

R.507.667 M. P. G. c/ B. L. G. N. s/divorcio

// nos Aires, Capital de la República Argentina, a los veinticuatro días del mes de noviembre de dos mil ocho, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "E", para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: M. P. G. c/ B. L. G. N. s/divorcio respecto de la sentencia corriente a fs. 967, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores CALATAYUD. RACIMO. DUPUIS.

El Señor Juez de Cámara Doctor CALATAYUD dijo:

1.- Este largo e intrincado proceso fue iniciado por el esposo, quien atribuyó a su contraria ser enfermizamente celosa, conducta que se transformó en una sórdida persecución y que culminaba en reyertas y escándalos con falsas imputaciones e injurias de grueso calibre, y además, refiere que tenía celos también de su actividad laboral. Por último, relata que el 25-9-99 lo despertó a las dos de la madrugada y frente a la hija de ambos A le enrostró acerca de un supuesto abuso de su parte para con la niña -de sólo 4 años de edad-, a la que habría tocado en la "cola" con el dedo mayor, presionándola para que lo dijera. Pasado el mal momento, quedaron en asistir al pediatra de la menor, -quien no detectó signos de victimización en ella- pero el 30 del mismo mes concertó una entrevista con la Dra. Mónica Oliver del servicio de Psicología del hospital Alemán, quien les manifestó la necesidad de entrevistarse con la nena para llegar a un diagnóstico. No obstante, esa noche se enteró que su esposa había hecho abandono del hogar conyugal junto a los hijos de ambos, instalándose en la casa de sus padres. Concretamente, asevera que su esposa ha incurrido en las causales de injurias graves (maltrato verbal y psicológico, perversa captación e inculcación maliciosa de los hijos y privación arbitraria de comunicación paterno-filial) y abandono voluntario y malicioso del hogar. A fs. 60/2, amplía la demanda y afirma que constituye otra injuria grave de su contraria la falsa denuncia en que ha incurrido en sede penal por abuso deshonesto.

A fs. 92/100, la demandada solicita el rechazo de la demanda y efectúa una serie de negaciones sobre los hechos atribuidos. En cuanto al supuesto abandono, refiere que de común acuerdo y hasta tanto se aclararan las cosas quedaron en que permanecería en casa de sus padres con los hijos de ambos. Reconviene para que se decrete el divorcio por culpa del actor, quien incurrió en injurias graves. Señala que tenía una personalidad débil y estaba dominado por sus padres tal como si fuera un niño y que pretendía obsesivamente tener relaciones íntimas por vía anal, a lo que ella se negó no obstante algunas irrupciones violentas que finalmente se concretaron. También pretendía que ella le introdujera un dedo en el ano durante las relaciones sexuales, todo lo cual culminó con los hechos padecidos por A lo que constituye una injuria mucho más grave que las relatadas.

En la sentencia de fs. 967/83, la juez analizó los diversos testimonios prestados en autos y el resto de los elementos incorporados y concluyó que, a la luz de tales probanzas y al haber quedado firme la sentencia absolutoria penal de M. en orden al abuso atribuido respecto de su hija A. se configuró la causal de injurias graves atribuidas a la esposa, así como también el abandono en que incurriera, que reviste los caracteres de voluntariedad y maliciosidad requeridos por la ley para considerarlo causal de divorcio. Por el contrario, no consideró acreditadas las que esta última, a su vez, imputara a su esposo. Hizo lugar, en consecuencia, a la demanda impetrada y desestimó la reconvencción deducida y condenó a la cónyuge a abonar, en concepto de daño moral, a su contrario la suma de \$ 15.000. Impuso las costas del proceso a la perdidosa.

Contra dicha decisión se alzan ambas partes. El actor, por considerar exiguo el monto fijado en concepto de daño moral (ver presentación de fs. 999/1020) y su contraria se agravia por el fondo de la cuestión, solicitando el rechazo de la demanda, se deje sin efecto la condena a abonar una suma de dinero por daño moral y se haga lugar a la reconvencción, todo con costas (ver escrito de fs. 1021/1030).

Por obvias razones de metodología, comenzaré con el análisis de los agravios vertidos por la demandada.

2.- A fs. 510 declara C. , sólo conoce de los celos de la demandada respecto de su esposo por comentarios de una amiga en común, S. (a la 6a.) y sabe que la separación de los cónyuges se produjo a fines de 1999 y la razón por la que aquella se fuera -motivos económicos por el negocio- la sabe a través de G. (a la 7a.).

I. (fs. 515/17), tía y madrina del actor, refiere que la demandada se fue del hogar a fines de septiembre de 1999, aun cuando

sabe que era muy celosa y acusaba a su marido de tener relaciones con otras mujeres porque se lo contó aquél y su hermano. Señala que escuchó comentarios de la demandada en una reunión que estaba molesta porque su sobrino no la dejó estar en la caja del restaurante (a la 1 la.).

