud y López Aramburu en el plenario, los que siguen la posición de Cifuentes en su voto como integrante de la Sala C (CNCiv. Sala C, 17-V-1998, LL 1988-D-378), que sostiene que sólo corresponde condenar a reparar un daño moral muy acentuado que exceda aquel que toda causal ordinariamente produce. En este sentido coincide con el voto del Dr. Dupuis CNCiv. Sala E, 30 de octubre de 1992, causa 117.140) en el sentido que no hay fundamento normativo que autorice en nuestro derecho a reparar daños morales muy punzantes. La gravedad del daño no es un factor que incida en materia de admisión o rechazo de la obligación de reparar. Es en el quantum resarcitorio en donde se traducirá la incidencia del perjuicio.

Como dice Makianich de Basset en el excelente trabajo ya citado, la mejor manera de hacer descender la litigiosidad es no dañar, pero ante el daño consumado, el derecho, en cambio de sofisticarse para desalentar demandas por reparación, debería alentar en el cónyuge victimario una reparación espontánea que evite el pleito. Debe recordarse que el Derecho es un orden social justo y debe tenerse en cuenta que el derecho matrimonial no está concebido para héroes ni para mártires y no es precisamente la instancia de la separación o el divorcio la propicia para recordar las bondades de la unión matrimonial, máxime cuando el recordatorio está dirigido al cónyuge ofendido y además dañado por hechos con aptitud suficiente para poner fin precisamente a esa comunidad de vida que se exalta y a los fines de que soporte con exclusividad un perjuicio injustamente padecido. Resulta cuanto menos irónico tal planteo y en semejante ocasión correspondería más bien recordar todo esto al cónyuge ofensor.

Entiendo que en autos se ha acreditado el daño moral ocasionado a la mujer por los hechos que tipifican las injurias graves imputables al marido. En este aspecto, cabe recordar que el daño moral surge de los hechos mismos in re ipsa.

Las injurias relatadas a lo largo de este voto produjeron en la mujer la necesidad de acudir en distintas ocasiones a ayuda psicológica de atención a la mujer que ha sufrido violencia familiar. Ello se encuentra acreditado en el expediente, además de la violencia económica sufrida por las necesidades producidas por los incumplimientos de la asistencia material, cuando recién separada se encontró sola con su hija, teniendo presente que durante su matrimonio el único sostén del hogar fue el marido.

En consecuencia, encontrándose acreditado el daño moral y la relación causal con la conducta culpable del actor, corresponde acogerlo y fijar su monto en la suma de \$ 20.000.

IX. El matrimonio extranjero.

En este aspecto también asiste razón a la demandada reconviniente. El certificado del matrimonio anterior celebrado el 15 de febrero de 1986 en la República del Paraguay se encuentra acreditado con la fotocopia agregada a fs. 34 del Expediente 4077/200, sobre alimentos, no desconocida por el actor.

En cuanto a los efectos que produce ese matrimonio extranjero, esta Sala ya se ha expedido con voto de la suscripta en los autos Carreras Saavedra, C.M. s/Sucesión, R. 531947, del 16 de diciembre de 2009, con los siguientes fundamentos:

Respecto de los efectos del matrimonio celebrado por los cónyuges en la República del Paraguay, cabe plantearse el mismo interrogante que la Corte Suprema en los casos "Solá" y "Ulloa", es decir, si es válido su matrimonio con el causante celebrado en el extranjero y sus efectos en la Argentina de acuerdo al orden público del país.

Se deberá analizar la validez del matrimonio celebrado en la República del Paraguay de acuerdo a las disposiciones del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 aplicable al caso.

Antes de la introducción en nuestro país de la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, la doctrina disentía respecto del tratamiento que debía darse a los matrimonios celebrados en el extranjero cuando se había obtenido en la Argentina el divorcio limitado.

Si bien no cabe desarrollar todas las posiciones doctrinarias es útil precisar las tres posiciones más importantes sobre el tema. La primera consideraba que el segundo matrimonio era inexistente o cuasiinexistente y fue desarrollada por Molinario, entendiendo que los actos celebrados en el extranjero no pueden ser anulados en virtud de las leyes internas del país y para quitarle todo efecto a esos matrimonios se basaba en el art. 18 del Código Civil. Fue seguido entre otros por Legón, Borda, Bidart Campos y Goldschmidt.

