CCCR, S. 3a.

AUDIENCIA. Publicidad. Presencia de la demandada. **COSTAS.** Nulidad a causa de mal desempeño judicial. **DIVORCIO.** Prueba. Testimoniales equívocas.

1. El juez puede privatizar una audiencia (art. 90, C.P.C.). Pero conculca el derecho de defensa si extiende tal facultad al punto de excluir de una audiencia a la propia demandada, dado su protagónico rol en el proceso.

2. El juez debe asegurar imparcialidad a las partes, además de un adecuado derecho de defensa. Si por su culpa se deben decretar nulidades procesales, corresponde imponerle las costas (art. 254, in fine, C.P.C.).

3. No basta para dirimir favorablemente respecto al actor un divorcio contencioso, si la causal de abandono malicioso del hogar sólo se vé sustentada en testimoniales ambiguas; como ser: testigo que sabe del abandono porque se lo contó el actor; o "porque se comentó en el barrio"; o que sólo vio a la demandada abandonando su casa y "llevándose cosas".

Fandos, Norberto M. c. Farías de Fandos, Beatriz M.

Rosario, 11 de abril de 1979. A la cuestión de si es nula la sentencia recurrida, dijo el Vocal doctor **Alvarado Velloso**: El recurso de nulidad deducido contra la sentencia obrante en autos, se fundamenta en la afirmada circunstancia de haber resuelto "extrapetita" el inferior, habida cuenta que al sentenciar el divorcio resolvió la también cuestionada —por cuerda— tenencia definitiva de los hijos matrimoniales.

Como es obvio, tal pronunciamiento ha sido correcto desde un punto de vista estrictamente formal, atento que al resolver el conflicto principal, el juez debe emitir decisión sobre el resto de las cuestiones incidentales que se ventilaron en su turno.

El resto de los agravios pueden ser tratados al estudiar el recurso de apelación, pues conciernen más bien a la justicia que a la legitimidad del fallo en recurso. Por ello, y por no advertir en este proceso principal vicio alguno que autorice su revisión oficiosa, corresponde desestimar la pretendida nulidad.

Declarado lo precedentemente expuesto, debo advertir que la simple lectura de los autos agregados por cuerda, que versan sobre la tenencia de los hijos, informa que el juez actuante ha incurrido en una grave conculcación del derecho de defensa de la demandada, que ha participado por ello en un proceso que sólo ha tenido apariencia de tal.

Tan grave es el vicio que destaco, que no puedo menos que pormenorizarlo en sus detalles procedimentales:

- 1) En los autos sobre tenencia, se advierte la realización de una audiencia:

de testigos de la cual, so pretexto de que "la Sra. de Fandos es parte y se trata de una mera declaración de testigos, en la cual no es necesaria su presencia y estimo se justifique", se la excluyó por expreso pedimento de la actora, fundando su decisión el a quo con el argumento de "que si bien es cierto que el principio que rige en materia de audiencias es el de la publicidad, ello no obsta a que el juzgador pueda disponer la reserva —ya sea parcial o total— de las mismas, en atención a las circunstancias especiales del caso. Que en la especie se trata de una audiencia que se pretende tomar con reserva parcial, ya que el impedimento (!) a asistir a la misma estaría sólo dirigido a una de las partes y no así a los curiales, cuya presencia no se discute en este caso. Por otra parte se trata de una situación de neto corte familiar, habida cuenta del examen hecho por el infrascripto al interrogatorio a formularse al testigo, y ello me lleva al convencimiento de tratar de rodear este acto con las máximas garantías posibles en lo que hace al tratar de evitar en el declarante toda eventual coacción que la sola presencia de una de las partes pueda significar".

2) En base de tal sofisticada fundamentación, como ya dije, se excluyó a la demandada de la audiencia convocada para que declararan todos los testigos de cargo ofrecidos por su contradictor, desestimándose por el a quo todos los recursos deducidos —contra su resolución—, durante y después de la audiencia de marras, con argumentos como los que pueden leerse: "...Por otra parte, no procede admitir el argumento del incidentista en el sentido de que se encontraba en indefensión por no estar presente (en la audiencia) su representada, porque ello sólo me llevaría a concluir que la misma no sólo tenía intenciones de estar presente en la audiencia, sino también de participar activamente en la misma, lo cual resulta notoriamente inadmisibile".