A. (fs. 519/20), prima hermana de M. se veía con la partes una vez por mes o cada 15 días (a la 1a.y 2a.). La separación se produjo hacia fines de septiembre o, principios de octubre de 1999, enterándose cuando habló por teléfono con su primo; aunque no inquirió sobre los motivos del retiro de la esposa. De todas maneras, en el cumpleaños de A. , había notado cierto malhumor de esta última y fricciones entre los cónyuges. Por su hermano se enteró que derivaban de la disconformidad de la demandada respecto del negocio (a la 11a.). Aparentemente se trataba de una pareja bien avenida, pero en más de una oportunidad presencié discusiones y reproches, aunque no explica de quién a quién (a la 19a.). También por su hermano, se enteró que lo que le molestaba de sus suegros a la esposa era que no pudiera participar de las decisiones del comercio (a la 20a. y 3a. ampl.). Notó que la demandada era muy celosa y relata un episodio ocurrido en el cumpleaños de su hijo, cuando un primo llegó con su novia, que resultó ser hermana de una ex-novia de M. . La notó mal y muy nerviosa, "...como que estaba haciendo esa chica allí, o si F. tenía contacto con esa ex-novia...", lo que carecía de fundamento y no tenía justificación (a la 4a. ampl.).

En el juicio sobre tenencia de los hijos (n° 110.151/99), declararon varios testigos. J (fs. 482/85), percibió que la demandada era muy celosa, hecho que comprobó a través de situaciones en las que estuvo presente. En la primera oportunidad (1994), estaba sentado en una mesa en un casamiento de un amigo donde era el encargado del catering y recorría las distintas mesas, ocasión en la que su esposa le hizo escena de celos respecto de otras mujeres presentes en la fiesta, siendo más notorio por la actividad laboral que aquél estaba desempeñando, circunstancia que fue percibida por otras personas que estaban sentadas en la misma mesa. La segunda, encontrándose junto al actor en el velatorio de un compañero común del colegio que se desarrollaba a altas horas de la noche, llegó la demandada con su hija - que era en ese momento muy chiquita- entiende que para controlar que su esposo estuviera en el lugar (a la 16a.). Requerido para que explique puntualmente cuáles fueron para el testigo los hechos concretos por los cuales entiende que la señora B. era celosa, respondió que, en oportunidad de la fiesta de casamiento en la que contraían enlace G. -

compañero del dicente- y A. -ex compañera y amiga de todo el grupo de la facultad del actor-, que se celebró el día del aniversario de casamiento de las partes, aquélla insistía en que los contrayentes (A. había elegido la fecha para molestarla a ella y, además, realizó varios planteos de celos respecto de otras mujeres asistentes a la reunión, lo que entristeció al demandante y fue lamentado por la mayoría de los concurrentes que eran conocidos de él. Asimismo, le reprochaba que lo miraban o que él miraba a otras mujeres mientras P. recorría las mesas para controlar el servicio (a la 6a. repreg.).

También depuso P. (fs. 487/88), quién asevera que siempre se mostraron como una pareja bien avenida, hermosa, salvo en los momentos que en que la demandada se ponía celosa, por razones que carecían de asidero (a la 11 a.). Ello lo infirió concretamente por la antipatía con ex-compañeras de facultad que lo seguían viendo o por ex-novias del actor (a la 2a. repreg.), en especial de una ex-compañera de facultad -que la dicente conoce- y es la ex-mujer de C. compañero de colegio de M. Los celos los demostraba como actitud no solamente respecto de personas físicas concretas, sino también en conversaciones sobre el tema acerca de porqué uno puede llegar a serlo, lo que, a criterio de la testigo, demostraba inseguridad en uno mismo (a la 3a. repreg.).

Seguidamente, C. (fs. 491/92) refiere que el trato entre las partes era normal, aunque en los últimos tiempos había empezado a notar discusiones entre ellos, sobre todo respecto del emprendimiento laboral que iba a realizar el actor. A raíz de ello, se producían escenas de celos, como por ejemplo en el cumpleaños de 4 años de A. cuando el testigo conversaba con él sobre los empleados a tomar, éste le manifestó que le gustaría contratar mujeres camareras, comentario que escuchó la demandada, la que le dijo "si vos hacés eso vos sabés lo que yo hago" y agregó "sabes que me voy, me llevo a los chicos y no los ves nunca más" (a la 16a.).

De su lado, M. (fs. 494/96), relata que la relación de la pareja era normal, como un matrimonio bien avenido, pero observó algunos episodios que alteraban la armonía, producto de los celos de la demandada. En tal sentido, fue testigo en una oportunidad que regresaba de un cumpleaños en Boulogne y el actor lo acercaba a él y un amigo a sus domicilios surgió una discusión porque la señora lo increpó de haber mirado a otra mujer que circulaba en otro automóvil. Aquél trató de aplacar la situación, que se volvió incómoda, pero ello viene a colación dado que en la reunión de donde volvían la demandada se había sentido molesta porque recordando viejas anécdotas se hizo

mención a algunas novias que habían pasado en épocas anteriores, en tanto aquella se refirió a ellas de manera despectiva no obstante que no las había conocido. Este episodio no fue aislado, pues cuenta que en otra ocasión, estando en un casamiento en que M. estaba encargado del catering, en la mesa en que estaba ubicado con otros íntimos amigos pudieron observar que toda la noche la señora B. le recriminaba a su cónyuge haber mirado o conversar con otras mujeres al recorrer las distintas mesas y, concretamente, le molestaba la presencia de la prima del novio de la fiesta, así como también con la fiesta en sí misma, que se celebró el día del aniversario y que, según ella, la novia -que pertenecía al grupo de amigos- lo había elegido a fin de molestarla o eclipsarla (a la 17a.). También presenció el episodio del velatorio a que se refirió D. cuando la demandada se hizo presente a altas horas de la noche con el bebé en brazos exclusivamente a fin de constatar si el actor estaba en el lugar (a la 22a.).