Para una segunda posición el segundo matrimonio era nulo por aplicación de los arts. 9 inc 5 y 84 de la ley de matrimonio (actuales arts. 116 inc. 6 y 219 del Código Civil). Aunque diferían los autores, según siguieran o no la especialidad en esta materia, lo cierto es que consideraban que se trataba de un problema de validez y no de inexistencia, pues lo que se encontraba en juego era la violación del impedimento de ligamen similar a la producida en el segundo matrimonio celebrado en el país. Siguieron esta posición Spota, Mazzinghi y actualmente Solari.

Finalmente, se entendió que el segundo matrimonio carecía de eficacia extraterritorial o de validez internacional con relación a nuestro país, donde debía negársele la producción de efectos. Esta tesis fue desarrollada en la Argentina por Barraquero y aceptada por la Sala B (fallos en LL 92-524/532; LL 104-613; LL 121-148/150, LL 123-877) cuando éste la integraba como juez y por Augusto C. Belluscio, en sus trabajos "El segundo matrimonio celebrado en el extranjero (LL 139-357; Derecho de familia, t III, núm. 962 y Manual de Derecho de familia, 5° edición actualizada, T I, p. 455, núm. 289 y en Uruguay la enunció Quintín Alfonsín (Régimen internacional del matrimonio, núms.. 38 a 48, Montevideo 1958). Estos autores consideraron que no puede declararse la inexistencia ni la nulidad de los matrimonios celebrados en el extranjero cuando el vínculo no está disuelto en nuestro país sino desconocerles efectos y puede fundarse en cualquier motivo que se estime de orden público internacional, como es el caso de la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

Es la tesis fue seguida por la Corte Suprema en el caso "Rosas de Egea", del 12 de mayo de 1969 (Fallos 273:363) El Alto tribunal estimó que planteada la validez en nuestro país de un matrimonio celebrado en el extranjero a pesar de mantenerse el vínculo resultante de otro anterior celebrado en la República, las autoridades nacionales tienen facultad para desconocerle efectos dentro del territorio del país sin necesidad de obtener su nulidad. Consideró que si bien el acto puede ser válido según las leyes del país en que se celebró, al cual no puede serle impuesto el régimen jurídico argentino, nuestro país no debe aceptar su extraterritorialidad si se opone a sustanciales principios de orden público interno e internacional del derecho positivo.

Las Cámaras Civiles en pleno aceptaron la doctrina del caso "Rosas de Egea" el 8 de noviembre de 1973 en los autos González de Zanotti, M. s/sucesión (ED 54-136 y LL 154-208), en los que se dejó establecido que no es necesario para privar de eficacia a la partida de matrimonio extranjero contraído con impedimento de ligamen en fraude a la ley, la promoción de la acción de nulidad prevista en la ley 2393.

El cambio comienza cuando la Corte introduce el principio de disolubilidad del matrimonio civil por divorcio en el recordado fallo "S. J.B. c. Z. de S. A.M, el 17 de noviembre de 1986 (LL 1986-E-648). Posteriormente, de acuerdo al art. 213 inc. 3 del Código Civil, según texto ley 23515, el matrimonio válido se disuelve también por la sentencia de divorcio vincular. Como se advierte, el principio de indisolubilidad del vínculo matrimonial por divorcio, ha dejado de ser considerado para nuestro derecho de orden público internacional.

Siguiendo esa variación del orden público la Corte Suprema dictó el 12 de noviembre de 1996 el importante caso "Solá, J," (Fallos 319:2779).

De acuerdo a los fundamentos del fallo: 1) Al tiempo de la segunda unión, la autoridad argentina, conforme al derecho del domicilio conyugal no había disuelto el vínculo contraído primeramente; 2) No hay prueba de la sinceridad del contrayente ante la autoridad competente paraguaya convocada para la celebración, por lo que pudo, de hecho, contraer un matrimonio en bigamia que sería inválido en Paraguay. Esta invalidez no ha sido demandada en vida del causante y probablemente las nupcias en cuestión han quedado consolidadas por la aplicación de la ley del país de celebración; 3) Habilitada por el Tratado de Montevideo de 1940 la Argentina puede reconocer o desconocer la validez a las segundas nupcias, según los imperativos del orden público internacional del foro; 4) El orden público responde a un concepto esencialmente variable, por lo que la confrontación necesaria para hacer lugar a la excepción de orden público debe encararse con un criterio de actualidad; 5) La disolubilidad del matrimonio civil introducido por la ley 23515 incorporó nuevos criterios de valoración sustancial al admitir que quede sin efecto el vínculo conyugal en vida de ambos esposos; 6) Modificados los principios que informan la legislación matrimonial argentina y en virtud de la pauta de actualidad del orden público internacional, el ordenamiento jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar en contra de los efectos del matrimonio celebrado en el extranjero e invocado en el foro en materia sucesoria.