3) A partir de allí continuó el trámite que le concedió al padre la tenencia provisoria de los hijos menores de 5 y 4 años respectivamente, sin fundamentación suficiente que obviara el valladar puesto en el art. 76 de la ley 2393, y se estableció un restringido régimen de visita que, a pedido del padre y en otra dudosamente legítima audiencia, se volvió a restringir hasta dejarlo en 3 horas semanales.

Pues bien: como fácilmente puede colegir cualquier mentalidad que razone con un mínimo de juridicidad, el hecho de que la ley procesal otorgue al juez la facultad de privatizar una audiencia (CPC, 90), no le permite utilizarla respecto de las propias partes, pues ellas, por la simple circunstancia de desempeñar tal rol procesal, no pueden ser excluidas de ninguna actuación judicial. Y ello se torna muy grave en el caso, cuando se trata de vedar a la madre que ha incoado juicio de divorcio y de depósito, la tenencia de sus hijos de corta edad.

Con riesgo de ser insistente, volveré a afirmar que la actuación es obviamente grave, pues en su tarea de juzgar el a quo ha olvidado su deber constitucional de desempeñar la actividad jurisdiccional con la imparcialidad que ella lleva ínsita y de asegurar a las partes un adecuado derecho de defensa. Al considerarlo así, estimo que el vicio existente en los autos glosados por cuerda tiene suficiente entidad para que el juzgador pueda declarar de oficio la nulidad de lo actuado (CPC, 125, últ. párrafo) a partir de la providencia mediante la cual se convoca a la audiencia ya varias veces mencionada.

Consecuente con lo expuesto, y atendiendo lo expresamente preceptuado en CPC 254, último párrafo, corresponde imponer al juez que sentenció la causa anulada, las costas allí devengadas. Voto en tal sentido.

A la misma cuestión, dijeron los Vocales doctores **Casiello e Isacchi**: De conformidad con lo expuesto por el Vocal preopinante, votamos en igual sentido.

A la cuestión, de si es justa la sentencia apelada, dijo el Vocal doctor **Alvarado Velloso**: La sentencia en recurso declaró el divorcio de los cónyuges en litigio, acogiendo la causal de abandono que invocara el marido y otorgó la culpa exclusiva de ello a la demandada.

Se agravió ésta con argumentos que, en consonancia con las actuaciones cumplidas en este proceso —de las cuales ya he señalado algunas al tratar la anterior cuestión— me permiten propiciar el acogimiento de su pretensión recursiva.

En efecto: para acreditar el abandono de la mujer, que debe ser necesariamente voluntario y malicioso, se trajeron al pleito escuetas pruebas que ninguna luz arrojan sobre las afirmaciones vertidas en la demanda.

Dejando de lado las “denuncias policiales” del marido, que unilaterales e inconducentes al objeto del proceso, no sirven como sustento probatorio, toda la prueba arrojada por esa parte se circunscribe a las declaraciones prestadas por: a) Luis O’ Brien, quien afirma conocer el abandono porque se lo contó el propio actor; b) Ricardo F. Ramonda quien sostiene conocer el hecho “porque se comentó en el barrio” y c) Haydée E. Squire, que dijo vivir al lado de la casa de Fandos y que “vio cuando su señora hizo abandono de casa, llevándose sus cosas”.

Pues bien: tales afirmaciones aparecen como respuestas a la pregunta formulada en el pliego respectivo, redactada en los siguientes términos: “Para que diga... si la demandada Sra. . . , el día 7 de enero de 1974, hizo abandono voluntario y malicioso de su hogar, abandonando a su esposo y a sus dos hijos menores de edad...” Obviamente, tal pregunta, además de “involucrar o sugerir una respuesta” (art. 204 CPC), contiene expresiones de carácter eminentemente técnico (tal como la adjetivación que jurídicamente califica al abandono), por lo que no debieron ser formuladas, toda vez que la norma lleva insita una prohibición que, de ser violada —como en el caso— está asimilada a la nulidad expresa, en los términos del art. 124 CPC.

Sin perjuicio de ello, resta agregar que la sentencia de divorcio se fundamenta, en definitiva, en lo que dice un testigo de oídas (del propio actor); otro igual cuya afirmación versa sobre el rumor público y finalmente, otro que dice que vio partir de la casa a la demandada y que sólo a base de ello, acepta calificar tal circunstancia como abandono.

No creo que con tales elementos pueda decretarse seriamente un divorcio contencioso que, además, se encuentra rodeado de circunstancias particulares que aconsejan al juez ser extremadamente cauto en la apreciación de la prueba rendida.