Por su parte, G. (fs. 500/02) señala que a simple vista el matrimonio de las partes era normal, pero era notorio a veces la presencia de situaciones conflictivas en torno a los celos que manifestaba G. respecto de su esposo. Recuerda que el día de su casamiento -que coincidía con el de aniversario de casados de las partes- al pasar por la mesa donde estaba un grupo de amigos notó un clima de cierta tensión, producto según le contaron con posterioridad a la situación creada por la demandada. También notó que la relación de ésta con sus suegros no era para nada buena, y en alguna oportunidad le hizo un comentario al testigo sobre la dependencia de su marido para con los padres, diciendo "como que era un boludo" para hacer lo que ellos querían (a la 17a.).

D. (fs. 524/25), manifiesta que el trato entre las partes al principio era bueno, pero muchas veces advirtió situaciones tirantes, había indicios de que tenían problemas (a la 16a.). Más adelante, relata que una vez fueron cuatro parejas a Chapdmalal a pasar Semana Santa, notando que la demandada en ningún momento estuvo bien, en actitud callada y sin integrarse al grupo, a punto tal que el matrimonio regresó antes, enterándose después que fue por cuestión de celos hacia la pareja de otro amigo derivado de que en anterior oportunidad en que varias mujeres iban al centro el actor les había prestado el automóvil y había elegido a dicha persona para conducirlo, no obstante que lo había hecho porque era la única que tenía registro habilitante (a la 21a.). Cuando responde a las repreguntas, manifestó que entre todos los concurrentes a Mar del Plata habían concluido que el retorno anticipado de las partes se había debido a los celos por actitudes de la demandada,

por su continuo malhumor e incomodidad respecto a la chica en cuestión (a la 1a. repreg.).

Finalmente, declara A. (fs. 527/29), quien advierte que las partes constituían una pareja bien avenida (a la 19a.). Empero, señala que la señora B. era "terriblemente celosa" sin fundamento, como cuando estaban dentro del local antes de inaugurarlo comentando acerca de la posibilidad de contratar camareras para atender al público y pasó una mujer por la vereda, lo que motivó que aquélla lo increpara diciéndole "qué mirás por la ventana" (a la 24a.). Alude también a la actitud de desprecio de la esposa respecto de sus suegros, recriminándoles constantemente lo que hacían y malinterpretando sus actitudes (a la 22a.), recordando una oportunidad en que la demandada le dijo al actor "no te das cuenta que lo hacen para joderte" (a la 25a.).

Con relación a la causa sustanciada en sede penal contra M. por abuso sexual agravado por el vínculo (causa n° 1315), que en fotocopia obra agregada por cuerda, si bien el hecho que la origina fue denunciado por la esposa ante el juzgado en lo civil que interviene, fue derivada a la justicia represiva, donde aquélla se convirtió en querellante (ver fs.61) y tuvo una activa y constante participación.

De sus constancias surge que la madre de A. efectuó la denuncia ante el relato de ésta de que tenía "pis pegajoso" y comprobó flujo vaginal, relatándole la niña que al higienizarla su padre le introducía un dedo en el ano. Tuvo una consulta junto a su marido con la Dra. Oliver, quien si bien le manifestó que serían necesarias varias entrevistas con la menor para llegar a un diagnóstico completo, confirmó que ella no mentía (ver fs. 6/8). A fs. 14/5 ratifica la denuncia y señala claramente que lo que el padre le limpiaba era el ano y no la vagina y, en el acta de fs. 71/3, relata que en las entrevistas -entre cinco y siete veces- con la citada profesional ésta encontró indicios de la existencia del abuso.

Se practicó un examen ginecológico sobre la menor por parte de la Dra. Palomero -integrante del cuerpo médico forense- quien concluyó que los genitales externos eran de características normales para la edad y peso. El diámetro del orificio himeneal en límites máximos normales para la edad. Ano con pliegues presentes y tono esfinteriano normal. Los signos físicos descriptos en el himen son de tipo inespecífico, pudiendo estar presentes tanto en casos de abuso sexual como en ausencia de él.

A fs. 149/57, obra el informe de la Dra. Berlinerblau, psiquiatra perteneciente al mismo organismo oficial, quien en sus conclusiones sostiene que con los datos obtenidos no es posible concluir

con certeza psiquiátrica razonable si ha ocurrido o no el abuso denunciado. Refiere que la niña en un principio negó maniobras compatibles con abuso sexual, observándose sentimientos positivos hacia la figura paterna, con posterioridad aludió a las mismas con reticencia y de manera indirecta, siendo notable la incidencia materna y el rechazo de la menor de intensidad acorde. Tampoco puede descartarse la posibilidad, dado que la niña aludió a un secreto vinculable a los hechos que se investigan y cabe la posibilidad que calle por ambivalencia afectiva hacia el padre.

A fs. 164/67, la licenciada Gravenhorst, del servicio de Psiquiatría del Cuerpo Médico Forense, informa que M. posee una personalidad con rasgos obsesivos, disociación y elementos paranoides; discurso coherente, sin fallas lógicas. No surgen indicadores de fabulación, simulación o disimulación, el material no denota indicadores sádicos o perversos. No se observa en su conducta alteración en el control de la impulsividad o la agresividad, tampoco surge del material inmadurez desde el punto de vista psico-sexual.