La Corte Suprema volvió a aplicar la misma solución en el caso Ulloa, A. del 10 de abril de 2007 (JA 2007-IV-799) con referencia a un segundo matrimonio celebrado en Perú sin que se hubiera disuelto el vínculo del matrimonio anterior celebrado en la Argentina.

Ante la relación jurídica en análisis con elementos internacionales en el derecho del país, el examen debe

efectuarse según las disposiciones del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 en vigor entre la Argentina, Paraguay y Uruguay. En virtud del art. 13 se faculta a los Estados signatarios a desconocer los matrimonios celebrados en otro país con determinados impedimentos. Dispone el citado artículo: "La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra. Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de algunos de los siguientes impedimentos..."

Pues bien, queda librado al orden público internacional del Estado requerido la decisión sobre la reacción que más convenga al espíritu de su legislación. Juega en este caso el criterio de actualidad del orden público internacional.

En efecto, como dijo la Corte citando a Battifol, Henri y Lagarde, Paul, *Droit International privé*, t 1, 8°ed. 1993, París, n° 364, págs. 585/586 y nota 7), en el ya recordado fallo "Solá" el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un Estado determinado. De allí que la confrontación debe hacerse con un criterio de actualidad, noción que es ampliamente recibida en el derecho comparado.

Dicen los autores citados que para arribar a la certeza de incompatibilidad para desplazar a la ley extranjera aplicable al caso conforme a la norma en conflicto, el juzgador debe analizar las circunstancias concretas de la especie y diseñar la solución buscada para luego compararla con las exigencias del orden jurídico del foro.

Agregan "Tómese como referencia la época de celebración del acto del cual se trata y la época de intervención del juez del foro. La ley del lugar del proceso que éste debe aplicar es la vigente en el segundo momento, cuando se enfrenta al conflicto definido con poca o mucha anterioridad". Concluyen que "las condiciones de validez de un acto sometido a una ley extranjera no pueden ser consideradas contrarias al orden público si posteriormente la ley ha sido modificada y resulta semejante a la ley extranjera. Inversamente, la modificación de la ley del foro puede volver contraria al orden público una ley extranjera que lo era conforme al momento de los hechos (Autores citados, ob.cit. n° 364).

De la misma manera, las convicciones sociales predominantes son tan variables que condicionan el contenido del orden público en su estado contemporáneo (Méndez Costa, María Josefa, Sobre divorcio vincular y orden público (Matrimonio celebrado en el extranjero mediando impedimento de ligamen en virtud del matrimonio anterior celebrado en la Argentina, en JA 1997-IV-654, con cita de Mayer, Pierre, *Droit International Privé*, Paris 1991, n° 203).

Desde esa perspectiva como se ha dicho la reforma de la ley 23515 en materia de orden público internacional por su naturaleza mutable y actual ha provocado que el Derecho argentino se pueda ver conculcado, a la inversa de lo que pasaba otrora, cuando se trata de la aplicación de una ley extranjera que en su contenido establezca la indisolubilidad del vínculo matrimonial (Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Rodríguez, M. S., Matrimonios en fraude a la ley argentina. Réquiem para una muerte anunciada, en JA 2007-IV-799, comentario al caso "Ulloa").

Como se advierte, así como la Corte Suprema se apartó de sus precedentes que a partir de "Rosas de Egea" siguieron la doctrina de desconocerle efectos dentro del territorio del país a los segundos matrimonios celebrados en el extranjero sin disolver vínculo en el país; en el criterio de esta Sala, en virtud del nuevo orden público internacional no cabe privar de eficacia a esos matrimonios por aplicación del plenario del fuero, sin que ello signifique un apartamiento del mismo sino que simplemente no se corresponde con el supuesto allí previsto, pues precisamente el desconocimiento de efectos respondía a un otrora y superado orden público argentino, descartando ahora la antigua noción de fraude.