Y, a fs. 170/71, la licenciada Gaziglia se expide sobre la personalidad de la señora B. y concluye que, si bien se encuentra dentro de los parámetros de normalidad, presenta características de predisposición paranoide, con mecanismos de proyección, represión, racionalización excesiva y dificultades de ajuste psico-sexual, tales como la identificación y desempeño de rol, modalidad vincular infantil, etc.- Por su parte, la licenciada Gravenhorst señala que aquélla posee personalidad con criterio de realidad conservado y precario ajuste al medio, proclive a desbordarse y a desorganizarse; pensamiento sobre-elaborado y aconseja que realice un tratamiento psicoterapéutico (ver fs. 178/79).

A fs. 180 obra un informe de la aludida Dra. Oliver, médica psiquiatra infantil del staff del hospital Alemán, quien requerida por el Dr. Lucio Enrique Bellomo, médico forense, da cuenta de que el informe acerca de la niña A. se trata de un estudio preliminar del caso, ya que no pudo completar el psicodiagnóstico, ni realizó una evaluación psiquiátrica de sus padres, debido a que la madre decidió comenzar el proceso judicial y consideró inadecuado que la menor fuera evaluada simultáneamente en el citado nosocomio y por el cuerpo médico forense. Por ello, no puede afirmar ni descartar la sospecha de abuso sexual. Más adelante, comparece a prestar declaración ante el juez interviniente, donde reitera que faltó el último paso para llegar a un diagnóstico porque la madre de la niña decidió iniciar el proceso judicial por lo que ella entendió que correspondía suspender el tratamiento.

Aclara que en ningún momento recuerda que M. haya llorado ni reconocido los hechos que su esposa le imputaba (ver fs. 439/42).

El mencionado Dr. Bellomo, en su extenso dictamen (ver fs. 195/215) analiza las distintas conclusiones a las que llegaron las psicólogas y psiquiatras sobre las partes. Del psicodiagnóstico elaborado sobre la demandada la revela como altamente ansiosa, desbordada, insegura, lábil, con un fuerte descontrol impulsivo y elementos psicopatológicos regresivos. Su pensamiento la sitúa con baja aptitud práctica, con fuertes sentimientos de vacío. Existen en ella connotaciones persecutorias de tinte paranoide muy elevado y pensamiento sobre-elaborado, con una conducta versátil, indulgente para con ella misma pero manipuladora con los demás, con una gran hostilidad y resentimiento. Su problemática personalidad se observa en el límite de la psicosis y la neurosis, como una típica personalidad "borderline". Desde el punto de vista psiquiátrico, se puede sitiar su pensamiento como en el límite con lo pseudológico, no exento de resentimiento y menoscabo al sexo masculino. Con convicción cree, en definitiva, que se ha apresurado y desbordado en las apreciaciones sobre lo que podría haberle narrado A. respecto del padre.

Del practicado sobre M. se desprende que acusa una personalidad rígidamente conformada, obsesiva en sus rasgos fundamentales de carácter. Se observa agresividad contenida, no se evidencia signos de inmadurez psico-sexual, siendo que las licenciadas Gravenhorst y Gaziglia coinciden en enfatizar la ausencia de componentes perversos, conservación del sentido ético y responsabilidad social.

Continúa el Dr. Bellomo afirmando que es llamativo lo mentado por la querrela respecto del "pis pegajoso". La expresión según los pediatras no resulta un lenguaje espontáneo y habitual en los niños, pues si las niñas tienen flujo avisan "me pica", "me arde". En cuanto al psicodiagnóstico llevado a cabo en la niña, existen francas disidencias según sea quien emita opinión, la licenciada Castelli Perkins (oficial) la licenciada Schenkel (defensa) o la licenciada Irungaray (querrela). Sin embargo, le resulta curioso que la primera y la última sólo hayan volcado lo manifestado por la madre respecto de que fue su esposo el que no permitió el acceso a la Dra. Oliver, lo que se contrapone con lo expresamente referido por esta cuando manifestó que no pudo continuar porque la madre decidió judicializar el problema. En segundo lugar, no advierte sustancia clínica para haber suspendido el CAT y el Roscharch, elementos sumamente válidos. El tercer hecho manifiesto

con el cual coincide parcialmente pero no globalmente es en cuanto a la interpretación aplicada por las psicólogas de que la niña se encuentra en conflicto de lealtades, entrapada y confundida. Las licenciadas citadas -oficial y de la querrela- coinciden en que hubo abuso y lo fundamentan por lo preguntado y contestado directamente a la menor, sin cuestionarse precisamente si ese conflicto entrapado de lealtades puede influir en sus respuestas. Después de efectuar algunas puntuales consideraciones al respecto, asevera que existen muchos puntos oscuros sobre el abuso a que se refieren y bastante dogmatismo en sus afirmaciones. A su criterio, no hay sustancia clínica ni mérito para valorar este estudio diagnóstico de A. , como válido.

A manera de colofón, refiere que frente a un padre absolutamente normal, con sentido ético conservado; la madre con una inestabilidad emocional e intelectual y con un desequilibrio en su ecuanimidad asociado a una inflexión fuertemente paranoide y cargada de resentimiento; y con una gran incógnita sobre las expresiones de la niña acerca de si fueron o no verdaderas, tanto en su afirmación como en su negación del hecho, no cabe otra cosa que tener en la interioridad la incógnita precitada, abrevada por la certeza de que no existe mérito suficiente para rotular el abuso sexual del padre sobre su hija. En suma, concluye: 1) no existen razones de orden médico legal, ni científicamente válidas, para afirmar que ha existido abuso sexual en el presente caso, pues M. no configura el tipo y perfil de abusador sexual; 2) no hay evidencias de elementos perversos ni pedofílicos, ni de abusador sexual en aquél, ni desviaciones tendenciosas de su libido; 3) el acusado tiene una personalidad obsesiva con sentido ético y valorativo conservado, mientras en la señora B. existe un pensamiento sobre-elaborado, con rasgos de tipo histero-paranoide, "borderline", unido a una conflictiva sexual notoria, causando sorpresa la desmesura y el sobredimensionamiento de sus apreciaciones y exposiciones respecto a sus acusaciones, con inflexiones paranoides en su relato y parlamento respecto a los hechos, no exentos de un resentimiento. En definitiva, no está probado de manera certera desde el punto de vista médico legal, el mentado abuso sexual realizado sobre A .

Tras el debate oral (fs. 984/94), a fs. 995/96 el Tribunal Oral en lo Criminal dicta sentencia absolviendo al actor en orden al delito de abuso sexual agravado por el vínculo del que fuera acusado. A fs. 998/1012, obran los fundamentos de tal decisión, en donde el vocal preopinante, Dr. Carlos María Bossi -con adhesión de sus colegas, Dras. Elsa Aurora Moral y Silvia Elena Aráuz-, expresa que en la casa de los

padres de la señora B. según el informe de la licenciada Schmitz (sobre el cual me referiré más adelante), la situación era tensa y que la actitud de los mayores que allí se encontraban presentes no favorecía el desarrollo de las entrevistas, notando que la niña era "tironeada" y con sufrimiento psíquico. Valora el dictamen del Dr. Bellomo e informes psicológicos de las licenciadas Gavenhorst, Gaziglia y Royere acerca de la personalidad del acusado. Señala que el abuso vaginal sólo corre por cuenta de la querrela, por cuanto no fue materia de la plataforma fáctica inicial y queda, por ende, fuera de la discusión, más allá de que de ningún elemento surge tal posibilidad. Con relación al hecho concreto imputado -introducción del dedo mayor en el ano de la pequeña-, destaca el dictamen de la Dra. Palomero (ano con pliegues presentes y tono esfinteriano normal). Advirtió que un niño de tan corta edad como lo era A. no puede recordar hechos acaecidos dos años antes, en tanto que para que exista memoria de ello debe haber evocación. Hace hincapié en el informe de la Dra. Berlinerblau acerca de la insistencia materna para que A. cuente no obstante la negativa inicial. Valora también la actitud positiva de la niña hacia el padre en el inicio y el cambio producido con posterioridad, lo que habla de un proceso de "contaminación" de los hechos en curso del proceso, sobre todo en atención a la cantidad de profesionales y entrevistas a que fue sometida, así como también a los años que vivió con su madre y familia materna.

Por último, a fs. 1088/89, luce fotocopia de la resolución que rechaza el recurso de casación.

Del expediente sustanciado entre las partes sobre medidas precautorias (n° 105.174/00) en la audiencia de que da cuenta el acta de fs. 27, a los fines de iniciar una terapia de revinculación, aquéllas solicitaron al juzgado la designación de una perito psicóloga, nombramiento que recayó en la licenciada Bárbara Schmitz. Esta profesional inicia su tarea y presenta los informes de fs. 122, 125, 146, 159, 169, 171, 174, 190, 198 y 201, de los cuales se desprende las dificultades que tuvo por variados y a veces fútiles motivos que expuso la madre (ver, en especial, el de fs. 201) y hasta en ausencia de justificación alguna (ver el de fs. 198).

A su vez, del expediente sobre tenencia se desprende que las visitas asistidas por las licenciadas Schmitz y Wittner Arias tendientes a vincular a los hijos menores con, parte de la familia paterna solicitadas a fs. 143/44 y dispuestas por resolución de fs. 156, se cumplieron en un clima de tensión, con la concurrencia de observadores de la rama materna que fueron variando a lo largo de

ellas. En la primera, concurrió el hermano de la señora B. y tuvo actitudes de respaldo hacia ésta con características de cierta rudeza y aumento de gestos y dichos violentos que las profesionales describen, y que su esposa trató de calmar y una amiga de la madre intentó atemperar. De la segunda participó el abuelo materno, quien no emitió comentario alguno. Y, en la tercera, se encontraron presentes dos adultos jóvenes, que supone son la hermana y su cónyuge, así como también una amiga de nombre R. El hombre cumplió un rol similar al del hermano en la primera entrevista, en tanto sorprendió a las licenciadas la cantidad y variedad de adultos que visitan el domicilio materno, de lo que infieren la modalidad de exposición frente a la intimidad familiar por parte de la madre de los niños. Estos mayores son activos testigos de la escena, interfieren y opinan sobre la modalidad y funcionamiento del trabajo que se les ha encomendado. De su lado, A. en la primera entrevista se mantuvo en actitud de berrinche con rasgos histéricos, no así en las sucesivas que estuvo más calma y negándose a visitar a sus familiares paternos, siendo que la actitud de la madre no fue contenedora tanto emocional como físicamente, incapaz de ponerle límites y afirmando que no está dispuesta a arrastrar a su hija. Concluyen que para un buen desarrollo evolutivo es necesaria la inclusión de ambas líneas genealógicas, pues A. y C. han perdido todo contacto con la línea paterna, a saber, padre, abuelos, tíos, primos desde muy temprana edad. Sugieren una terapia revinculatoria con una frecuencia de dos veces por semana a los fines de restablecer las relaciones perdidas (ver fs. 167/76).