No desconocemos, que en criterio que no compartimos distintas Salas de este Tribunal han decidido situaciones similares apartándose de la solución que surge de los casos "Solá" y "Ulloa" y aplicando jurisprudencia anterior a la ley 23515 (Esta Sala en anterior composición precisamente en el caso "Ulloa", dic. 12-1995, LL 1996-B-173 y abril 27-2000, LL 2000-D-498; CNCiv. Sala G en el caso "Solá" ag. 5-1994 también en su anterior composición (Lexis 974281) y CNCiv. Sala G set. 21-2001, LL 2002-A-630, ED 196-495; CNCiv. Sala H, nov. 6-2003, con otra integración R.B.M. c. R.D.H. s/nulidad de matrimonio, LL 2004-B-1004; CNCiv. Sala F, en anterior composición junio 17-1998, LL 1999-A-180; CNCiv. Sala D, febrero 29-2008, Szmuleweiz, Segismundo s. información sumaria)

Tanto en estos autos como en los casos "Solá" y "Ulloa", se había obtenido el divorcio vincular después de contraer este segundo matrimonio, en Paraguay.

Analizando el contenido de los fallos citados el Alto Tribunal no ha fundamentado la solución en el efecto retroactivo de la conversión posterior en divorcio vincular. Por el contrario, ni siquiera ha mencionado la posterior disolución del vínculo y no podría haberlo hecho sencillamente porque al contraerse el matrimonio en el extranjero el vínculo todavía no había sido disuelto. En materia de divorcio la sentencia no tiene efectos retroactivos, sino que los produce desde que pasa en autoridad de cosa juzgada.

En síntesis, los casos fallados por la Corte son similares al de autos, pues en esos y en este el segundo matrimonio fue celebrado sin que el vínculo estuviera disuelto.

Confirma lo expuesto que la Corte Suprema en el caso Zapata, Lucrecia Isolina c. Anses, del 16 de agosto de 2005, aplicó la solución de "Solá", en un supuesto igual al de autos, reconociendo validez a un matrimonio celebrado en Uruguay en el cual el divorcio limitado de la ley 2393 de la primera unión no se ha convertido en divorcio vincular.

Así, resolvió que "en el caso debía determinarse, según el derecho internacional privado argentino, la validez de una situación creada en el extranjero que era llamada a desplegar efectos en el foro. Que este examen conducía a aplicar las disposiciones del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 aprobado por decreto-ley 7771/56 y las del Protocolo Adicional, que sujetan la validez del matrimonio a la ley del lugar en donde se celebre y, a su vez, facultan a los estados signatarios a no reconocer el matrimonio que se hubiera celebrado en uno de ellos cuando se hallara viciado de algunos de los impedimentos allí enumerados (arts. 13 y 4º del tratado y protocolo citados, respectivamente), lo que importa dejar librado al orden jurídico internacional del Estado requerido la decisión sobre la reacción que más convenga al espíritu de su legislación (Fallo 319:2779)".

"Que a partir de la doctrina sentada en Fallo 319:2779, la autoridad administrativa no pudo negar validez al matrimonio extranjero de la peticionaria invocado para solicitar el beneficio previsional, pues la motivación principal que en un precedente anterior del Tribunal había justificado al solución (Fallos: 273:363), ya no tenía razón de ser frente a la recepción en el derecho matrimonial argentino del principio de disolubilidad del matrimonio por divorcio ley 23.515 y del criterio de actualidad con que debe apreciarse el orden público internacional que lleva a que el orden jurídico argentino carezca de interés actual en reaccionar ante un matrimonio celebrado en el extranjero mediando, entonces, impedimento de ligamen".