3.- Es mi convicción que de los elementos analizados se desprende, con claridad, que -tal como se concluyera en el pronunciamiento atacado- la esposa ha incurrido en injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar, lo que sella la suerte del recurso por ella interpuesto en lo que a este aspecto se refiere.

En efecto, comienzo por destacar que, a mi juicio, no existen elementos objetivos serios y contundentes que justifiquen la conducta adoptada por la madre de retirarse con sus hijos y, menos aún, al efectuar la denuncia contra su marido por abuso sexual respecto de A. Contrariamente a lo que sostiene, en ningún momento la Dra. Oliver aseguró que la niña tenía flujo vaginal, en tanto que -como se viera-, tal como dicha profesional declarara en sede penal no llegó a completar un psicodiagnóstico que arrojará luz acerca de si existió o no el abuso denunciado porque la madre decidió judicializar el problema, más allá de lo que surgía de las entrevistas con la niña y que resultan del informe de fs. 450/52 de la causa penal. Fue la propia psiquiatra la que decidió

suspender las entrevistas para no superponerlas con los profesionales que se designaran en el respectivo proceso. Asimismo, niega la afirmación de la demandada en orden a que su esposo habría reconocido los hechos con lágrimas en los ojos (ver declaración de fs. 439/42 de la aludida causa penal).

Por otra parte, si bien es verdad que la licenciada Castelli Perkins -en dictamen al que adhiere la perito de parte Irungaray- refiere que la menor presenta signos psíquicos de haber sido abusada, y no aparece como fabuladora, sin indicios que permitan detectar inducción en su discurso (ver fs. 158/63 del mentado proceso penal), también lo es que dicho informe -además que difiere con el realizado por la perito de la defensa- fue rotundamente desautorizado y desechado por el Dr. Lucio Enrique Bellomo, con la autoridad que le otorga el ser miembro de una institución tan prestigiosa como lo es el Cuerpo Médico Forense, reconocida en diversos precedentes de nuestro máximo tribunal. Este profesional expuso detalladamente los motivos que lo inducían a descartar ese dictamen y a cuyos fundamentos me remito para evitar repeticiones innecesarias (ver punto 5 de fs. 209/13 del expediente penal).

De todas maneras, el resto de los elementos aportados a dicho proceso y que examinara anteriormente, indican no sólo la inexistencia del alegado abuso sexual, sino también la compleja personalidad de la demandada, las situaciones de desborde emocional en que incurriera y los rasgos psicopáticos de orden "borderline" que pudieron muy bien -como refiere el Dr. Bellomo- a llevarla a actuar apresuradamente en las apreciaciones de lo que pudo haberle narrado A. (ver fs. 207, párrafo final del punto 2).

Sin ninguna clase de hesitación, puede inferirse que todo ello derivó en el retiro del hogar conyugal sin medir las graves y lamentables consecuencias que tal conducta podría traer -y trajo- aparejadas, llevándose los hijos y con la intención de cortar todo vínculo con el padre y la familia paterna, que culminó en una situación por cierto indeseable y prácticamente irreversible.

De la misma manera, de la prueba testimonial que antes he analizado, surge también el carácter celoso sin justificación de la demandada respecto de su esposo. Así, A. (fs. 519/20), refiere un hecho puntual en tal sentido ocurrido en un fiesta de cumpleaños y la circunstancia de que se trate de un solo hecho no desmerece que haya sido lo que sucedió habida cuenta lo detallado del relato. También coincidieron sobre la característica de la señora B. y sobre acontecimientos de este tipo los testigos D., G., R. y B., en

situaciones que no justificaban la conducta indicada.

Si, como es doctrina y jurisprudencia uniforme, por injurias graves en materia de divorcio ha de entenderse todos aquellos actos, intencionales o no, ejecutados de palabra o de hecho, por escrito o materialmente, que constituyan una ofensa para el otro cónyuge, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades (ver Belluscio, Derecho de Familia, t. III pág. 232; Vidal Taquini, Matrimonio Civil, 2a. ed., pág. 350; Zannoni, Derecho de Familia, t. 2 pág. 86 n° 552; Borda, Tratado de Derecho Civil - Familia, 9a. ed., t. I pág. 417 n° 507; CNCiv. Sala "A" en E.D. 72-246; Sala "B" en E.D. 75-674; Sala "C" en L.L. 1976-C-110; Sala "D" en E.D. 104-110; Sala "F" en L.L. 1977-A-193; esta Sala, causas 16.744 del 22-11-85, 136.549 del 24-11-93 y 169.962 del 22-9-95, entre muchas otras), no se advierte como, en la especie, la señora B. pueda eludir que con su conducta incurrió en la referida causal.

También habrá de considerársela incurso en la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar, toda vez que no ha demostrado que su retiro fuera justificado u obedeciera a circunstancias razonables. Antes de proceder al retiro debió, sin duda, asegurarse de algún modo que el relato de A. respecto del supuesto abuso cometido por su padre obedecía a la realidad o podría haberse configurado, y no actuar -como señalara el perito médico forense- de manera apresurada.

En tal sentido, admitido por ella misma que se alejó del hogar conyugal (ver fs. 391/400 del juicio de tenencia n° 110.151/99, a la 21a., 25a., 26a.), quedaba a su cargo la prueba de que obedeció a motivos justificados, puesto que, caso contrario, corresponde considerarlo como efectuado con el deliberado propósito de sustraerse al deber de cohabitación que tienen entre sí los cónyuges (ver Borda, op. y loc. cit., pág. 438 n° 529 ap. b; Belluscio, op. y loc. cit., pág. 306 n° 756; Garbino en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, t. 1 pág. 717 n° 9; CNCiv. Sala "A" en E.D. 92-685; Sala "B" en E.D. 87-752; Sala "C" en E.D. 50-477; Sala "D" en E.D. 86-295; Sala "F" en E.D. 86-341; Sala "G" en E.D. 104-133; esta Sala, causas 14.386 del 30-7-85, 24.153 del 4-5-87 y 50.399 del 18-10-89, entre otras), carga con la que no cumplió.

4.- En lo que atañe a la reconvencción, la testigo S. (fs. 590/93) relata que escuchó a A. en una reunión familiar referirse a que su papá mentía y que la acusaba a ella de faltar a la verdad, porque en realidad él metía su dedo en el ano (a la 3a.), si bien no sabe cómo se originó la conversación previa al comentario (a la 13a. repreg.), ni

cómo surgió aunque consideró que su tono de voz era normal y espontáneo (a la 16a. repreg.). Más allá de que resulta extraño que las expresiones hayan surgido de la nada, lo cierto es que ello sucedió a fines de marzo de 2001, cuando ya hacía casi dos años que la niña no veía a su padre y vivía con su madre y rodeada del entorno familiar materno que, como se ha visto, la presionaba.

En cuanto a la Dra. María Rosa López, que efectuara un informe sobre la atención que realizara en la menor en abril de 2000 -es decir, un año después de que la madre se la llevara del hogar conyugal- menciona un posible abuso vaginal (ver fs. 565/68 y declaración de fs. 593/95), cuando dicho proceder nunca fue materia de acusación ni en sede penal ni civil. Por otra parte, destaco que la niña hacía ya un año que no estaba en contacto con el padre.

A. (fs. 606/07) alude a un trato algo distante del padre para con el hijo varón, todo lo contrario que con A. con quien se mostraba muy cariñoso y con algunas actitudes que lo sorprendieron, como por ejemplo darle besos en la boca y caricias excesivas, que en un principio no le llamaron la atención pero que ahora las entiende (a la 5a.). Relata el mismo episodio de A. con relación a la acusación de A.

que tildó de mentiroso a su padre y en la que él estuvo presente (a la 7a. y 7a. repreg.). El hecho de que un padre bese a su hija mujer en la boca o que le brinde caricias excesivas, como parece desprenderse de lo manifestado por el propio declarante, es común, tanto que al principio no le llamó la atención y sólo lo sorprendió con posterioridad al supuesto abuso.

En cuanto a las llamadas de M. a conocidas efectuando un hipotético relato de detalles íntimos en las relaciones entre los esposos (ver testimonio de A fs. 651 y M fs. 667/68, ambos del juicio sobre tenencia), se trata de hechos que no fueron alegados en el escrito de reconvencción como configurativos de la causal de injurias graves, por lo que no podrán ser valorados como tales. Al respecto, recuerdo que en aquella presentación se adujo el sometimiento del actor a la voluntad exclusiva de sus padres, como si se tratara de un niño; las relaciones sexuales anormales por vía anal o introduciendo un dedo en el ano cuando se practicaban y, por último, el abuso cometido respecto de la hija de ambos, hechos que de ninguna manera fueron demostrados y sella la suerte adversa de la pretensión reconvenccional.

Sobre el punto, es principio aceptado que cuando se ha alegado la existencia de injurias graves, dada la gran variedad de hechos que pueden dar lugar a su configuración, es necesario, al menos, invocarlos genéricamente (ver Belluscio, op. y loc. cit., pág. 472 n°

841 y fallos citados en nota 522; CNCiv. esta Sala, mis votos en causas 284.250 del 10-5-84, 12.995 del 14-8-85 y 121.186 del 22-3-93), recaudo que en autos no se encuentra cumplido.

5.- Resta examinar los agravios vertidos por el actor concernientes al monto de la condena por daño moral, que considera reducido.

Como se recordara en el pronunciamiento en examen, esta Cámara, en acuerdo plenario del 20 de septiembre de 1994, fijó como doctrina obligatoria (art. 303 del Cód. Procesal), aquella que dejó establecido que 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 (conf. L.L. 1994-E-538, J.A. 1994-IV-549 y E.D. 160-162).

Si bien es cierto que dentro de la órbita extracontractual el perjuicio aparece *in re ipsa loquitur*, o de los hechos mismos y en virtud de la acción antijurídica, no cualquier molestia genera un daño moral que merezca ser indemnizado, sino que para ello se requiere que posea cierta entidad. Es que, tal como se señalara, no todo disgusto, desagrado, contrariedad o aflicción encuadra en el concepto jurídico de agravio moral, sino que es menester que posea cierta envergadura, que tenga alguna prolongación en el tiempo y que lesione sentimientos espirituales, máxime en hipótesis como la de autos y en virtud de la especialidad que impera en materia de derecho de familia.