En este aspecto no puede aplicarse el derecho interno de las nulidades a un caso de derecho internacional privado. En efecto, la Corte Suprema en el caso "Solá" claramente estableció que "...al tiempo de la celebración en Paraguay del matrimonio la autoridad judicial argentina había dictado el divorcio del primer matrimonio del causante en los términos del art. 67 bis ley 2393. Ello significa que el derecho del domicilio conyugal no había disuelto el vínculo al tiempo de la celebración de la segunda unión. De la partida del segundo matrimonio acompañada en estos autos no surge si el Sr S se declaró soltero o divorciado ante la autoridad habilitada para la celebración de los matrimonios en el Paraguay. Sea que en el país vecino se haya considerado, equivocadamente, que el llamado divorcio por la ley 2393 permitía recuperar la aptitud nupcial o, lo que es más probable, se haya ignorado, por ocultamiento del contrayente, la existencia de un vínculo anterior no disuelto legalmente, lo cierto es que Paraguay tampoco admite la bigamia. Sin embargo, la validez de este segundo matrimonio celebrado en Paraguay no fue atacada en vida del causante ...".

Se advierte fácilmente que siendo aplicable el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, su art. 13 sujeta la validez del matrimonio a la ley del lugar en donde se celebre, por lo que la Argentina no puede declarar la nulidad de ese matrimonio en base a las normas de su derecho interno. Y en cuanto a la segunda parte de esa norma, ya hemos dicho que de acuerdo al nuevo orden público del Estado que hoy admite la disolubilidad del vínculo el país carece de interés actual en privarle de efectos.

En este sentido, tampoco resulta aplicable la nulidad por el impedimento de ligamen, pues no se trata de un caso de nulidad de matrimonio celebrado en el país. En todo caso, debe destacarse que aun cuando así hubiera sido si el subsiguiente matrimonio del bigamo no es atacado de nulidad por parte legitimada, no habiendo nulidades de oficio en esta materia, esa unión produciría todos sus efectos de acuerdo al art. 239 del Código Civil y la segunda cónyuge tendría derechos en la sucesión de aquél (conf. Belluscio, Augusto César, Derecho de Familia, t II, p. 99, núm. 383; Hernández, Lidia-Ugarte, Luis, Sucesión del cónyuge, p. 317 y ss.; Zannoni, E. Concurrencia de ambas supérstites a la sucesión del bigamo, LL 1977 -B-7; CSJN, "Rodríguez de Dinápoli, sept. 11-984, Fallos 306:1312 y LL 1984-D-467).

En consecuencia, no habiéndose acreditado la nulidad del matrimonio celebrado en Paraguay de acuerdo a la ley del lugar de celebración, esa unión producirá efectos en la Argentina, pues en la actualidad no contraría el orden público del país.

Por ello, oído el Señor Fiscal General a fs. 608/611 propongo a mí distinguido colega de Sala: 1) Confirmar la sentencia en cuanto hace lugar al divorcio de los cónyuges por la causal de injurias graves (art. 214, inc. 1 y 202, inc. 4 del Código Civil) y por culpa del marido. 2) Revocarla en cuanto rechaza la reparación del daño moral, fijando en tal concepto la suma de \$ 20.000 que el actor deberá pagar a la demandada reconviniente en el plazo de diez días; 3) Tener presente lo resuelto respecto de los efectos que produce en nuestro país el matrimonio celebrado por los cónyuges en la República del Paraguay el 15 de febrero de 1986; 3) Las costas de alzada serán soportadas por el actor vencido (art. 68 del Código Procesal).

El Dr. Ameal por las consideraciones y razones aducidas por la Dra. Hernández, vota en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

La Dra. S. A. Díaz no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

Buenos Aires, Febrero de 2012.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas por mayoría de votos el Tribunal decide: 1) Confirmar la sentencia en cuanto hace lugar al divorcio de los cónyuges por la causal de injurias graves (art. 214, inc. 1 y 202, inc. 4 del Código Civil) y por culpa del marido. 2) Revocarla en cuanto rechaza la reparación del daño moral, fijando en tal concepto la suma de \$ 20.000 que el actor deberá pagar a la demandada reconviniente en el plazo de diez días; 3) Tener presente lo resuelto respecto de los efectos que produce en nuestro país el matrimonio celebrado por los cónyuges en la República del Paraguay el 15 de febrero de 1986; 3) Las costas de alzada serán soportadas por el actor vencido (art. 68 del Código Procesal); 4) Diferir la regulación de honorarios para una vez aprobada la liquidación definitiva.

Fdol.: Lidia B. Hernandez - Oscar J. Ameal - Raquel Elena Rizzo-Sec-(ES COPIA)

La Dra. Silvia A. Díaz no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).Regístrese, notifíquese y devuélvase