Concretando, para lograr obtener una reparación pecuniaria del honor a la dignidad herida será necesario, entonces -desde mi óptica-, que el cónyuge que ha recibido tales ofensas acredite fehacientemente en el expediente que ha mediado alguna de dichas situaciones que exteriorice una afección a sus íntimos sentimientos. Caso contrario, habrá de considerarse que el hecho no tiene la suficiente envergadura como para constituir daño moral.

Y, en la especie, en mi concepto no existe duda que el proceder de la señora B. ha sido incorrecto y grave, primero al efectuar una apresurada denuncia de abuso sexual respecto de la hija de las partes y después -tal como analizara- al dificultar la revinculación de los hijos con su padre y familia paterna, en una actitud que excede la natural y loable intención de proteger a los vástagos. En tal sentido, es dable destacar lo que resulta del análisis de A. por el estudio de videograbación, donde la experta nota la presión emocional que ejerce la madre sobre la niña (ver fs. 205, punto 1, de la causa penal). Y dicho proceder de la madre -quizá víctima del denominado "síndrome de alienación parental" (ver Díaz Usandivaras, "El síndrome de alienación

parental (SAP): una forma sutil de violencia después de la separación o el divorcio, en revista Derecho de Familia, n° 24, pág. 127, ed. Lexis Nexis; Cárdenas, El abuso de la denuncia de abuso, en L.L. 2000-E-1043)- tiene para mi una evidente gravedad pues se ha privado a través de este medio al actor de tener contacto con sus hijos por un largo período (mas de 10 años).

La condena al pago de una suma en concepto de daño moral, pues, está plenamente justificada en el caso de autos.

La jurisprudencia ha decidido que a fin de fijar el cuántum de esta partida deben ponderarse diversos factores, entre los que merecen ser citados, a modo de ejemplo, la gravedad de la culpa del autor del hecho, la existencia y cuantía de los perjuicios materiales, las condiciones personales de aquél y las de la víctima, etc., factores todos que quedan librados al prudente arbitrio judicial (conf. CNCiv. Sala "B" en E.D. 57-455; Sala "D" en E.D. 43-740; esta Sala, causas 19.073 del 13-3-86 y 124.140 del 16-11-94).

Algún autor ha sintetizado diversas reglas a tener en cuenta, entre las que pueden mencionarse las siguientes: 1) no fijar una indemnización simbólica; 2) no establecer una que represente un enriquecimiento injusto para el damnificado y 3) atender a las peculiaridades propias de cada caso concreto (conf. Mosset Iturraspe, Diez reglas sobre cuantificación del daño moral, en L.L. 1994-A-728), mientras que otros han resaltado que nuestro más alto tribunal ha señalado que el juez, al juzgar prudencialmente sobre la fijación del valor, no debe desentenderse de las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad, evitando otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables (conf. Pizarro, La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil, en Revista de Derecho de Daños, ed. Rubinzal- Culzoni, 2001-1 Cuantificación del daño, pág. 337 y ss.).

En el sub exámine cabe ponderar la gravedad de la conducta de la demandada, quien -reitero- además de actuar apresurada e inconsultamente al denunciar el supuesto abuso en que su marido habría incurrido respecto de la hija menor A. trató luego de obstaculizar el vínculo parental de sus pequeños con el padre, privándolos del indispensable trato padre-hijo; las condiciones personales de aquélla y del actor; los sufrimientos y angustias que seguramente éste ha debido soportar ante la situación que se vio obligado a afrontar. Todo ello me mueve a propiciar se incremente esta partida hasta la suma de \$ 20.000, que me parece más equitativa y adecuada a las particulares circunstancias del caso y que he puesto de

relieve.

6.- En definitiva, voto para que se modifique la sentencia de fs. 967/83 únicamente en que lo que atañe al monto de la partida en concepto de daño moral, la que propicio se elevada a la de \$ 20.000, confirmándosela en lo demás que decide y fue materia de agravio, con costas de Alzada a la demandada, pues no encuentro mérito alguno para apartarse del principio objetivo de la derrota que estatuye el art. 68 del Cód. Procesal.

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Racimo y Dupuis por análogas razones a las expuestas por el Dr. Calatayud, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, noviembre veinticuatro de 2008

Y VISTOS:

En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la sentencia de fs. 967/83 únicamente en lo que se refiere al monto de la partida en concepto de daño moral que la demandada deberá abonar al actor, la que se eleva a la suma de **VEINTE MIL PESOS (son \$ 20.000.-)**, confirmándosela en lo demás que decide y fue materia de agravio expreso. Costas de Alzada a la demandada.

Conforme la calidad, eficacia y extensión de la actuación cumplida en esta instancia, resultado obtenido y lo dispuesto por los arts. 6, 7, 9, 14, 30 y conchs. de la ley 21.839, se regulan los honorarios del Dr. Jorge Luis Bousquet, letrado apoderado de la actora, **en CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$ 4.200.-)** y los del Dr. Alberto J. Bueres, letrado patrocinante de la demandada, en **DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 2.500.-)**. Notifíquese y devuélvase